A inconstitucionalidade da nova redação do artigo 224 do Código Eleitoral



Arquivo pessoal

Bruno Cezar Andrade de Souza

Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade Candido Mendes (2009), Graduado em Licenciatura em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006). É servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro desde 2007, com diversos artigos de Direito Eleitoral publicados em revistas especializadas.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, eleições, renovação

1. Introdução

Seguindo a tradição legislativa brasileira e, por que não, a própria necessidade de dinamismo e volatilidade das regras para as eleições[1] o Congresso Nacional aprovou, com posterior sansão presidencial, a Lei nº 13.165/2015 que cuidou da nova reforma do sistema eleitoral pátrio.

O referido diploma legal trouxe alterações nas principais fontes do direito eleitoral brasileiro. Desde o Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, passando pela Lei 9.906/95 que dispõe sobre os Partidos Políticos, até a Lei das Eleições, nº 9.504/97.

Não obstante a necessidade de uma análise pormenorizada das inovações e alterações definidas no novo regramento, deixaremos uma abordagem geral para outro momento e trataremos aqui especificamente de um único ponto objeto de inovação legislativa. A delimitação do foco de estudo guarda relação com a complexidade e com as mais variadas implicações que o tema pode proporcionar no cenário político nacional. Não sendo viável, neste momento, tratar com a profundidade exigida todas as mudanças.

Falaremos a respeito da inclusão, no artigo 224 do Código Eleitoral, de dois parágrafos acompanhados de dois incisos que definiram procedimentos para a renovação das eleições decorrente de decisão da Justiça Eleitoral.

A presente análise faz-se necessária uma vez que a modificação da redação do aludido artigo tem um impacto significativo e abrangente em toda a sociedade, podendo ocasionar forte instabilidade política. Além disso, consideramos haver, e ao longo deste trabalho buscaremos provar, inconstitucionalidade em trechos específicos do novo texto legal.

Para buscar trazer clareza, e facilitar a compreensão do raciocínio ora proposto, organizaremos o texto da seguinte forma: em primeiro lugar buscaremos compreender as razões que levaram o legislador a proceder às inclusões aqui analisadas. Passada esta fase, tentaremos demonstrar os problemas de constitucionalidade existentes na nova redação do artigo 224 e, por fim, defenderemos que a mudança, nos termos propostos, dá solução desproporcional ao problema que se apresenta.

Então passemos desde já ao deslinde da questão.

2. Das razões que levaram à alteração do artigo 224.

O Artigo 224 do Código Eleitoral tinha a seguinte redação:

> 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 (vinte) a 40 (quarenta) dias.
> § 1º Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.
> § 2º Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo o Ministério Público promoverá, imediatamente a punição dos culpados. (BRASIL, 2014, p. 99)

Com o advento da Lei nº 13.165/2015, foram incluídos os parágrafos 3º e 4º, este último conta ainda com dois incisos, a saber:

[1] Cf. José Américo Abreu Costa em artigo "Segurança jurídica e norma eleitoral" quando afirma que "Não esqueçamos que o Direito Eleitoral, suas normas e princípios se destinam a uma dimensão dinâmica da vida humana: a legitimação do acesso ao poder representativo. E as regras de acesso democrático ao poder devem atentar para as necessidades de alterações desse certame popular, tendo em vista a realidade individual, social e econômica que permeiam a formação do direito normativo". In. WAGNER, 2014, p. 284)

> § 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.

Percebe-se, inicialmente, que a novidade introduzida pelo parágrafo 3º tem relação com o percentual de votos necessários para a renovação das eleições. Isto porque no caput do artigo 224 define-se que tal hipótese somente ocorrerá se atingido mais da metade dos votos da respectiva eleição. Por sua vez, o parágrafo 3º define que serão feitas novas eleições em qualquer caso em que o candidato, eleito em eleição majoritária, der causa à nulidade de sua votação.

