

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD
ADV.(A/S) : EZIKELLY BARROS
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO, POR LEI FEDERAL, DE HIPÓTESES DE VACÂNCIA DE CARGOS MAJORITÁRIOS POR CAUSAS ELEITORAIS, COM REALIZAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES. APLICABILIDADE DA NORMA ÀS ELEIÇÕES PARA PREFEITOS DE MUNICÍPIOS COM MENOS DE DUZENTOS MIL ELEITORES E PARA O CARGO DE SENADOR DA REPÚBLICA.

1. O legislador ordinário federal pode prever hipóteses de vacância de cargos eletivos fora das situações expressamente contempladas na Constituição, com vistas a assegurar a higidez do processo eleitoral e a preservar o princípio majoritário.

2. Diferentemente do que ocorre com o Presidente e Senadores, a Constituição não estabelece expressamente uma única solução para hipótese de dupla vacância nos cargos de Governador e Prefeito. Assim, tratando-se de causas eleitorais de extinção do mandato, a competência para legislar a respeito pertence à União, por força do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, e não aos entes da Federação, aos quais compete dispor sobre a solução de vacância por causas não eleitorais de extinção de mandato.

3. Não ofende os princípios da soberania popular, da proporcionalidade, da economicidade e a legitimidade e normalidade dos pleitos eleitorais a aplicação de dispositivo que determina a realização de novas eleições no caso de decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidatos eleitos, independentemente do número de votos anulados,

ADI 5619 / DF

para cargos majoritários simples – Senador da República e Prefeito de Municípios com menos de duzentos mil eleitores.

4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Fixação da seguinte tese: *“É constitucional legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples – isto é, Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senadores da República – em casos de vacância por causas eleitorais”*.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, em julgar totalmente improcedente a ação direta e fixar tese nos seguintes termos: *“É constitucional legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples – isto é, Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senadores da República – em casos de vacância por causas eleitorais”*. Tudo nos termos do voto do Relator.

Brasília, 08 de março de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

07/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD**
ADV.(A/S) : **EZIKELLY BARROS**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

RELATÓRIO:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Social Democrático – PSD, em face do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.06.1965), acrescentado pelo art. 4º da Lei nº 13.165, de 29.06.2015. Eis o teor da norma:

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.

...

§ 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.

2. O requerente entende que a previsão de anulação do pleito majoritário “independentemente do número de votos anulados”, para

ADI 5619 / DF

que sejam realizadas novas eleições nas hipóteses em que a Constituição Federal exige apenas a maioria simples de votos para a escolha do eleito, violaria o disposto nos arts. 29, II; 46; e 77 da Constituição Federal, a soberania popular, bem como os princípios da proporcionalidade e da economicidade, ensejando proteção insuficiente da legitimidade e da normalidade dos pleitos eleitorais, tal qual disposto no art. 14, § 9º, da CF/88. Por essa razão, considera inconstitucional “a realização de novas eleições como critério exclusivo de sucessão nos pleitos majoritários”.

3. Sustenta, entretanto, que a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 224, do Código Eleitoral consiste na sua aplicação para as eleições pelo sistema majoritário simples, ou seja, nos pleitos eleitorais para o cargo de Senador da República e para o cargo de Prefeito de Municípios com menos de duzentos mil eleitores. Em síntese, a inconstitucionalidade estaria na adoção do critério exclusivo de realização de novas eleições “independentemente do número de votos anulados”, nas hipóteses de indeferimento de registro, cassação de diploma ou perda de mandato.

4. Acrescenta que “o legislador ordinário, ao inserir o § 3º no art. 224, CE, buscou afastar o critério previsto no *caput* do mesmo artigo, que dispõe que apenas se “a nulidade atingir mais da metade dos votos válidos” as novas eleições serão realizadas, sem estabelecer nenhum outro parâmetro razoável”. E, no seu entender, é na “ausência de parâmetro para preservação dos votos remanescentemente válidos que se encontra a inconstitucionalidade do § 3º, art. 224, CE, isto é, quando aplicada ao sistema majoritário simples”. Considera que “o parâmetro estabelecido no *caput* do art. 224 CE, além de preservar o resultado útil da eleição na qual se adotou o sistema majoritário simples, atende aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e da economicidade”, e que “a realização de um novo pleito realizará mais custos para a União”.

5. Pondera, em acréscimo, que a “realização de novas eleições

ADI 5619 / DF

sem a observância do parâmetro previsto no *caput* do art. 224, CE, ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, quando a clara opção do constituinte foi pelo sistema de maioria simples, tendo em vista que a Representatividade e a Legitimidade do eleito por esse sistema restará atendida quando mais de 50% dos votos válidos permanecerem hígidos”.

6. Foram solicitadas as informações e determinado o processamento do feito pelo rito abreviado do art. 12 da Lei Federal nº 9.868/1999, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

7. A Presidência da República manifestou-se pela procedência parcial do pedido, ao entendimento de que seria “inconstitucional submeter obrigatoriamente ao regramento da lei, em baila, o modelo de escolha de cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, na ocorrência da dupla vacância, por tratar-se de tema ao âmbito da autonomia política municipal”.

8. O Senado Federal informou, por sua vez, que a legislação foi aprovada segundo os ritos do processo legislativo ordinário e que o critério de realização de novas eleições contido no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, a partir da alteração da Lei nº 13.165/2015, seria uma opção legítima do legislador infraconstitucional.

9. A Advocacia-Geral da União opinou pelo acolhimento parcial do pedido, para afastar de seu âmbito de incidência as eleições de Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores.

