



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 103.460/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, inseridos pelo art. 4º da Lei 13.165/2015. Novas eleições após trânsito em julgado de indeferimento de registro, cassação de diploma ou perda de mandato de candidato em pleito majoritário. Eleição indireta de senador, se vacância ocorrer a menos de seis meses do fim do mandato.]

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República de 1988, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra o artigo 4º da Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, que altera o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), no trecho em que incluiu os §§ 3º e 4º no seu art. 224.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (consoante o art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

1. OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

Art. 4º A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 224. [...]

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;

II – direta, nos demais casos;

[...].

A norma contraria a soberania popular (art. 1º, I e parágrafo único, combinado com o art. 14, *caput*, da Constituição da República), o pacto federativo (art. 1º, *caput*, da CR), o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR), o devido processo legal substancial e o princípio da proporcionalidade (CR, art. 5º, LIV), o requisito da moralidade para exercício de mandatos eletivos (CR, art. 14, § 9º), o princípio da finalidade (CR, art. 37, *caput*), a forma de substituição do presidente e vice-presidente da República (CR, art. 81) e o princípio da economicidade (CR, art. 70, *caput*) e deixa de proteger suficientemente a legitimidade e normalidade dos pleitos eleitorais, como exige o art. 14, § 9º, do texto constitucional.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Os presumidos propósitos da nova redação do art. 224 do Código Eleitoral são três. O primeiro é resolver controversa questão eleitoral sobre o critério de escolha dos sucessores de prefeito, governador e presidente da República, quando a chapa que integrem for cassada pela Justiça Eleitoral. A primitiva redação do art. 224 previa realização de eleições suplementares quando mandatário cassado por força de decisão judicial proferida em ação eleitoral fosse eleito com mais da metade dos votos válidos. Caso o eleito obtivesse menos da metade dos votos válidos e sofresse cassação de seu diploma ou registro, dar-se-ia posse ao segundo mais votado. A redação da Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, introduz significativa mudança nesse sistema e estabelece a realização de eleições como critério exclusivo.

O segundo propósito relaciona-se ao método de realização das eleições, se diretas ou indiretas, agora condicionado ao tempo restante de mandato do político cassado. Se superior a seis meses, o eleitorado deve ser consultado diretamente; se inferior, a eleição será feita pela casa legislativa, isto é, será indireta.¹

O terceiro propósito é evitar a continuada rotatividade dos exercentes do Poder Executivo, ao sabor de decisões sequenciais da Justiça Eleitoral, ora afastando, ora reintegrando o mandatário.

¹ Código Eleitoral: “Art. 224. [...] § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; II – direta, nos demais casos.”

Para esse fim, exigiu que as novas eleições ocorram somente após trânsito em julgado de decisão de cassação.²

É na concretização do segundo e terceiro propósitos, a saber, o método das eleições e o momento de sua realização, que se constata múltiplas inconstitucionalidades, como se demonstrará.

2.2. DISCIPLINA INCONSTITUCIONAL DAS ELEIÇÕES PARA PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A nova redação do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, fala indistintamente em “candidato eleito em pleito majoritário”. Estes candidatos são os chefes do Poder Executivo nas esferas municipal, estadual e federal, a saber: prefeitos, governadores e presidente. Também senadores da República são eleitos pelo sistema majoritário.

Ocorre que há disciplina constitucional específica para o cargo de presidente da República:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

§ 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.

² Houve equívoco do legislador ao falar em “cargos majoritários”, sem se dar conta de que entre eles está, também, o de senador. A norma, por consequência, tem alcance maior do que o por ela pretendido.

Se ocorre indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato, dar-se-á vacância no cargo de presidente da República, pois o vice-presidente, substituto e sucessor do titular, também será alcançado pela decisão. Aplica-se o art. 81 da Constituição da República.

Essa não é matéria ao alcance de mudança por legislação ordinária, sob pena de ofensa à supremacia constitucional. A lei poderia, quando muito, oferecer detalhamento sobre o procedimento de realização de eleições, mas não trazer prazo diverso do previsto constitucionalmente para que ocorram eleições indiretas.

É cabível aqui empregar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar do âmbito material de validade da norma os cargos de presidente e vice-presidente da República.

2.3. INCONSTITUCIONALIDADE ORGÂNICA DO CRITÉRIO PARA ESCOLHA DE GOVERNADORES E PREFEITOS

A Lei 13.165/2015 usurpou competência dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios para escolher o modo de eleição de seus mandatários, quando ocorrer vaga na segunda metade do mandato.

Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 4.298/TO, a norma do art. 81 da CR não é de observância obrigatória por estados e municípios, no trecho em que autoriza realização de eleições indiretas. A corte reconheceu caráter excepcional destas e a necessidade de assegurar pleito direto quando a vacância ocorrer na me-

tade inicial do mandato. Todavia, se a vacância tiver lugar na metade final, o tema é confiado à competência de estados e municípios.

Na ADI se questionava a constitucionalidade de lei do Estado do Tocantins, que reproduzia o texto do art. 81 da CR. Essa corte entendeu:

[...] 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 2.154/2009, do Estado do Tocantins. Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembléia Legislativa. Votação nominal e aberta. Constitucionalidade aparente reconhecida. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro. Liminar indeferida. Precedente. Em sede [de] tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade, aparenta constitucionalidade a lei estadual que prevê eleição pela Assembléia Legislativa, por votação nominal e aberta, para os cargos de Governador e Vice-Governador, vagos nos dois últimos anos do mandato.³

Nos precedentes citados na medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal já manifestara esse entendimento, de que apenas a realização de eleições diretas, nos dois primeiros anos de mandato, é de observância obrigatória, consoante o art. 28, *caput*, da Constituição.⁴

³ STF. Plenário. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 4.298/TO. Relator: Ministro CEZAR PELUSO. 7 out. 2009, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 223, 27 nov. 2009; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 220, p. 220.

⁴ “Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores”.

Na MC na ADI 1.057, o relator, Ministro CELSO DE MELLO, esclareceu:⁵

A primeira questão que se coloca nesta ação direta consiste, precisamente, em saber se a dupla vacância dos cargos executivos, decorrente da inexistência simultânea de Governador e de Vice-Governador, impõe ao Estado-membro, ou não, o dever de sujeição compulsória ao modelo normativo inscrito no art. 81 – especialmente em seu § 1º – da Consti-

res, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.”

⁵ Esta foi a ementa do acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.571/94, DO ESTADO DA BAHIA – DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE GOVERNADOR E DE VICE-GOVERNADOR DO ESTADO – ELEIÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO RESIDUAL – MATÉRIA CUJA DISCIPLINA NORMATIVA INSERE-SE NA COMPETÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS – SIGILO DO VOTO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO – EXCEPCIONALIDADE – PREVALÊNCIA DA VOTAÇÃO ABERTA – CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE (CF, ART. 14, § 3º) E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE (CF, ART. 14, §§ 4º A 9º) – APLICABILIDADE NECESSÁRIA AO PROCESSO DE ESCOLHA PARLAMENTAR DO GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

– O Estado-membro dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembléia Legislativa, do Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de autogoverno que lhe outorgou a própria Constituição da República.

– As condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º) e as hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, § 4º a 8º), inclusive aquelas decorrentes de legislação complementar (CF, art. 14, § 9º), aplicam-se de pleno direito, independentemente de sua expressa previsão na lei local, à eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembléia Legislativa em caso de dupla vacância desses cargos executivos no último biênio do período de governo.

– A cláusula tutelar inscrita no art. 14, *caput*, da Constituição tem por destinatário específico e exclusivo o eleitor comum, no exercício das prerro-

tuição Federal, pois, em caso positivo, sustenta-se que, envolvendo a disciplinação do tema matéria eminentemente eleitoral, incumbiria à União Federal, mediante lei nacional, dispor sobre o processo de escolha, pelas Assembléias Legislativas, dos novos Governador e Vice-Governador para o desempenho de mandato residual.

Os Estados-Membros não estão sujeitos ao modelo substanciado no art. 81 da Constituição Federal, abrindo-se, desse modo, para essas unidades da Federação, a possibilidade de disporem normativamente, com fundamento em seu poder de autônoma deliberação, de maneira diversa.

A questão, portanto, é de repartição das competências federativas e de respeito aos espaços próprios dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios. Lei federal, conquanto de caráter nacional, como é o caso do Código Eleitoral, não pode suprimir esse espaço autônomo de deliberação dos entes federados.

Não há inconstitucionalidade no critério para escolha do sucessor. É razoável haver uniformidade nacional sobre o tema, evitando que em uns lugares se vote novamente, em outros se escolha o próximo da lista dos mais votados. A inconstitucionalidade está na fixação da modalidade dessa eleição, quando deva ocorrer na segunda metade do mandato. Lei federal não poderia tê-lo feito; in-

gativas inerentes ao *status activae civitatis*. Essa norma de garantia não se aplica, contudo, ao membro do Poder Legislativo nos procedimentos de votação parlamentar, em cujo âmbito prevalece, como regra, o postulado da deliberação ostensiva ou aberta.