Ao verificarmos os motivos que levaram os parlamentares a incluir este dispositivo na legislação eleitoral, podemos perceber que há dupla fundamentação. Nas justificativas iniciais ao Projeto de Lei nº 5.735/2013, que tramitou na Câmara dos Deputados e deu base para a presente modificação, verificamos que as mesmas tiveram como fundamento concomitantemente a necessidade de "fortalecer a participação popular" e "evitar a judicialização excessiva" do processo eleitoral. Tanto é assim que a justificação do projeto em seu item "j" fala o seguinte:

> j) Realização de novas eleições sempre que houver a cassação de registro de candidatos vitoriosos.
> A proposta visa à valorização da manifestação do eleitor. Se o candidato mais votado tiver seu registro cassado pela Justiça Eleitoral, independentemente da margem de votos que tenha obtido, deverão ser realizadas novas eleições, sem que o segundo mais votado (portanto, derrotado) seja considerado eleito. (grifo no original)[2]

Neste sentido, a motivação da alteração está bem especificada. Contextualizando a preocupação dos parlamentares podemos citar que a valorização da manifestação do eleitor está intimamente relacionada aos movimentos sociais que buscaram as ruas do país desde junho de 2013[3], passando por protestos contra a realização da Copa do Mundo no Brasil e chegando até às manifestações em relação aos casos de corrupção noticiados envolvendo políticos após as eleições gerais de 2014, bem como às exigências da população em uma maior democratização da política[4].

---

[2] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148 . Acessado em: 11 de novembro de 2015.

[3] Cf. MAGRINI, (2014, p. 172), quando afirma que "observam-se como fatores mais abrangentes representativos deste período de revoltas: (i) a crise no sistema político representativo tradicional; o sentimento de rejeição às organizações partidárias; (ii) o repúdio à violência policial; (iii) o anseio por novas formas de participação política e ampliação das esferas democráticas; e (iv) a insatisfação com a insuficiência da cobertura da mídia tradicional e demanda por um fluxo de informações mais horizontal, multidirecional e descentralizado"

[4] Cf. BOBBIO (2000, p. 66), nesta mesma linha, "... não há dúvida de que estamos assistindo à ampliação do processo de democratização. Se tivéssemos de apontar uma das características mais evidentes e interessantes de uma sociedade politicamente em expansão, como é por exemplo a italiana, não poderíamos deixar de indicar a exigência e o exercício efetivo de uma sempre nova participação."

Com o recrudescimento das insatisfações sociais, e a consequente pressão exercida pelos movimentos sociais, a classe política foi instada a, de alguma forma, buscar responder a tais descontentamentos e encontrar alternativas de soluções para voltar a ser vista pelos cidadãos como competente para exercer papel de mediadora entre as aspirações populares e o Estado enquanto realizador destas.

A outra tese que sustenta a modificação do diploma legal é a preocupação da classe política com a crescente interferência do Poder Judiciário em temas que para eles deveriam ser reservados ao ambiente natural do debate político e das disputas partidárias. Significa dizer que, em uma primeira análise, tal alteração buscou, de forma direta, melhor delimitar a atuação da Justiça Eleitoral para que cumpra seu papel sem que se sobreponha ao ambiente político.

Estas duas linhas de fundamentação, grosso modo, explicitam as razões que levaram os parlamentares brasileiros a modificarem os procedimentos para a renovação das eleições. Todavia, sem que entremos no mérito sobre a validade ou não de tais justificativas, apontamos que há problemas de ordem constitucional, bem como, de ausência de razoabilidade na medida, conforme passaremos a explicitar.

3. Do vício de constitucionalidade.

A redação original do artigo 224, anteriormente citada, ficava restrita ao direito eleitoral e à renovação das eleições, nada falando acerca da instrumentalização do novo certame. Ao inserir o §4º com seus incisos no artigo 224 do Código Eleitoral, o legislador avançou na definição de regras para a renovação dos pleitos e, com isso, criou uma norma formal e materialmente inconstitucional visto que, de uma única vez, legislou de forma contrária aos ditames constitucionais e interferiu no âmbito de competência privativa dos demais entes federativos.

Os incisos I e II do parágrafo 4º estabelecem a forma como serão realizadas as eleições quando ocorrer a hipótese trazida no parágrafo 3º, ou seja, quando houver, em pleito majoritário, o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato eletivo daquele que tenha sido eleito em sua circunscrição, seja municipal, estadual ou nacional.

Segundo o novo preceito, nestes casos a eleição deverá ocorrer de forma direta nos primeiros três anos e meio do mandato e, se nos últimos seis meses será feita de forma indireta.