10. O Procurador-Geral da República manifestou-se pela procedência parcial do pedido, no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 224, § 3º, para afastar de seu âmbito de incidência o cargo de Senador da República.

ADI 5619 / DF

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD

ADV.(A/S) : EZIKELLY BARROS (0031903/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou pelo requerente, Partido Social Democrático - PSD, a Dra. Ezikelly Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.3.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, eu comprimento a ilustre Advogada Doutora Ezikelly Barros, que esteve na tribuna representando o Partido Social Democrático e fez uma sustentação extremamente precisa, mas devo dizer que não me seduzi pelo argumento.

A questão aqui, neste segundo processo, envolve também o dispositivo, no caso específico o § 3º, em que o Partido Social Democrático postula a não incidência destas regras introduzidas pelo § 3º e § 4º nas eleições em municípios com menos de 200 mil eleitores e também para Senador - a questão de Senador, nós já provemos adequadamente na ação anterior. Portanto, eu estou acolhendo o pedido, mas, no tocante às eleições em municípios de menos de 200 mil eleitores, o grande argumento da peça inicial é o da economicidade. Foi sustentado da tribuna com propriedade que a eleição não tem custo zero e, portanto, não se justificaria, à luz do princípio da economicidade e da proporcionalidade, como citou sua senhoria, a renovação de eleição com menos de menos 200 mil habitantes, hipótese em que aplicar-se-ia a posse do segundo colocado, como tradicionalmente se fazia.

Eu pessoalmente acho que, ainda que a eleição custe dinheiro, a Democracia tem seu preço - aqui parodiando o Ministro Marco Aurélio. Portanto, o preço das eleições é um preço mínimo que nós devemos pagar.

Aliás, uma discussão que seria interessante, mas que não se coloca aqui, é que normalmente as pessoas imaginam que só têm custos os direitos sociais: educação, saúde, habitação, quando não é verdade. Os direitos individuais têm custos porque tem que manter a polícia; tem que manter o Poder Judiciário. E os direitos políticos têm custos porque tem que manter a Justiça Eleitoral, tem que organizar os pleitos, tem o

ADI 5619 / DF

horário. Portanto, não há direito gratuito, tudo tem um custo numa vida democrática.

O que existe mesmo são prioridades e escolhas que se fazem. Fechado esse parêntese, Presidente, e pedindo todas as vênias à ilustre advogada, eu estou encaminhado no sentido de não acolher o pedido.

E lavrando no meu voto a seguinte e singela tese: *“É constitucional a legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples, isto é, prefeitos de municípios com menos de 200 mil eleitores e Senador da República em casos de vacância por causas eleitorais.”*

É como voto, Presidente.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

I. CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO

1. O art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei nº 13.165, de 29.09.2015, determina a realização de novas eleições nas hipóteses de indeferimento de registro, cassação de diploma e perda do mandato, por decisão transitada em julgado da Justiça Eleitoral, de candidato eleito em pleito majoritário. Na inicial, o autor sustenta a tese de que seria inconstitucional a aplicação dessa regra eleitoral para as chamadas eleições majoritárias simples, que abrangem os pleitos para o cargo de Senador (art. 46, *caput*, CF/1988) e para o cargo de Prefeito de Municípios com menos de duzentos mil eleitores (art. 29, II, CF/1988). Por essa razão, requer que seja declarada inconstitucional uma hipótese de interpretação da referida norma, ou seja, uma declaração de inconstitucionalidade ou de nulidade parcial sem redução de texto, que, como bem esclarece Emílio Peluso Neder Meyer, leva ao provimento, ainda que parcial, do pedido.¹

2. Antes de avançar na solução da controvérsia, convém proceder a uma breve contextualização da inovação legislativa impugnada.

1 “A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, declaração de nulidade sem redução de texto ou, ainda, declaração de nulidade parcial qualitativa compõe outra modalidade das chamadas sentenças interpretativas. Diferentemente do que ocorre com a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto leva ao provimento, ainda que parcial, do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.” Cf. Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 72 e ss.

ADI 5619 / DF

3. Anteriormente à Lei nº 13.165, de 29.09.2015, que, entre outras alterações no campo do direito eleitoral, acrescentou ao art. 224 do Código Eleitoral os dispositivos impugnados, se em pleitos majoritários ocorresse invalidação de mais da metade dos votos válidos, novas eleições seriam realizadas dentro do prazo de vinte a quarenta dias, consoante o disposto no art. 224, *caput*, do aludido Código. Por outro lado, se a invalidação não atingisse mais da metade dos votos válidos, seria chamado o segundo colocado nas eleições, sendo este diplomado e investido na Chefia do Executivo. Portanto, novas eleições só tomavam lugar na hipótese de o candidato eleito ter obtido mais da metade dos votos válidos.

4. Com os dispositivos impugnados, agora, independentemente do número de votos recebidos pelo candidato vencedor, sempre haverá novas eleições. A regra do *caput* continuaria a valer para as causas de invalidação de votos previstas nos arts. 220, 221 e 222 do Código Eleitoral, bem como para eleições proporcionais. O que o legislador fez foi especificar, no § 3º, três causas que agora importam em nova eleição para cargos majoritários. Essas novas eleições poderão ser indiretas, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato, ou diretas se ela ocorrer antes desse prazo, consoante o disposto no § 4º. Elas, no entanto, só seriam realizadas após o trânsito em julgado da decisão que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato do candidato vencedor.