– As deliberações parlamentares regem-se, ordinariamente, pelo princípio da publicidade, que traduz dogma do regime constitucional democrático. A votação pública e ostensiva nas Casas Legislativas constitui um dos instrumentos mais significativos de controle do poder estatal pela Sociedade civil.” STF. Plenário. MC/ADI 1.057/BA. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 20 abr. 1994, maioria. DJ, 6 abr. 2001, p. 65.

ciduiu em inconstitucionalidade orgânica ao invadir a esfera de competências dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Todo o novo art. 223, § 4º, deve, portanto, ser suprimido do ordenamento jurídico.

2.4. IRRAZOÁVEL INCLUSÃO DE SENADORES NOS CRITÉRIOS PARA ELEIÇÃO, INCLUSIVE INDIRETA

A menção a “candidato eleito em pleito majoritário” na nova redação do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral conduz a outro resultado inopinado, ou seja, determinar nova eleição para escolha do senador que venha a ter seu diploma ou mandato cassado, ao invés de atribuir a vaga ao segundo mais votado. Se o afastamento ocorrer nos últimos seis meses do mandato, a norma devolve a sinistra figura da *eleição indireta* para o Senado Federal, de triste memória em nossa história constitucional.⁶

Os motivos que levam a nova eleição para o cargo de titular do Executivo são ponderáveis. Almejam evitar rotatividade dos líderes da administração e descontinuidade das políticas e prioridades que cada um pode imprimir na condução dos negócios públicos. Referem-se à necessidade de nomear novos secretários e quadros de confiança e dispensar os até então existentes.

Nenhuma dessas razões, em tese justificadoras das precauções contra a eficácia imediata das decisões cassatórias, se apresenta na eleição para o Senado Federal.

⁶ O chamado “Pacote de Abril”, de 1977, do regime militar, na gestão do Presidente da República ERNESTO GEISEL, previa eleição indireta para um cargo de senador, o que gerou os popularmente denominados “senadores biônicos”.

É fácil constatar que as funções executiva e a legislativa são distintas. Senadores não possuem estrutura administrativa a seu cargo, em termos equiparáveis àquela dos municípios, estados e Distrito Federal. Não definem e implantam políticas públicas como gestores, não gerem verbas orçamentárias de entes públicos, não fixam prioridades, não nomeiam para cargos na administração, não dirigem licitações e contratos administrativos, não são chefes de complexa rede de agentes públicos. Senador exerce seu relevante papel de representar estados e o Distrito Federal, propor e votar projetos de lei, participar de comissões e fazer encaminhamentos. É tarefa imprescindível e nobilíssima, mas de caráter unipessoal.

O que aproxima a distinta situação de senadores, de um lado, e prefeitos, governadores e presidentes é somente o critério eleitoral majoritário. Esse aspecto é, contudo, insuficiente para justificar a identidade de tratamento dada pela Lei 13.165/2015. Comete, desse modo, ofensa aos princípios da finalidade e da razoabilidade.

Não se deve, evidentemente, presumir que o legislador desconheça as diferenças entre os papéis dos chefes do Executivo e dos membros da Câmara Alta do Legislativo. Pode-se dizer é que, quando aplicada aos senadores, a norma deixa de ter razoabilidade. Força, contra o princípio da economicidade, realização de novas eleições (que seriam exclusivas para o Senado), desequipara a situação dos senadores em relação à dos deputados (nas quais, cassado um, chama-se o próximo da lista).

A norma reintroduz eleições indiretas para os cargos senatoriais, como se fosse possível que membros de outros estados elegerem o representante de um ente federado. Além do mais, nos

pleitos em que se elegem dois senadores, far-se-ia nova eleição para escolha popular de apenas um, novamente contra a economicidade que deve presidir toda ação estatal.

Por isso, aqui é aplicável a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar do âmbito material de validade da norma os cargos de senador da República. Se um deles tiver diploma ou mandato cassado, deve chamar-se o próximo mais votado.

2.5. EQUIPARAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO INDEFERIMENTO DE REGISTRO E DE CASSAÇÃO DE DIPLOMA OU MANDATO. ANULAÇÃO DE ELEIÇÃO SEM CRITÉRIO PARA DIPLOMAÇÃO

2.5.1. Equiparação Indevida entre Institutos

Igualar regimes jurídicos distintos, sancionatórios e não sancionatórios, ofende a equidade, a razoabilidade e a finalidade. É o que ocorre no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei 13.165/2015. Ele estabelece que também no caso de indeferimento de registro de candidatura, somente se realizarão novas eleições após trânsito em julgado da decisão que negou o registro.