Ao estabelecer as novas regras, os parlamentares ignoraram a Constituição Federal em seu artigo 81, §1º, que estabelece a realização de eleições indiretas quando ocorrer vacância dos cargos de Presidente da República e de Vice-Presidente nos dois últimos anos do mandato e, ainda nos artigos 25, §1º, e 29 que dão, respectivamente, autonomia a Estados e Municípios para deliberarem sobre temas que não contrariem a Constituição.

Assim, pode-se dizer que há inconstitucionalidade nas novas normas tanto pela forma como as mesmas foram trazidas ao ordenamento jurídico quanto pela matéria por elas tratadas. Para melhor compreender a situação cabe tecer alguns comentários sobre a classificação das inconstitucionalidades aqui carreadas.

Os estudos de Direito Constitucional nos mostram uma variada gama de classificações quanto aos tipos de inconstitucionalidades. Entre elas podemos destacar as inconstitucionalidades por vício de forma, que estão diretamente relacionada a algum defeito existente quando do procedimento do ato normativo ou a competência para elaborar o referido ato, e aquela por vício material, ou seja, o conteú-

do da norma afronta o texto da carta política. José Afonso da Silva, assim descreve tal classificação:

> Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição. (SILVA, 2012, p. 47)

Há, ainda, aqueles doutrinadores que defendem o fato de que toda inconstitucionalidade material é, em verdade, uma inconstitucionalidade formal, pois caso a alteração fosse realizada na própria constituição a inconstitucionalidade deixaria de existir. É o que pensa, por exemplo, Anhaia Mello citada por André Ramos Tavares:

Contudo, neste passo, surge mais uma dificuldade. É que – excluindo-se o cerne imodificável da Constituição –, se a lei houvesse sido votada como emenda constitucional, ela seria perfeitamente constitucional. Dessa maneira, o problema não seria propriamente o conteúdo da lei, mas a forma de sua aprovação.

É a posição de Anhaia Mello: 'No fundo, uma inconstitucionalidade material não deixa de ser uma inconstitucionalidade formal, porque se a matéria fosse votada como lei constitucional, segundo as regras de revisão, não seria inconstitucional nem mesmo materialmente'. (TAVARES, 2009, p. 208).

Nos permitimos discordar desta hipótese absoluta uma vez que, embora a matéria possa ingressar no corpo constitucional, caso seja modificada a forma como a mesma veio ao ordenamento jurídico, isto por si só não a torna constitucional visto que é possível ainda existir o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais caso estas tenham tanto vício de forma quanto tratem de matéria que atinja o núcleo intangível da carta política.

Passemos, agora, a abordar especificamente os dois tipos de inconstitucionalidades identificados na novel regulamentação da renovação das eleições.

3.1 Da inconstitucionalidade material.

Este tipo de inconstitucionalidade vincula-se diretamente ao conteúdo da norma quando confrontado com as regras ou princípios insculpidos na constituição. Assim, ao compararmos aquilo que efetivamente é estabelecido por uma norma com as definições em sede constitucional, aquelas não podem se contrapor a estas. Existindo este tipo de conflito, há que prevalecer aquilo que o constituinte definiu como matéria de tão grande importância que deveria ser contemplada na Constituição pátria.

Pois bem, ao analisarmos o artigo 224, do Código Eleitoral, com sua nova redação podemos identificar facilmente que o referido artigo cuida da forma como se dará as eleições para cargos majoritários. Já na cabeça do artigo é feita referência a que o dispositivo aplica-se inclusive às eleições presidenciais. Significa dizer que o estabelecido nos parágrafos 3º e 4º, quanto a renovação das eleições, será aplicado igualmente quando a decisão da Justiça Eleitoral recair sobre candidato vitorioso ao pleito de Presidente da República.

Até aqui não haveria qualquer problema quanto a constitucionalidade da matéria visto que a Constituição dá ao Poder Legislativo Federal a competência para legislar sobre matéria eleitoral. Con-

tudo, ao definir nos incisos I e II, do parágrafo 4º que a renovação das eleições do artigo 224 dar-se-á de forma direta nos três anos e meio e indireta apenas nos seis últimos meses do mandato, o legislador federal afrontou o constituinte originário.