5. Em face da argumentação apresentada pelo requerente, penso que a questão principal que se coloca ao exame da jurisdição constitucional é a de saber se o legislador infraconstitucional pode estabelecer hipóteses de vacância para os cargos majoritários simples - Chefes do Poder Executivo em Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senador da República, e se também lhe seria legítimo estabelecer a realização de novas eleições nesses casos. Por essa razão, cumpre inicialmente tratar das regras constitucionais sobre vacância em

ADI 5619 / DF

cargos majoritários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

II. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º

1. Legitimidade de o legislador federal estabelecer hipóteses de vacância para cargos majoritários

6. A Constituição prevê em seu art. 81, § 1º, as regras a serem observadas na hipótese de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República. A solução adotada pelo constituinte originário é sempre a de realização de nova eleição, seja ela direta ou indireta. Assim, ocorrendo dupla vacância na primeira metade do mandato, estabelece a Constituição que deve ser realizada eleição direta, noventa dias após aberta a última vaga. Porém, ocorrendo ela apenas na última metade do mandato, prescreve a Constituição a realização de eleição indireta pelo Congresso Nacional, dentro do prazo de trinta dias contados a partir de aberta a última vaga. Essa é única hipótese em que a Constituição permite a eleição indireta para um cargo eletivo. Portanto, o art. 81, § 1º, veicula norma constitucional de feição especialíssima no contexto da democracia brasileira, já que excepciona o voto direto (arts. 14 e 60, § 1º, II, CF).

7. Embora a Constituição Federal estabeleça essas duas soluções, ela o faz sem cogitar as causas de dupla vacância dos cargos de titular e vice. Em razão de sua obviedade, algumas dessas causas sequer estão expressamente previstas no texto constitucional, como é o caso de morte, moléstia incapacitante ou renúncia. Outras, porém, decorrem da interpretação constitucional sistêmica, pois ocorrem devido à perda de uma condição de elegibilidade. São exemplos dessas últimas os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos e perda da nacionalidade. Há, no entanto, três hipóteses determinadas expressa e diretamente pelo constituinte. A primeira delas se dá pela cassação, em virtude de decisão condenatória do Senado Federal por crime de responsabilidade (arts. 52,

ADI 5619 / DF

parágrafo único, e 86, CF). A segunda é prevista para a situação na qual, decorridos mais dez dias da data fixada para a posse no cargo, nem o Presidente nem Vice-Presidente tenham-no assumido (art. 78, parágrafo único, CF). A última hipótese se dá no caso de ausência do País dos ocupantes desses cargos, por mais de quinze dias, sem licença do Congresso Nacional (art. 83).

8. Essas são, portanto, as únicas hipóteses previstas na Constituição capazes de gerar dupla vacância na Chefia do Poder Executivo. Isso, no entanto, não significa que são elas as únicas possíveis. O constituinte apenas não se ocupou em determinar de forma exaustiva todas elas, deixando ao legislador infraconstitucional o estabelecimento de outras causas, especialmente as de natureza eleitoral.

9. De fato, hoje é largamente difundida na doutrina eleitoral a distinção entre causas não eleitorais e eleitorais de extinção do mandato. As causas não eleitorais estão associadas a eventos e práticas que tomam lugar durante o exercício do mandato eletivo, o que pressupõe a regular diplomação do mandato e a legítima investidura no cargo. Algumas delas são sancionatórias, como a que se dá por condenação por crime de responsabilidade. Outras, porém, não decorrem de sanção, como é o caso da morte ou renúncia.

10. Já as causas eleitorais relacionam-se a atos ilícitos praticados durante o processo eleitoral, capazes de comprometer a lisura e hígidez das eleições e a legitimidade do candidato vencedor nas urnas. Cuidam essas últimas causas, portanto, da validade da eleição, pressuposto do exercício legítimo do mandato. Elas impedem que o candidato que tenha obtido o maior número de votos nas urnas venha a ser proclamado eleito, diplomado ou mesmo investido no cargo. Em síntese, as duas causas estão associadas a momentos distintos, não havendo entre elas confusão alguma.

ADI 5619 / DF

11. O fato de a Constituição Federal não detalhar todas as causas eleitorais em seu texto não significa que ela não as admita como forma de proteção da higidez do processo eleitoral, da democracia e da soberania popular. Tampouco significa que ela proíba que o resultado delas seja a declaração de vacância do cargo ao qual o candidato vencedor tenha concorrido, desde que esse efeito decorra de motivo razoável voltado à garantia do devido processo eleitoral.

12. Em nosso sistema constitucional, há regras expressas para solução da dupla vacância no Executivo federal. O mesmo não se passa, todavia, em relação aos Executivos estaduais e municipais. No entanto, é possível extrair tal disciplina da Constituição, consoante firme jurisprudência desta Corte. Com efeito, de longa data, o Supremo Tribunal Federal entende que os Estados-membros e os Municípios não precisam seguir a regra prevista no art. 81, § 1º, da Constituição, pois a permissão para a realização de eleições indiretas se reveste de caráter de excepcionalidade e, dada sua natureza singular, deve ser ela interpretada de maneira estreitíssima.

13. Portanto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não estariam obrigados a seguir a mesma solução federal para a hipótese de vacância na segunda metade do mandato dos correspondentes chefes do Poder Executivo. Com isso, se assegura aos Estados e ao Distrito Federal tanto a opção pela repetição por completo da norma constitucional federal, prevendo, assim, eleição indireta naquela situação, como também a liberdade de eles estabelecerem a realização de eleições diretas na segunda metade do mandato. Esta compreensão está exemplarmente traduzida na ementa do seguinte julgamento:

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

ADI 5619 / DF

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 prerrogativas 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

ADI 5619 / DF

significativos de controle do poder estatal pela Sociedade civil. (ADI 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.04.1994, DJ 06.04.2001). Grifou-se.