O legislador confundiu *indeferimento de registro* com *cassação de registro*, esta proveniente de ato ilícito e, portanto, afeita a distinto tratamento.

Ao tratar indeferimento de registro de candidatura – exigindo o trânsito em julgado da decisão – da mesma forma que regula as

hipóteses de cassação de registro ou de diploma –, a lei refoge a qualquer critério de razoabilidade.

Em termos técnicos, embaralha condições de elegibilidade e inelegibilidades, por um lado, com sanções eleitorais, de outro, e oferece a todas o mesmo tratamento jurídico. Atos lícitos e consequências de atos ilícitos são indevidamente equiparados.

Desse modo, a lei agride o devido processo legal (o *due process of law*), em sua vertente substancial, resultante do art. 5º, LIV, da Constituição Nacional.

2.5.2. Ausência de Indicação de Quem Deverá Ser Diplomado

Outro defeito grave da lei está em não considerar que votos dados a candidatos sem registro ou inelegíveis são nulos, por força do art. 175, § 3º, do Código Eleitoral:

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

No regime anterior às normas impugnadas, novas eleições seriam convocadas em prazo adequado – de 20 a 40 dias – se o candidato ao Executivo tivesse obtido mais do que cinquenta por cento dos votos:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 ([...]) a 40 ([...]) dias.

Portanto, na sistemática anterior, as eleições seriam invalidadas. Caso o eleito houvesse vencido com menos de cinquenta por cento dos votos, o segundo colocado seria diplomado, com fundamento em interpretação *a contrario sensu* do art. 224, *caput*, isto é, não haveria nulificação do pleito.

Como o art. 175, § 3º, do Código Eleitoral não foi revogado, mesmo no regime da Lei 13.165/2015 os votos recebidos por candidato que, no momento das eleições, estiver com registro indeferido serão considerados nulos.⁷

O questionado § 3º do art. 224 preceitua:

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, **independentemente do número de votos anulados.**

A conclusão é de que a confirmação do indeferimento de registro de candidatura ou cassação do diploma do mais votado implicará, sempre, anulação do pleito! Não será mais possível, em nenhum caso, chamar o segundo colocado para assumir o mandato.

Como novas eleições somente ocorrerão após trânsito em julgado do indeferimento do registro ou cassação, a lei deixa pergunta crucial sem solução: quem será diplomado?

⁷ Praticar atos de campanha e fazer constar nome na urna é permitido pelo art. 16-A, *caput*, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, a Lei das Eleições: “Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. [...]”.

A Lei 13.165/2015 causou importante tumulto no ambiente das eleições e no sistema normativo eleitoral. As alternativas possíveis para a Justiça Eleitoral são as seguintes:

- a) o juiz negar-se-á a diplomar o candidato com registro indeferido e dará posse ao segundo mais votado, até que, com o trânsito em julgado, novas eleições sejam realizadas;
- b) o juiz outorgará diploma a alguém que não reunirá condições para registro, até que, com o trânsito em julgado, novas eleições sejam realizadas;
- c) o juiz declarará vago o cargo de chefe do Executivo!

A norma acarreta evidente e grave ofensa à razoabilidade, à soberania popular e ao princípio constitucional da finalidade (art. 37, *caput*), que deve informar toda a ação estatal, inclusive na prestação do serviço da Justiça Eleitoral.

Por conseguinte, o trecho “indeferimento do registro” é inconstitucional.

2.6. TRÂNSITO EM JULGADO E PROTEÇÃO INSUFICIENTE DA MORALIDADE, NORMALIDADE E LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES

São especialmente graves as situações que permitem cassação de diploma ou perda do mandato eletivo. Apenas exemplificativamente, o diploma poderá ser cassado se candidato houver captado sufrágio (a popular “compra de votos”),⁸ usado estrutura da admi-

⁸ Lei 9.504/1997: “Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, in-

nistração pública a favor de candidaturas,⁹ abusado de poder econômico, político ou dos meios de comunicação social.¹⁰ O mandato poderá ser cassado se o eleito houver abusado do poder econômico ou praticado corrupção ou fraude.¹¹

Rotatividade de mandatários é mal a ser evitado, não resta dúvida. Mas a maneira pela qual a lei o faz não é ponderada nem compatível com o sistema constitucional. Prejudica em demasia a

clusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. [...]”.

⁹ A Lei 9.504/1997 fixa as condutas vedadas a agentes públicos em campanhas eleitorais: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; [...]”.

¹⁰ Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades): “Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]”.