Isto porque a carta política é cristalina ao definir em seu artigo 81 que ocorrendo a dupla vacância de Presidente e Vice-presidente da República deverá ser realizada eleição direta para ambos os cargos se o fato ocorrer nos dois primeiros anos e, se nos dois últimos, de forma indireta pelo Congresso Nacional.

Ora, se a Constituição Federal já estabeleceu procedimento específico para eleição de cidadãos para complementar o mandato de Presidente e seu Vice em decorrência de vacância não poderia o legislador infraconstitucional regulamentar a matéria de forma diversa.

Seria possível, ainda, tentar argumentar que a inovação legislativa é específica para situações em que a Justiça Eleitoral, por decisões judiciais, invalida a assunção daquelas pessoas aos cargos de chefes do poder executivo federal sendo, deste modo, tema distinto daquele trazido pela Constituição. Todavia, o preceito constitucional não especifica qual a razão da ocorrência de vacância dos referidos cargos. Pelo contrário, limita-se a estabelecer que existindo a vacância deve-se seguir determinado procedimento. Sendo assim, se o constituinte não pretendeu atribuir ao substantivo 'vacância' qualquer predicado, o legislador, ao fazê-lo, incidiu em vício material, tornando a regra, no que tange ao cargo de Presidente da República, inconstitucional.

Não bastasse o vício material, a alteração do artigo 224 do Código Eleitoral pecou também por problemas quanto a sua forma como passaremos a demonstrar.

3.2 Da inconstitucionalidade formal.

Talvez mais grave do que a inconstitucionalidade material seja, neste caso, a inconstitucionalidade formal. Primeiramente, é fundamental esclarecer que o vício de forma refere-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1038). E, partindo de pressupostos constitucionais, podemos perceber quão gravosa ao regime federativo brasileiro foi a inovação legislativa e como tal situação só tende a se agravar enquanto a lei, neste trecho, não for considerada inconstitucional.

A inconstitucionalidade formal pode ocorrer tanto por erros na técnica do ato que venha a se tornar lei, quanto na tramitação do mesmo pela casa legislativa e, ainda, por incompetência do órgão legislativo que trouxe ao ordenamento jurídico o dispositivo legal.

No caso ora analisado, compreendemos haver vício quanto à competência para que o legislador federal emita regras de eleições para os Estados membros e para os Municípios. Neste ponto, maculando não somente a competência legislativa, mas desfigurando os princípios mais básicos em que foram forjados a unidade e soberania nacional, e disto decorre a gravidade e a afronta aos princípios constitucionais. Isto porque, ao definir procedimento específico para eleição de Governadores e Prefeitos, o legislador federal ignorou um dos principais pilares de uma federação, qual seja, a autonomia política dos entes federados.

Quanto ao tema de autogoverno dos entes federativos, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar fazendo uma sutil distinção entre o que seria Direito Eleitoral, matéria privativa de legislação da União, e o que, em verdade, trata-se de poder do ente em gerir seus próprios atos. É nesta

última classificação que se categorizou a forma de eleição do chefe do executivo, seja estadual ou federal.

O Ministro Celso de Melo, ao analisar questão semelhante assim prelecionou:

> Ocorre que, salvo melhor juízo, a escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado, para efeito de exercício residual do mandato político, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos, subsume-se à noção de matéria político-administrativa que se acha essencialmente sujeita, no que concerne à sua positivação formal, ao domínio institucional reservado à atuação normativa do Estado-membro.
> A escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado quando ocorrida a dupla vacância na segunda metade do período governamental, traduz uma iniludível prerrogativa da Assembléia Legislativa outorgada pela Carta Estadual com fundamento na capacidade de autogoverno de que dispõe, com apoio na autonomia política que lhe é co-natural, essa unidade regional da federação. (STF, ADI 1057 MC - Bahia. Min. Rel. Celso de Melo, 20/04/1994)

A autonomia político-administrativa do ente federativo é tão marcante que mesmo quando se trata de confrontar a lei orgânica municipal com dispositivo da Constituição Estadual, prevalece aquela em detrimento desta sob o mesmo fundamento que não cabe ao Estado-membro imiscuir-se em questão estranha a sua competência. É o que podemos perceber no seguinte julgado:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 75, §2º, DA CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS – DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E VICE-PREFEITO – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL – DOMÍNIO NORMATIVO DA LEI ORGÂNICA – AFRONTA AOS ARTS. 1º E 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
> 1. o poder constituinte dos Estados-membros está limitado pelos princípios da Constituição da República, que lhes assegura autonomia com condicionantes, entre as quais se tem o respeito à organização autônoma dos Municípios, também assegurada constitucionalmente.
> 2. o art. 30, inc. I, da Constituição da República outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância.
> 3. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios, o art. 75, §2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira.
> 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 3549-Goiás. Min. Rel. Cármen Lúcia, 17/09/2007)