14. Quanto aos Municípios, o entendimento desta Corte é no mesmo sentido. Em casos em que Constituições estaduais disciplinavam a hipótese de dupla vacância no âmbito municipal, esta Corte assentou a inexigibilidade da aplicação do princípio da simetria e a necessidade de preservação da autonomia da municipalidade para regulamentar a hipótese. Confirma-se a seguinte ementa:

SUCESSÃO E SUBSTITUIÇÃO DO PREFEITO E DO VICE-PREFEITO DO MUNICÍPIO. - Não cabe, ao Estado-membro, sob pena de frontal transgressão à autonomia constitucional do Município, disciplinar, ainda que no âmbito da própria Carta Política estadual, a ordem de vocação das autoridades municipais, quando configuradas situações de vacância ou de impedimento cuja ocorrência justifique a sucessão ou a substituição nos cargos de Prefeito e/ou de Vice-Prefeito do Município. **A matéria pertinente à sucessão e à substituição do Prefeito e do Vice-Prefeito inclui-se, por efeito de sua natureza mesma, no domínio normativo da Lei Orgânica promulgada pelo próprio Município.** - Não se reveste de validade jurídico-constitucional, por ofensiva aos postulados da autonomia do Município (CF, arts. 29 e 30) e da separação de poderes (CF, art. 2º c/c o art. 95, parágrafo único, I), a norma, que, embora inscrita na Constituição do Estado-membro, atribui, indevidamente, ao Juiz de Direito da comarca, que é autoridade estadual, a condição de substituto eventual do Prefeito Municipal. (ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.02.1995, DJ 10.02.2006). Grifou-se.

15. É igualmente representativa dessa orientação a decisão proferida por esta Corte na ADI 3.549, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, na qual também estava em discussão a possibilidade de Constituições

ADI 5619 / DF

estaduais disporem sobre norma relativa à sucessão nos casos de vacâncias de prefeitos e vice-prefeitos, bem como a análise da obrigatoriedade de reprodução, nesse ponto, do quanto disposto na Constituição Federal. Confirmam-se, a propósito, as ponderações trazidas pela relatora:

“A norma questionada, constante da Constituição de Goiás, ao disciplinar matéria cuja competência é exclusiva dos Municípios, fere a autonomia destes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de auto-governo, limitando a autonomia política que a Constituição da República lhes assegura e, assim, desvirtuando os princípios que norteiam o modelo de Federação constitucionalmente adotado.

Considerando que se trata de norma de interesse local referente à auto-organização e ao auto-governo dos Municípios, é de se ver que a questão afeita à sucessão e à substituição do Prefeito e do Vice-Prefeito inclui-se no domínio normativo da Lei Orgânica e promulgada pelos próprios Municípios”. (ADI 3.549, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 17.09.2007, DJ 30.10.2007).

16. Em síntese, tratando-se de vacância na segunda metade do mandato, aos entes federativos não se aplica o princípio da simetria. A autonomia dos Estados e Municípios, todavia, encerra-se por aí. Ainda que aos entes da Federação seja garantida a liberdade de escolha do tipo eleição de sucessão do titular e vice, na hipótese de dupla vacância nos dois últimos anos do mandato, não podem eles, porém, suprimir as eleições, que, diretas ou indiretas, são condições ao exercício dos mandatos políticos. Além disso, a *contrario sensu*, extrai-se do entendimento desta Corte a conclusão de que a regra da eleição direta na hipótese de dupla vacância na primeira metade do mandato é norma de observância obrigatória, de modo que nos entes federativos, sempre que ocorrer a vacância nos dois primeiros anos do mandato, devem ser realizadas eleições diretas.

17. Portanto, diferentemente do que ocorre com o Presidente e

ADI 5619 / DF

Senadores, não há regra expressa e específica para a vacância dos cargos de Governador e Prefeito. Penso que, nesse caso, o constituinte não quis estabelecer para esses dois últimos cargos dos entes da Federação uma única solução para todas as espécies de vacância, tanto eleitorais como não eleitorais, como procedeu com relação ao Presidente da República e Senadores. É importante ressaltar que, quanto a Governadores e Prefeitos, a jurisprudência dessa Corte não foi construída considerando a distinção entre causas eleitorais e não eleitorais de extinção do mandato. Em todos os casos, esteve em questão a constitucionalidade de normas estaduais e municipais que estabeleciam soluções para hipóteses de dupla vacância que não eram eleitorais. A hipótese aqui versada, portanto, distingue-se dos precedentes apontados.

18. Não é aquela, porém, a situação do presente caso, portanto. É que, tratando de causas eleitorais de extinção do mandato, a competência para legislar a respeito pertence à União, por força do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. Isto porque a matéria é eleitoral e não político-administrativa. Por essa razão, entendo não serem aplicáveis à espécie os precedentes desta Corte citados anteriormente. Eles se aplicam ao regramento de causas não eleitorais de extinção do mandato, mas não às soluções dadas às hipóteses eleitorais, como as previstas no ato normativo impugnado. Dessa forma, entendo perfeitamente legítima a previsão de soluções legislativas federais às hipóteses de extinção de mandato de Governadores e Prefeitos por causas eleitorais.

19. A Constituição também prevê solução para a vacância do cargo de Senador da República. Em seu art. 56, § 2º, que trata tanto de Deputados Federais como de Senadores, é estabelecido que “*Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato*”. Mas se a vacância ocorrer faltando menos de quinze meses, não havendo suplente, a vaga não será preenchida, devendo-se aguardar as próximas eleições. Observe-se que, a

ADI 5619 / DF

exemplo do que ocorre com o art. 81, § 1º, esse dispositivo não aponta qualquer causa de vacância do titular do cargo, o que significa que também quanto aos Senadores o legislador infraconstitucional pode estabelecer causas eleitorais de perda do mandato.