¹¹ Art. 14 da Constituição da República: “§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.”

proteção de outros itens de igual ou maior relevo constitucional, como o disposto no art. 14 da Constituição:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

A norma legal questionada privilegia desproporcionalmente a garantia da ampla defesa¹² em detrimento da efetividade do processo e, conseqüentemente, desprotege outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como a moralidade para exercício de mandatos e a normalidade e legitimidade das eleições.

São muitos e variados os recursos que podem ser opostos nas situações mencionadas na norma, ou seja, do indeferimento de registro, da cassação de diploma e da perda de mandato.

Se a eleição for municipal, é possível embargar de declaração a decisão judicial, interpor recurso ordinário a Tribunal Regional Eleitoral, ofertar agravo interno (se a decisão for de relator), embargos de declaração (se a decisão for de colegiado), recurso especial, agravo (se recurso não for admitido), agravo interno (se a decisão do Tribunal Superior Eleitoral for de relator), embargos de declaração (se a decisão for do colegiado) e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (com os desdobramentos recursais próprios desta via).

¹² Art. 5º da Constituição da República: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

Diante do prazo constitucionalmente fixado para o mandato de prefeitos, governadores e do presidente da República, de quatro anos, o trânsito em julgado dificilmente ocorrerá, se aqueles recursos – direito das partes – forem manejados. Não se trata aqui de mora atribuível à jurisdição eleitoral ou comum,¹³ mas do fato de que a pluralidade de recursos demanda tempo para tramitação e julgamento. Os advogados conhecem bem essa sistemática e a empregam à exaustão, como se sabe.

Resultado concreto da aplicação da norma – do qual também deriva inconstitucionalidade – é que as graves ofensas eleitorais que autorizam cassação de diploma ou de mandato ou as falhas de toda ordem que autorizam denegação do registro de candidatura não impedirão que os mandatos sejam exercidos em sua plenitude ou por tempo dilargado.

É certo que aguardar o trânsito em julgado das possíveis impugnações poderá ensejar afastamento, a título cautelar, do mandatário eleito de forma viciada. Nessa hipótese, o exercente do mandato será, por longo tempo ou até por todo o mandato, presidente de câmara municipal, de assembleia legislativa ou da própria Câmara dos Deputados. Consequência da lei será transformar substitutos em (quase) sucessores e atribuir exercício do poder a quem não recebeu legitimamente votos para tanto.

¹³ Portanto, não se imagina situação de ofensa à celeridade processual, garantia constitucional e legal. *Vide* o art. 97-A da Lei das Eleições: “Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.

§ 1º A duração do processo de que trata o *caput* abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral. [...]”.

Essa situação é ofensiva aos princípios da soberania popular, insculpido no art. 1º e no art. 14, *caput*, da Constituição brasileira, e ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proteção deficiente. Em outras palavras, o interino, eleito pelo sistema proporcional e ungido ao cargo pelo voto de seus pares, em muitos casos se perenizará no cargo de prefeito, governador ou presidente da República. O povo, titular da soberania, não terá oportunidade de manifestar-se.

A desproporcionalidade da norma evidencia-se também por sua desnecessidade: já existe, no próprio ordenamento eleitoral, medida eficaz e equilibrada para evitar rotatividade de mandatos.

É que os recursos eleitorais relativos a decisões sobre diplomas e mandatos ***já possuem*** efeito suspensivo, como resulta do art. 257 do Código Eleitoral:

Art. 257. [...]

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.

Essa redação, a propósito, adveio da mesma Lei 13.165/2015. Ela inovou o sistema processual eleitoral que, tradicionalmente, não previa efeito suspensivo para recursos. O *caput* do art. 257 prevê exatamente essa regra.¹⁴ Ao fazê-lo, a lei nova conjurou o risco de eleições dependentes de decisões iniciais e não revistas pelas instâncias eleitorais superiores.

¹⁴ “Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. [...]”

Não é possível, portanto, no universo eleitoral, que decisão de juiz eleitoral implique imediata cassação de eleito e escolha de sucessor, sem antes passar por decisão de tribunal.

Se a decisão for em recurso contra expedição de diploma,¹⁵ que é proposto, mesmo em eleições municipais, perante tribunal regional eleitoral (TRE), a eficácia da decisão dependerá de revisão pelo Tribunal Superior Eleitoral, de conformidade com o Código Eleitoral:

Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

Portanto, a lei já confere proteção suficiente para neutralizar o risco de afastar do cargo um mandatário para outro assumir e, depois, por julgamento de recurso, o titular originário reassumir. Somente após julgamento pela instância recursal, no caso de eleições municipais, esse efeito será produzido.¹⁶

Nas eleições gerais ocorre idêntica situação: as decisões dos TREs admitem recurso ordinário, com efeito suspensivo.