Podemos perceber que os Ministros do STF são contundentes ao delimitar qual a esfera de atuação de cada ente federativo, tendo como princípio a preservação da máxima efetividade das características do federalismo brasileiro. Isto porque a autonomia administrativa e o autogoverno não podem ser objeto de usurpação de outro ente sob pena de serem criadas animosidades que enfraqueçam o

liame da unidade nacional.

Acompanhando o posicionamento jurisprudencial, a doutrina destaca ainda mais a posição central de se preservar a competência federativa para definir a forma de escolha dos representantes do poder executivo. José Afonso da Silva define que,

> A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: (a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; (b) na posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (art. 18 a 42) (SILVA, 2012, p. 100)

Outro exemplo citado como demonstração patente de que a Constituição Federal tem na autonomia federativa um de seus pilares é o da intervenção de um ente federal em relação a outro. Michel Temer, tratando da autonomia federal, tece o seguinte comentário:

> A necessidade de previsão constitucional para a União intervir significa a igualdade entre ela e os Estados. Fossem desiguais, existisse a subordinação dos Estados à União, não se cogitaria de autorização constitucional expressa.
> Essa previsão constitucional é demonstração inequívoca da autonomia estadual.
> Se o constituinte estabeleceu a autonomia estadual, toda interpretação que nesse tema se faça levará em conta esse prestigio constitucional. (TEMER, 2005, p. 85)

A questão toma contornos ainda mais drásticos se partirmos da premissa de que a federação, com todas as suas características, mormente a autonomia dos membros federados, está intrinsecamente ligada à democracia ocidental moderna. Tal conexão guarda relação com a preservação de partes do poder político que, como uma federação, sofre mitigação em prol do país. Lembremos que no sistema federativo seus componentes abrem mão de sua soberania, que é exercida exclusivamente pelo governo central, mas preservam poder autônomo frente a seus pares dentro da federação.

A redução deste poder residual decorrente da opção pelo regime federativo não pode ser recrudescida sem que sequelas sejam identificadas e traumas e ressentimentos sejam fomentados entre os membros federais que deveriam ter isonomia de tratamento entre si.

O célebre constitucionalista luso, JJ Canotilho dá os contornos que a autonomia administrativa exerce em relação ao regime democrático. Diz o seguinte:

> A história mostra ser o problema da administração autónoma uma questão estreitamente conexionada com o princípio democrático. A <<democracia descentralizada>>, isto é, a democracia assente num <<poder local autónomo>> assegurava a separação territorial de poderes e contribuía para uma maior participação democrática no exercício do poder. Não é tão clara a sua ligação com o princípio do estado de direito, mas a ideia de estado de direito estava indiscutivelmente associada à ideia da descentralização administrativa como limite ao poder unicitário e conformador do estado e como forma de separação entre o estado e a sociedade civil. (CANOTILHO, 2003, p. 252.)

Com isso, podemos defender que a definição de uma forma de eleição específica definida pelo legislador federal para os entes federativos cria uma crise federativa em que os entes atingidos se encontram em situação de inferioridade tendo que recorrer para ver sua situação original preservada.

Do contrário, o ente federativo afetado terá questionada entre sua própria população as razões de não lutar pelo seu lugar no cenário pátrio. O recrudescimento de tal situação pode chegar à situação limite em que se reduz a legitimidade da atuação do chefe do poder executivo frente a sua população e do próprio ente federativo em relação ao conjunto dos componentes que dão contornos geográficos e políticos ao país.