20. Assim, incorrendo o candidato eleito ao Senado em uma delas, fica comprometida a chapa inteira, o que significa dizer que o titular será destituído do cargo e seus suplentes não mais poderão ocupá-lo. Com isso, tem-se que, ao mesmo tempo em que ocorre a vacância do cargo, deixam de existir os respectivos suplentes, dando ensejo à realização de nova eleição para a vaga, se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato. Em outros termos, de acordo com os atos impugnados, a decisão que importe no indeferimento do registro, cassação do diploma ou perda do mandato reflete sobre toda a chapa, comprometendo não apenas o mandato do titular, mas também as suplências.

21. Portanto, quanto a não aplicação aos Senadores do dispositivo que prevê sempre a realização de novas eleições, não encontra acolhida a tese da inicial. Embora os Senadores realmente exerçam funções bastante distintas daquelas atribuídas constitucionalmente aos Chefes do Poder Executivo, essa não é uma razão suficientemente convincente para excluí-los do âmbito de incidência da norma prevista no § 3º do art. 224.

22. Mas o § 4º do mesmo artigo não pode ser aplicado aos Senadores. O regramento eleitoral impugnado introduz, em clara ofensa à Constituição Federal, a possibilidade de eleições indiretas para o Senado Federal, permitindo que Senadores da República elejam representantes dos Estados no Congresso Nacional. Como se infere do art. 46, § 1º, da Constituição Federal, a competência para a escolha de Senador da República é exclusiva dos cidadãos dos Estados e do Distrito Federal. Além disso, embora possa o legislador ordinário estabelecer outras

ADI 5619 / DF

hipóteses de vacância com vistas a assegurar a higidez do processo eleitoral e preservar o princípio majoritário também em relação ao cargo de Senador da República, não lhe é dado, porém, o poder de regulamentar o modo de eleição diferentemente do que já dispõe a Constituição na hipótese de vacância nesse cargo. Isto porque o constituinte estabeleceu de antemão uma única solução para toda e qualquer causa de vacância nesses cargos, seja ela eleitoral ou não, não deixando espaço para o legislador ordinário, como o fez em relação ao Presidente e Vice-Presidente da República.

III. A CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º NO QUE TANGE AO SISTEMA MAJORITÁRIO SIMPLES**1. Os sistemas eleitorais na ordem constitucional brasileira atual**

23. Os sistemas eleitorais consistem em conjunto de regras e técnicas legais cujo objetivo é organizar a representação popular no país. Têm como funções a organização das eleições e a conversão de votos em mandatos políticos, de modo a fazer com que os cargos políticos eletivos sejam ocupados de forma legítima e representativa. Em nosso país, são adotados apenas os sistemas proporcional e majoritário. Conforme as regras deste último, vence a eleição o candidato que obtiver a maioria dos votos. Entretanto, o sistema majoritário se divide em majoritário absoluto e majoritário simples. O primeiro exige que o vencedor obtenha a maioria absoluta dos votos. Por essa razão, poderá haver um segundo turno nas eleições às quais tal sistema se aplica – Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeitos de Municípios com *mais* de duzentos mil habitantes. Já o sistema majoritário simples é aquele no qual o vencedor precisa receber apenas a maioria simples dos votos válidos. No Brasil, tal sistema é aplicado para apenas dois cargos: Senador da República e Prefeito de Municípios com *menos* de duzentos mil eleitores. Portanto, optou o constituinte em adotar duas espécies de

ADI 5619 / DF

sistemas majoritários.

24. É bem verdade que nos pleitos submetidos ao sistema majoritário simples, um candidato pode se consagrar vencedor com uma pequena margem superior de votos. Há, inclusive, casos no país em que Prefeitos em Municípios com menos de duzentos mil eleitores foram eleitos com a diferença de apenas um voto. A Constituição Federal, portanto, não veda essa possibilidade. Contudo, ela não prevê a convocação de segundos colocados na hipótese de anulação de menos de cinquenta por cento dos votos válidos. Quem o faz, segundo entendimento sedimentado no Tribunal Superior Eleitoral, é o Código Eleitoral, em seu art. 224, *caput*, quando interpretado a *contrario sensu*.

25. Essa parece ter sido uma opção do legislador ordinário para uma “causa eleitoral” de perda do mandato. Todavia, a regra constitucional para a ocupação de cargos eletivos é a eleição. Por essa razão, entendo legítima a opção legislativa de ampliar essa regra por meio da exigência de realização de novas eleições nas hipóteses, ao meu ver, também legítimas de vacância estabelecidas no ato normativo impugnado, quais sejam, indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito. Como afirmei nos autos da ADI nº 5.525, pode o legislador ordinário fixar hipóteses razoáveis de vacância por causas eleitorais.

2. Aplicação do § 3º a Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores

26. O requerente sustenta, como um dos fundamentos para a inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 224, que prescreve novas eleições, a sua inaplicabilidade aos Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores. Entretanto, não há qualquer justificativa razoável que milite em favor de sua aplicação apenas a Governadores e Prefeitos

ADI 5619 / DF

de Municípios com mais de duzentos mil eleitores. Uma vez que a Constituição Federal não proíbe o estabelecimento de outras causas de vacância para cargos eletivos majoritários, quaisquer que sejam eles, não prospera a tese de que o § 3º seria inconstitucional em relação aos Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e aos Senadores da República. Em síntese, não há qualquer inconstitucionalidade no dispositivo em questão no que concerne ao estabelecimento de hipóteses eleitorais de vacância para qualquer cargo a que se refere, tanto os do sistema majoritário absoluto, quanto ao do sistema majoritário simples.