A conclusão é de plena suficiência do sistema recursal eleitoral para evitar a indesejada rotatividade de exercentes do Poder Executivo, ao condicionar a revisão da decisão pela instância superior. Essa proteção se dá em grau satisfatório e não inibe a efeti-

¹⁵ Código Eleitoral: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.”

¹⁶ Em eleições gerais (para os cargos de governador, senador e deputados), a decisão de tribunal regional eleitoral pode ser imediatamente exequível, pois o recurso cabível será o especial, que não detém efeito suspensivo.

vidade da jurisdição eleitoral, como faz a exigência de trânsito em julgado.

A previsão de espera de trânsito em julgado outorga automaticamente efeito suspensivo a todo recurso eleitoral. O art. 224, § 3º, na redação questionada, pode ser interpretado, na prática, da seguinte maneira: a sucessão de candidato majoritário eleito e casado só ocorrerá depois que **o Supremo Tribunal Federal** julgar cada processo.

Dessa forma, em inúmeras situações estará esvaziada a eficácia da legislação eleitoral de proteção à regularidade e legitimidade das eleições e da própria atividade jurisdicional. O Ministério Público Eleitoral, a Justiça Eleitoral e todos os órgãos eleitorais envolvidos nessa atividade, como a Polícia Federal, trabalharão inutilmente. Essa desproteção virtualmente completa de bens constitucionais muito relevantes contamina a norma de inconstitucionalidade.

O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado na sua dimensão negativa, para refrear medidas excessivas do estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Doutrina e jurisprudência contemporâneas, todavia, vêm explorando outro relevante aspecto dele, ligado à **vedação de proteção deficiente** a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Diante do reconhecimento de que o estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas o de protegê-los e promovê-los, a doutrina vem afirmando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta gra-

vemente insuficiente.¹⁷ O Supremo Tribunal Federal já empregou essa categoria em algumas decisões, como quando rechaçou extensão à união estável da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado) que previa extinção de punibilidade do crime de estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. De acordo com o Ministro GILMAR MENDES:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental.¹⁸

Violação ao princípio da proporcionalidade, na sua face de proibição à proteção insuficiente, neste caso, materializa-se diante da constatação de que a cláusula normativa excessivamente restritiva da eficácia da jurisdição eleitoral terá reflexos negativos na coibição ao abuso de poder e de atos ilícitos em geral e na proteção de valores como legitimidade, moralidade e probidade nas eleições.

¹⁷ Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: O Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303-345.

¹⁸ STF. Plenário. Recurso extraordinário 418.376/MS. Redator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. *DJ*, 23 mar. 2007.

O trecho impugnado da norma deixa de atender a desígnios do poder constituinte e representa afronta grave a preceitos constitucionais, pois institui mecanismo absolutamente ineficaz à proteção da normalidade e da legitimidade do pleito contra influências espúrias diversas. Permite obtenção de mandatos eletivos que podem haver sido conquistados em descompasso com valores consagrados na Constituição da República.

Configura violação ao princípio da proporcionalidade (CR, art. 5º, LIV), na sua vertente da proibição de proteção deficiente (a *Untermassverbot* da doutrina alemã), porquanto a norma prevê regra aquém do necessário à proteção da atividade legítima dos partidos políticos, do patrimônio público, da probidade eleitoral e do funcionamento minimamente eficiente da Justiça Eleitoral.

2.7. FATOS COMPROVADOS E INEFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Exigência de trânsito em julgado para, só então, realizar nova eleição significa adiar a prestação jurisdicional mesmo depois de já não ser possível rediscutir os fatos do processo, por estar esgotada a via recursal ordinária.¹⁹

Logo, embora demonstrados os fatos constitutivos dos graves ilícitos apontados no item anterior (compra de votos, condutas vedadas, ausência de incompatibilização, inelegibilidade por condenação [a chamada “ficha suja”] etc.) a Lei 13.165/2015, na redação que deu ao art. 224, § 3º, impede novas eleições.

¹⁹ Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

A tutela específica, fortemente prestigiada pela lei processual (inclusive pelo novo Código de Processo Civil²⁰), ficará proibida, pois o papel da jurisdição eleitoral é este: assegurar regras válidas do jogo político e disputas legítimas e equilibradas. Vitórias *contra legem* não podem ser validadas, nem mesmo provisoriamente, se isso significar o tempo todo de mandato.

A atividade jurisdicional eleitoral fica obstada de exercer sua força própria, a qual é, no caso, propiciar que o titular da soberania, o povo, direta ou indiretamente, substitua o candidato que nem tinha condições de candidatar-se ou que tisonou a normalidade e legitimidade do pleito.