Carlos Ayres de Brito, ao se expressar quanto a importância da democracia para legitimação do poder estatal, dá o tom da relevância do Estado constitucional, se não vejamos,

> O Estado constitucional é 'mais' do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político (AYRES DE BRITO, Carlos. 'Poder Constituinte versus Poder Reformador', in: A. Maués (org.), Constituição e Democracia. Apud. CANOTILHO, J.J. Gomes. 2003, p. 100)

Vemos que a ligação existentes entre democracia, autonomia federativa e legitimidade do poder estatal é estreita, se não, indissociável. Sendo assim, fica mais do que provado que há vício formal na elaboração das novas regras que trataram da renovação das eleições de Governador e Prefeito visto que estas deveriam ser feitas pelos próprios interessados, se assim o desejassem, deixando ao legislativo federal apenas a possibilidade de deliberar a questão em relação ao cargo de Presidente da República sempre tendo em conta as limitações já previstas em nossa carta magna.

4. Da desproporcionalidade da medida proposta.

Ultrapassadas as razões da alteração e esmiuçadas as inconstitucionalidades existentes na norma, chegamos ao momento de demonstrar que o estabelecimento de eleições diretas até momento tão próximo ao final do mandato é medida desproporcional em relação à finalidade que se pretende, qual seja, ampliar a legitimidade das eleições por meio da participação dos eleitores.

O fato de existirem eleições indiretas, de modo algum, torna as escolhas dos governantes menos legítimas. É claro que quanto maior a participação dos cidadãos mais bem representada será a pluralidade dos grupos sociais nos centros de decisões. Todavia, a eleição indireta, caso necessária, dar-se-á por eleitores que são, em sua maioria, efetivamente representantes do povo, ou seja, só são detentores de um mandato eletivo porque assim quis o cidadão que votou naquela pessoa.

No âmbito federal, a Constituição definiu regra específica quanto a vacância de Presidente e Vice-Presidente da República. No entanto, o STF já teve oportunidade de se pronunciar que, neste ponto específico, não há obrigatoriedade de simetria com a Constituição em relação aos diplomas estaduais

ou municipais.

Ainda que já tenha se posicionado pela não necessidade de simetria, o STF, por vezes, já se pronunciou no sentido de que as constituições estaduais e as leis orgânicas devem respeitar preceitos mínimos emanados da Constituição Federal para que não descaracterize o regime democrático. Da mesma forma, José Afonso da Silva defende que não pode o ente federativo, sob o manto da autonomia, exorbitar de seu poder e suplantar a escolha popular.

> Há que estabelecer, outrossim, a situação que decorre de inexistência concomitante de Governador e de Vice-Governador. Sabe-se que, em tal caso, o Presidente da Assembléia ou, no impedimento deste, o Presidente do Tribunal de Justiça será chamado ao exercício do cargo, mas por quanto tempo? Pois, esses substitutos eventuais não se transformam em Governador. São Presidentes no exercício da governança. As constituições estaduais sempre deram solução diversificada a essa situação, umas prevendo nova eleição direta se a última vaga ocorresse nos primeiros três anos de mandato governamental e eleição pela Assembléia de novo Governador e Vice, complementando o eleito, em qualquer caso, o mandato em curso; outras estatuíam que haveria eleição popular para Governador e Vice, se a vaga se desse nos três primeiros anos e, se no último ano, o substituto completaria o período. A primeira hipótese estará mais de acordo com o atual modelo federal, que não é obrigatório. (SILVA, 2012, p. 628)

É neste mesmo sentido que a Ministra Carmem Lúcia defendeu não ser possível o legislador estadual definir como regra de preenchimento dos cargos vagos a assunção de pessoas não eleitas para tal fim. Há que se fazer eleições, sejam diretas ou indiretas, visto que

> em momento algum, a Constituição diz que alguém pode ser governador ou vice sem ser eleito. Como ser eleito – conforme enfatizou o Ministro Gilmar Mendes –, não tenho dúvida alguma de que pode ficar até a cargo de cada assembléia no exercício, no espaço, de sua autonomia.
> Foi alegado, no parecer do Procurador-Geral de então, Dr. Geraldo Brindeiro, que isso estava no espaço de autonomia política de cada Estado. Ora, autonomia exerce-se rigorosamente nos termos do caput do art. 25:
> 'Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.'
> Este é nitidamente um caso de vários princípios constitucionais que estariam sendo afrontados, razão pela qual acompanho integralmente o Ministro Relator. (STF, ADI 2709 – Sergipe. Min. Rel. Gilmar Mendes, 1º/08/2006)

Então, considerando a impossibilidade de que o executivo estadual ou municipal seja ocupado por não eleito, chegamos à conclusão de que é necessária a realização de eleições de forma célere para que não ocorram sobressaltos no cenário político.