27. O argumento segundo o qual a realização de novas eleições violaria o princípio da economicidade também não deve ser acolhido. Em uma democracia, o valor da legitimidade política é inestimável. E quanto maior for ela, maior será sua compatibilidade com o espírito democrático e republicano da Constituição Federal. Ao exigir novas eleições nas hipóteses de indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito, independentemente do número de votos anulados, conferiu o legislador ordinário maior valor à regra constitucional da eleição. Embora a realização de novas eleições enseje, de fato, um custo à República, isso, por si só, não pode ser considerado como razão suficiente para se excepcionar a regra democrática da eleição.

28. Portanto, considero absolutamente legítima a opção do legislador em exigir novas eleições em pleitos majoritários simples nas razoáveis hipóteses de vacância previstas no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral. A economicidade não deve prevalecer sobre a democracia. Basta imaginar que o segundo colocado pode ser um candidato com uma porcentagem significativamente irrelevante de votos. Imagine-se o caso extremo de um candidato eleito ter recebido 99%, mas que tenha sido posteriormente cassado. O segundo colocado, muito possivelmente, ocupará a chefia do Poder Executivo do Município após ter recebido

ADI 5619 / DF

menos de 1% dos votos válidos. Não há economicidade que justifique a aceitação dessa situação. Pelas mesmas razões, não vejo qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade na adoção de realização de novas eleições como critério exclusivo para a solução de hipóteses de vacância previstas no ato normativo impugnado.

29. Exigir que o critério de solução de vacância em eleições para cargos eletivos submetidos ao sistema majoritário simples seja aquele previsto no art. 224, *caput*, do Código Eleitoral, que, diga-se, é anterior à Constituição Federal de 1988, significa requerer que a Constituição seja interpretada pela legislação infraconstitucional, inclusive por uma anterior a ela. Não há qualquer inconstitucionalidade na opção legislativa de não preservar os votos remanescentes válidos quando seu propósito, a realização de novas eleições, fortalece, em vez de enfraquecer, uma regra constitucional que concretiza os princípios democrático e representativo.

30. A Constituição, a propósito, não exige o aproveitamento de votos válidos em eleições majoritárias simples. A convocação do segundo colocado na hipótese de anulação de menos da metade dos votos válidos representa apenas uma opção legítima. Disso decorre que a restrição dessa hipótese acarretada pela inclusão do § 3º ao art. 224, representando uma exceção ao *caput*, mostra-se também legítima e até mais consentânea com o espírito da Constituição Federal de 1988. O fato de o constituinte ter optado pelo sistema majoritário simples não significa, de modo algum, que, em hipóteses de vacância, deve-se proceder ao chamamento do segundo colocado. Em outros termos, não significa que o legislador não possa estabelecer a realização de novas eleições, uniformizando o processo de escolha do sucessor em todos os pleitos majoritários.

31. Portanto, considero razoável estabelecer uniformidade nacional no critério de escolha de sucessores de Prefeitos, no caso de

ADI 5619 / DF

indeferimento de registro, cassação de diploma ou perda de mandato de prefeito e vice-prefeito, por decisão da Justiça Eleitoral. Como isso, evita-se que em uns Municípios se realizem novas eleições, enquanto em outros sua substituição se dê apenas convocando o segundo colocado, independentemente do número votos válidos por ele recebido.

32. Importa deixar claro que a escolha das causas eleitorais de extinção do mandato e a adoção de medidas para assegurar a legitimidade da investidura de candidato em cargo eletivo são matérias de ponderação legislativa, só sendo passíveis de controle judicial quando se mostrarem desproporcionais ou desvestidas de finalidade legítima. Portanto, revela-se legítima a opção legislativa federal de estabelecer a realização de novas eleições, independente do número de votos anulados em eleições do sistema majoritário absoluto e do sistema majoritário simples. Não há qualquer contrariedade à soberania popular, mas sim seu fortalecimento.

IV. CONCLUSÃO

33. Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na inicial, para declarar a constitucionalidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, no que tange à sua aplicação aos cargos disputados no sistema majoritário simples. A tese ora afirmada pode ser resumida nos seguintes termos: *“É constitucional legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples – isto é, Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senador da República – em casos de vacância por causas eleitorais”*.

É como voto.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Relator, Vossa Excelência me permite uma ponderação? É que a Constituição prevê a maioria absoluta dos votos válidos, afastando-se, no cálculo, os nulos e os em branco. Mas ela própria excepciona os Municípios que tenham menos de 200 mil eleitores. Refiro-me ao inciso II do artigo 29 da Constituição Federal.

Ora, se os votos atribuídos àquele que se mostrou inelegível são considerados ineficazes ou nulos, tem-se que há um segundo colocado. E este deve ser proclamado eleito, pouco importando que não tenha, inclusive, a maioria absoluta.

Na norma em debate, convoca-se, movimentando-se inclusive a máquina eleitoral, novas eleições. Por isso, procede a inconstitucionalidade articulada. É apenas uma ponderação.