Trata-se de adiamento que equivale à inanição da prestação jurisdicional. Não custa rememorar: os mandatos do Poder Exe-

²⁰ Por exemplo, nos arts. 139, VI, 497, 499, 536:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...].

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. [...]”.

cutivo são de quatro anos. Que interesse público haveria em movimentar a máquina jurisdicional eleitoral e a do Ministério Público para decisões que não terão eficácia alguma?

Inexigência de trânsito em julgado tem sido característica de nova fase do Direito brasileiro, forte na efetividade da prestação jurisdicional. A própria Lei das Inelegibilidades (a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990) gera esse efeito com decisão de órgão colegiado, ainda que passível de recurso.²¹ Essa Suprema Corte, na ação declaratória de constitucionalidade 29/DF, considerou constitucional tal restrição às candidaturas, sem demandar trânsito em julgado.²²

²¹ Tome-se, por exemplo, o art. 1º, I, *j*, da Lei Complementar 64/1990: “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: [...] *j*) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 ([...]) anos após o cumprimento da pena; [...]”.

²² “AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEI-

O paradoxo sistêmico torna-se evidente: basta uma decisão colegiada para gerar inelegibilidade mas, se esta for contestada, só por decisão transitada em julgado será possível afastá-la.

Relembre-se que, segundo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* 126.292/SP, execução provisória de pena fir-

ÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).
2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.
3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.
4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.
5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, por-

mada em decisão passível de recurso especial ou extraordinário não ofende a presunção de inocência.²³

Valem aqui as mesmas ponderações feitas no tópico anterior sobre a inconstitucionalidade da norma, entre outras razões, pela proteção deficiente dos valores constitucionais da democracia e do sistema eleitoral.

quanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus* público.

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (*v.g.*, o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da

2.8. CIRCUNSCRIÇÃO DO TEMA À JURISDIÇÃO ELEITORAL

O pedido desta ação direta de inconstitucionalidade é de que seja declarada incompatível com a Constituição a exigência de trânsito em julgado para realizar novas eleições, em caso de indeferimento de registro de candidatura e de cassação de diploma ou de mandato de candidatos.

República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 ([...]) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).” STF. Plenário. ADC 29/DF. Rel.: Min. LUIZ FUX. 16 fev. 2012, maioria. *DJe* 127, 29 jun. 2012; *RTJ*, vol. 221, p. 11.

²³ O julgamento deu-se em 17 de fevereiro de 2016 e não teve ainda o acórdão publicado.

Alternativamente, propõe-se interpretação conforme a Constituição da locução “trânsito em julgado”, para que encerre, exclusivamente, pronunciamento da Justiça Eleitoral.

O art. 121 da CR autoriza essa interpretação:

§ 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Há, portanto, nos termos da Constituição, uma jurisdição especializada eleitoral, iniciada pelo juízo eleitoral e encimada pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a última palavra, em certas situações, do Supremo Tribunal Federal. É o TSE que também procede à guarda da constitucionalidade das decisões de instâncias inferiores, como se infere do § 4º do mesmo preceito constitucional:

§ 4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- II – ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV – anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V – denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

É por essa razão que não cabe recurso extraordinário de decisões de TREs, ao contrário do que ocorre com os tribunais de

apelação em geral.²⁴ O próprio Tribunal Superior Eleitoral exerce controle de constitucionalidade de decisões das demais instâncias eleitorais, em casos concretos. Cabimento de recurso extraordinário de suas decisões é, portanto, excepcionalíssimo, para inaugurar a jurisdição constitucional (e não eleitoral) do Supremo Tribunal Federal.

Parece apropriado, nesse panorama, interpretar a exigência de “trânsito em julgado” como limitada à jurisdição propriamente eleitoral, que finda com pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral. A hipótese inversa significaria que somente se realizariam novas eleições em caso de graves irregularidades eleitorais com autorização da Suprema Corte do Brasil.

Considerando a quantidade de municípios onde estas eleições, em tese, poderiam ocorrer – mais de cinco mil e quinhentos, como se sabe²⁵ –, sem falar nos vinte e seis estados e no Distrito Federal, essa exigência da lei mostra-se temerária, verdadeiramente inexecutável e geradora de virtual ineficácia absoluta do sis-

²⁴ Acórdão TSE de 1º set. 2011, no agravo regimental no agravo de instrumento 286.893: “Recurso extraordinário contra acórdão de TRE constitui erro grosseiro e inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal”. Acórdão STF de 18 dez. 1995, no Ag 164.491; acórdãos TSE 4.661/2004 e 5.664/2005 e acórdão TSE de 23 jun. 2005, no Ag 5.117: descabimento de recurso extraordinário contra acórdão de TRE; cabe recurso para o TSE, mesmo que se discuta matéria constitucional. Acórdão TSE 5.117/2005: não se aplica a regra de interposição simultânea de recurso especial e extraordinário. TSE. *Código Eleitoral comentado e legislação complementar*. Disponível em < <http://bit.ly/1WpbFHh> > ou < [http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965#5-tit3-cap4](http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965#5-tit3-cap4) >; acesso em 11 maio 2016.