É com este mote que são previstas renovações de eleições em casos de vacância dos cargos

do Poder Executivo, seja por questões eleitorais ou não. Contudo, a nova legislação, com a justificativa de que cabe ao cidadão a escolha de seus mandatários, reduziu o período em que há renovação das eleições, de forma direta, por cassação de diploma, indeferimento do registro de candidaturas ou perda do mandato eletivo. Essa alteração, embora sutil e com o fim de fortalecer a democracia, tem impacto considerável no cenário político brasileiro.

Em grande medida, tal alteração desperta o sentido contrário ao pretendido e, ao invés de fortalecer a democracia, pode enfraquecê-la na medida em que a solução apresentada e a constante insegurança jurídica podem quebrantar e banalizar a escolha popular. É, assim, de fundamental importância que a norma definida pelos parlamentares tenham respaldo no plano social de forma racional[5].

Não obstante a louvável justificativa, exigir que em prazo tão exíguo sejam realizadas novas eleições diretas, é medida extremamente desproporcional aos fins pretendidos. Lembremos que os eleitos no novo pleito só completarão o período do mandato daqueles que deixaram os cargos, ou seja, terão o comando do poder executivo apenas pelo espaço de tempo restante, independente das razões que geraram o vácuo de poder. Logo,

> Em qualquer dos casos [vacância ou impedimento], os eleitos simplesmente completarão o período de seus antecessores. Essa regra de 'mandato-tampão', agora, é justificável em ambas as circunstâncias – na eleição indireta como na direta -, visto que a fixação de mandato para quatro anos teve a fundamentá-la o princípio da coincidência de mandatos federais e estaduais. Essa exigência requer que, em havendo vacância nos termos do art. 81, os novos eleitos apenas concluam o mandato presidencial em curso. (SILVA, 2012, p. 546)

Sendo assim, todo o custo, seja financeiro ou político, de se realizarem novas eleições de forma direta é incompatível com o resultado prático de todo o procedimento de escolha dos novos mandatários. Somado a isso, podemos apontar que, mesmo que em eleições indiretas, há preservação da vontade popular e da legitimidade dos escolhidos para exercer tais mandatos visto que, como já falado, estes candidatos são escolhidos no seio das assembléias legislativas ou câmaras municipais por representantes eleitos pelo povo.

A desproporção na medida fica ainda mais marcante se verificarmos que a própria Constituição deu solução diversa daquela analisada. Então, o constituinte originário não identificou qualquer problema de legitimidade na escolha feita de forma indireta pelos parlamentares quando do preenchimento dos cargos do executivo federal quando a vacância ocorrer nos últimos dois anos.

Isto já foi, inclusive, objeto de discussão pelo plenário do STF que destacou haver proporcionalidade na medida que define a existência de uma eleição indireta, ainda que de forma excepcional e com regras bem definidas, por conta da gama de problemas que podem vir agregados à realização de elei-

[5] Cf. HABERMAS (2012, p. 290), ao explicar sobre a legitimidade das normas jurídicas compreende a importância que a mesma tem em relação a validade social: "a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos".

ções diretas em período tão próximo ao final do mandato, o que seria desproporcional, como se segue:

> Tenho que a resposta à objeção prescinde da idéia de simetria, pois convalida-se no plano do postulado normativo da proporcionalidade, perante a qual seria de indagar se a previsão de eleição indireta pelo constituinte estadual, medida que deveras encurta aquele princípio do exercício da soberania popular, é adequada, necessária e, em senso estrito, proporcional ao objetivo que tende a fomentar ou promover.
> Vê-se, logo, que a própria regra da eleição indireta, no âmbito federal, traz em si mesma, na ratio iuris, a demonstração de sua razoabilidade e proporcionalidade, enquanto constitui sensata resposta normativo-constitucional às demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia a realização de eleição direta, com todos os seus pesados e intuitivos custos ao aparato administrativo e à própria sociedade. Sua adoção pelo Estado-membro significaria na falta da norma ou modelo federal uma sábia decisão política destinada a elidir as desproporcionais vicissitudes da aplicação da regra geral a um caso atípico. (STF, ADI-MC 4298-Tocantins. Min. Rel. Cezar Peluso, 07/10/2009)

Soma-se à gravidade da presente medida o fato de que a mesma reforma eleitoral que reduziu o período para realização de eleições indiretas, diminuiu ainda mais o período que compreende o processo eleitoral ao retardar tanto a realização das convenções partidárias quanto o prazo final para a apresentação dos registros de candidatos.