É nesse sentido, Presidente, que já adianto – para não voltar a falar – o voto, ou seja, acolho o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.619 em maior extensão do que a revelada pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
-Ministro Marco Aurélio, eu acho que, no caso de se alçar o segundo, eu já veria uma primeira dificuldade quanto ao princípio majoritário, porque exerceria o cargo alguém que não teve a maioria da comunidade. Mas aqui, especialmente, Ministro Marco Aurélio, eu adotei uma postura de deferência ao legislador. Acho que o legislador poderia fazer essa escolha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, acolho o pedido formulado. Entendo que, considerada a interpretação sistemática da Constituição, não se pode estender aos Municípios que tenham menos de 200 mil eleitores a regra alusiva à maioria absoluta para ter-se como eleito o segundo colocado. E, relativamente ao Senador, não há como

ADI 5619 / DF

transportar a regra da maioria absoluta para que seja declarado eleito.

O pedido é abrangente, não é, Ministro? A Constituição Federal remete ao artigo 77 nela contido quanto à eleição do Governador e do Prefeito, mas com essa exceção, ou seja, se se trata de Município com menos de 200 mil eleitores, não se há de exigir, para que se proclame eleito certo candidato, a maioria absoluta dos votos válidos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- A tese da ação é que, onde a Constituição exige maioria absoluta, é legítima a inovação; mas, onde a Constituição prevê maioria simples, que é no caso dos Municípios com menos de duzentos mil e Senador, não seria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O segundo colocado teria alcançado maioria simples. Não é proclamado eleito – já que afastado aquele que teve maior votação, porque inelegível –, e se convoca, como disse, com custos altíssimos, nova eleição, quando decorre da Constituição Federal a proclamação do segundo colocado.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, quando relatei, eu me equivoquei. O pedido é para excluir tanto os municípios com menos de 200 mil eleitores quanto a eleição para Senador. De modo que eu estou julgando totalmente improcedente.

08/03/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, quanto à Ação Direta, acompanho integralmente o voto do Ministro-Relator. Entendo que a Constituição não faz diferenciação. A diferenciação feita pela Constituição, em relação ao segundo turno, exigindo a maioria, e no primeiro turno não, tão somente é para feitos de um turno ou o segundo. Até porque a regra no segundo turno, se assim fosse aplicada, deveria chamar para disputar o 2º e 3º lugares, não convocar uma nova eleição.

É possível, como foi, o legislador convocar uma nova eleição, tanto na questão de eleições com um único turno para Prefeito quanto de dois turnos, independentemente, aqui, de 200 mil habitantes ou não. E isto realmente valoriza o princípio da soberania popular: a possibilidade de escolher alguém, novamente após a nulidade da eleição do 1º colocado.

Acompanho integralmente o Ministro-Relator.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, saúdo uma vez mais o eminente Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso. Também estou acompanhando o eminente Ministro-Relator, Senhora Presidente, julgando totalmente improcedente a pretensão deduzida, pois, na hipótese, não me parece projetar-se a ausência de imposição de segundo turno para o afastamento do princípio democrático, que indica pela realização de novas eleições.

Os argumentos de celeridade, razões de economicidade, creio, cedem, do ponto de vista do privilégio - nesse caso, legítimo - que há de ser dado ao princípio democrático e, portanto, à realização de novas eleições.

E, ademais, do ponto de vista empírico, tem-se verificado, no seio dos Tribunais Regionais e da própria Justiça Eleitoral, celeridade na apreciação dessas questões e, portanto, como não vejo simetria entre a questão atinente e a realização de segundo turno, conforme a regra do art. 77, aplicável a essa matéria, e o eventual chamamento do segundo colocado, acompanho o eminente Ministro-Relator e concluo, Senhora Presidente, à luz do princípio democrático do colegiado, subscrevendo os cumprimentos que o nosso Decano Ministro Celso de Melo dirigiu a Vossa Excelência, à Ministra Rosa, à Doutora Raquel Dodge e a todas as mulheres.

É assim que me manifesto e voto.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, já que Vossa Excelência me concede voz, eu começo agradecendo as manifestações tão gentis dos meus queridos colegas, em meu nome, e também estendo os agradecimentos, agora em meu nome pessoal, à Doutora Ezikelly, que fez uma belíssima sustentação oral.

De qualquer sorte, pedindo vênua a essas compreensões contrárias, inclusive algumas já manifestadas, eu estou acompanhando na íntegra o voto do eminente Relator Ministro Luís Roberto, que, a meu juízo, equacionou o tema à luz do que realmente importa, que é o princípio democrático, devolvendo ao povo a possibilidade de escolher diretamente os seus representantes, mesmo nos Municípios com menos de 200 mil eleitores.

É como voto, Presidente, pelo juízo de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu também acompanho o Relator, destacando que, a respeito deste tema, tive oportunidade de escrever um artigo sobre princípios do Direito Eleitoral, em estudos em homenagem ao nosso querido Colega, Ministro Dias Toffoli, que retrata exatamente a causa específica ora *sub judice*. De sorte que eu acompanho o Relator, fazendo essa menção importante ao nosso ex-Presidente do TSE.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, uma vez mais cumprimento o eminente Relator pela solução trazida, que está completamente coerente com o que julgado na Ação 5.525.

Eu gostaria apenas, Senhora Presidente, já consignado meu voto acompanhando o Relator e pedindo vênias ao Ministro **Marco Aurélio**, de também deixar consignado, em **obiter dictum** - e penso que isso é bastante relevante, eminente Relator -, aquilo que está disposto no § 4º. Eu vou fazer juntar esse **obiter dictum** também na outra ação, a 5.525, porque é nela que se ataca o § 4º pela Procuradoria-Geral da República; nesta que ora julgamos, mas em conjunto, a 5.619, ataca-se apenas o § 3º. Eu queria apenas registrar algo referente à cabeça do § 4º, que diz o seguinte:

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

Pois bem, esse "a expensas da Justiça Eleitoral" diz, evidentemente, que a eleição será sempre realizada às expensas da Justiça Eleitoral. O meu **obiter dictum** é porque, quando da deliberação, pelo Congresso Nacional, desse dispositivo, intencionou-se entender que não poderia mais a União cobrar daquele que deu causa à necessidade de se realizar uma nova eleição a dívida, pelo fato de deliberadamente se lançar candidato alguém inelegível. E fui eu, quando Advogado-Geral da União, que comecei a entrar com essas ações de cobrança contra o inelegível, e já foram milhões recuperados aos cofres públicos. Ou seja, é evidente que essa eleição correrá às expensas da Justiça Eleitoral, e esse dispositivo jamais impedirá que a União cobre o dano de quem deu causa à nova eleição. Faço esse **obiter dictum** para que não se parem essas ações tão importantes.