²⁵ Mais exatamente 5.561 municípios, segundo o IBGE. Disponível em < <http://bit.ly/1Tb0mPq> > ou < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm >; acesso em 11 maio 2016.

tema legal eleitoral de prevenção e repressão de ilícitos contra o equilíbrio e a legitimidade das eleições, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, por proteção deficiente da soberania popular e da legitimidade das eleições.

2.9. CONCLUSÕES

Em face das considerações acima, parece necessário chegar às seguintes conclusões.

a) A realização de eleições indiretas para a presidência da República tem contornos fixados na própria Constituição da República e não pode ser alterada por lei. Há inconstitucionalidade material no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, a exigir interpretação conformadora para excluir o presidente e o vice-presidente da República de sua abrangência.

b) Sucessão de governadores e prefeitos é matéria confiada à autonomia dos entes federados, que devem dispor sobre o tema em suas constituições e leis orgânicas. Do contrário, o pacto federativo é ofendido. Há inconstitucionalidade orgânica do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral.

c) Aplicabilidade da nova redação do art. 224 aos senadores da República, permitindo até que sejam eleitos indiretamente, é desarrazoada, descabida, contrária ao princípio da finalidade e fere a soberania popular, pois para essa função não há o mesmo óbice à rotatividade que acomete os cargos do Executivo. Cabe interpretação conformadora, para retirar o cargo de senador do âmbito material de validade da norma.

d) A menção legal a indeferimento de registro de candidatura equipara situações anteriores que tismam o direito de candidatura, como inelegibilidades ou ausência de condições de elegibilidade, com a prática das graves infrações ao longo da campanha que permitem cancelamento do diploma ou perda do mandato. Além disso, cria situação de ausência de normatividade, pois anula a eleição sempre que houver indeferimento ou cassação, sem indicar quem deverá ser diplomado nestes casos.

e) Exigência de trânsito em julgado – incluindo a espera de decisão de possível recurso extraordinário – mostra-se exagerada e desproporcional, em face da gravidade das condutas que autorizam cassação de diploma e de mandato. Cria área de tensão entre o direito à ampla defesa com os meios e recursos previstos nas leis e o tempo útil para decisões cassatórias, que não pode ser superior ao período dos mandatos. É possível, alternativamente, interpretar a exigência de trânsito em julgado como interna à jurisdição tipicamente eleitoral, que se encerra no Tribunal Superior Eleitoral.

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

O sinal do bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial e pela contrariedade das normas impugnadas a precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre do fato de que, enquanto não suspensa a eficácia das normas atacadas, o sistema legal eleitoral passa a conviver com deficiências graves, introduzidas pelo art. 4º da Lei 13.165/2015.

Do ponto de vista prático, a lei esvazia a eficácia das normas eleitorais que protegem a regularidade e legitimidade das eleições de alguns de seus desvios mais graves, ensejadores de sanções como cassação de diploma e de mandato. Gera proteção deficiente dos valores constitucionais aplicados ao sistema eleitoral, ao permitir que decisões condenatórias de instâncias judiciárias colegiadas sejam frustradas por manobras processuais. Fere o princípio federativo, ao impedir que estados, o Distrito Federal e municípios rejam aspectos eleitorais de sua competência. Abre a possibilidade de que senadores sejam eleitos indiretamente, em ofensa à soberania popular.

Deve-se considerar, ademais, a proximidade das eleições municipais, com no mínimo dois candidatos a cargos majoritários (o de prefeito) nos mais de cinco mil e quinhentos municípios brasileiros. As convenções dos partidos políticos deverão ocorrer no máximo até 5 de agosto (Código Eleitoral, art. 93, § 2º), ou seja, em menos de três meses, o que reforça a urgência de deliberação sobre as normas impugnadas. Há necessidade de quadro normativo estável e expungido de inconstitucionalidades antes das convenções.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, se julgue procedente o pedido, para declarar, nos termos das conclusões acima, inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral e inconstitucionalidade total do § 4º, ambos com a redação que lhes deu o art. 4º da Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015.

Brasília (DF), 12 de maio de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República