Tal situação acentua ainda mais a desproporcionalidade da medida visto que uma maior quantidade de candidatos chegarão ao dia do pleito sem que seu processo de registro de candidaturas tenha sido definitivamente julgado em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

Vejam que este atraso não é decorrente de má gestão processual por parte da Justiça Eleitoral e sim do cumprimento dos prazos processuais que, embora mais céleres que na justiça comum, ainda devem preservar o devido processo legal. Sendo assim, muitos processos de registro de candidaturas chegam para análise do Tribunal Superior Eleitoral, em grau de recurso, sem que tal julgamento ocorra antes da realização do pleito. Logo, muitos candidatos eleitos poderão ser considerados não eleitos em decorrência de situações que foram aventadas antes do pleito.

Por todo o exposto, consideramos medida completamente desproporcional reduzir a apenas seis meses o período em que a renovação da eleição seja feita de forma indireta. Ainda que a simetria constitucional não se aplique ao tema e que, com isso, o estado-membro tenha legitimidade para deixar de seguir o prazo de dois anos trazidos por nossa carta política, há que se ter a razoabilidade da medida implementada para que esta não seja mais gravosa do que a situação a que pretende dar solução.

5. Conclusão.

Chegamos ao fim da presente análise com certeza maior do que aquela com que iniciamos estas breves linhas quanto à inviabilidade da alteração trazida pela Lei 13.165/2015.

Há uma única crítica quanto às justificativas utilizadas pelos parlamentares. Seguindo o raciocínio esperado de uma casa invariavelmente política, o Congresso Nacional preocupa-se com a cres-

cente judicialização da política brasileira e busca criar medidas para que, sem confronto institucional, seja trazido para o centro da discussão o envolvimento dos cidadãos que são, ao fim e ao cabo, os detentores do poder político. Contudo, a judicialização é decorrente da estrutura adotada no modelo brasileiro de divisão de poderes, na definição de Luis Roberto Barroso. O que se deve combater é o ativismo judicial, posição proativa do poder judiciário de expandir o alcance constitucional por meio de uma interpretação mais ampliada do texto da carta magna. (BARROSO, 2012, p. 25)

Ainda que ultrapassemos o presente debate, a escolha feita pelos parlamentares veio carreada de preocupantes problemas, tanto jurídicos quanto estruturais.

Como apontamos, o desrespeito aos preceitos mínimos de uma federação podem desaguar em tormentosos conflitos entre os membros que compõem nosso país tendo efeito contrário àquele pretendido quando da elaboração da medida e diminuir, ao invés de aumentar, a legitimidade das eleições.

A manutenção da norma, flagrantemente inconstitucional, fatalmente provocará uma insegurança jurídica desmedida no cenário político nacional, já tão combalido pela crescente descrença no papel de mediador das agremiações partidárias em relação aos anseios sociais.

Neste cenário, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que uma parte considerável dos candidatos chegarão ao dia do pleito sem que suas situações processuais estejam definitivamente decididas pelas cortes eleitorais. Conseqüentemente, maior será a probabilidade de que candidatos eleitos nas urnas não tenham sua vitória confirmada por decisões da Justiça Eleitoral que virão apenas em momento posterior ao certame. Em uma alusão a eventos climatológicos, podermos ter a tempestade perfeita, que poderá arrasar os alicerces do Estado Democrático de Direito, hoje, tão fortemente defendido.

Esperamos que rapidamente a situação se resolva e voltemos a nos preocupar com problemas mais graves que afligem o país.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais: Rio de Janeiro: UERJ, v. 5, nº1, pp. 23-32, 2012.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. – 7ª ed., 11 reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de Direito Constitucional, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. – 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

WAGNER, L. G. Costa; CALMON, Petrônio (Cord.). Direito eleitoral: estudos em homenagem ao desembargador Mathias Coltro. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.