ADI 5619 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência me permite, na gestão do Ministro Ricardo Lewandowski, discutimos isso até no Eleitoral e passamos a fazer também isso que Vossa Excelência então deu sequência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A comunicar exatamente à AGU.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A comunicar, para que a Advocacia-Geral da União tomasse as medidas judiciais competentes.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, se esse for um entendimento consensual, e há precedentes no TSE, eu posso acrescentar ao meu voto como *obiter dictum*, sem problema. Os Colegas estão de acordo com a observação?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perdão, não entendi a observação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- O Ministro Dias Toffoli está mencionando que aquele que deu causa à necessidade de realização de nova eleição sujeita-se à cobrança judicial do prejuízo que teria causado. O Ministro Dias Toffoli sugere que isso conste como *obiter dictum* do voto. Eu não teria dificuldade porque acho a tese razoável. Portanto, se todos estão de acordo, posso fazê-lo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E ela vem sendo adotada desde a gestão da presidência do Ministro Ricardo Lewandowski no TSE.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, agradeço a generosa lembrança de Vossa Excelência acerca das providências que nós tomamos em conjunto, atendendo aquela bela iniciativa, oportuna iniciativa, do então Advogado-Geral da União.

Eu, embora impressionado pelos argumentos do Ministro Marco Aurélio - e seguirei pensando naquilo que expôs Sua Excelência -, vou acompanhar o Ministro-Relator, porque é assim que temos procedido habitualmente na Justiça Eleitoral. E temos uma atenuante, exatamente, que é essa agora que vamos colocar no voto, atenuante no sentido de não onerar os cofres públicos na eventualidade de se realizar uma nova eleição, atribuindo os custos dela àqueles que lhe deram causa.

Portanto, com o Relator.

08/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Democrático/PSD, tendo por objeto o § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, introduzido pelo art. 4º da Lei 13.165/2015, que estabelece a hipótese de novas eleições no caso de decisão da Justiça eleitoral, com trânsito em julgado, que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidatos eleitos em pleito majoritário, independentemente do número de votos anulados.

A agremiação partidária sustenta que

"a previsão de anulação do pleito majoritário 'independentemente do número de votos anulados', para que sejam realizadas novas eleições nas hipóteses em que a Magna Carta exige apenas a maioria simples de votos para a escolha do eleito, contraria o disposto no art. 29, inc. II Art. 46 combinado com o art. 77 da Constituição Federal (CF/1988), a Soberania Popular (CF/88, art. 1º, I e parágrafo único, combinado com o art. 14, *caput*), o Princípio da Proporcionalidade (CF/1988, art. 5º, LIV), o Princípio da Economicidade (CF/88, art. 70, *caput*), bem como deixa de proteger suficientemente a legitimidade e a normalidade dos pleitos eleitorais, tal qual disposto no art. 14, § 9, da CF/88".

Aduz que, "caso o candidato eleito com menos de 50% dos votos válidos venha a ter os mesmos anulados pela Justiça Eleitoral, quando o sistema adotado para aquela eleição for o de maioria simples, contrário senso, deverá ser considerado eleito o segundo candidato mais votado".

Requer, por fim, a "declaração de inconstitucionalidade sem redução

ADI 5619 / DF

de texto, para afastar do âmbito material de validade da norma os cargos de Prefeito e vice de municípios com menos de 200 mil eleitores e o cargo de Senador da República”.

É o relatório. Passo ao voto.

No tocante à aplicação do dispositivo questionado, quando forem anulados os votos de candidato ao cargo de Senador da República, reitero os argumentos expostos na ADI 5.525/DF, no sentido de sua inconstitucionalidade, de modo a ser empossado o 2º ou 3º colocado no pleito, caso seja a renovação de 1/3 (um terço) ou 2/3 (dois terços), respectivamente, *verbis*:

“Os arts. 45 e 46 da Constituição Federal de 1988 conceituam, respectivamente, os Deputados Federais como representantes do povo e os Senadores da República como representantes dos Estados e do Distrito Federal.

Logo, observa-se que, enquanto na Câmara baixa o mandato é exercido em nome do povo, na Casa Alta, este é exercido para a proteção dos interesses do Estado-membro, havendo, inclusive, sistemas internos para a resolução de conflitos de interesses entre estes, como por exemplo, o disposto no art. 155, V, da CF/1988, *litteris*:

‘Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros,

ADI 5619 / DF

estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) **fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;** (grifei).

Mas qual a pertinência de tais questões em relação à aplicação dos § 3º e § 4º do art. 224 do Código Eleitoral?

Ocorre que a aplicação do dispositivo prevê a realização de eleição indireta no caso de anulação dos votos de candidato que foi eleito para o cargo de Senador. Assim, a realização desta modalidade de eleição permitira que Senadores que representam outros Estados pudessem escolher alguém para representar o Ente Federativo que ficou desfalcado. Tal possibilidade é teratológica e afrontaria firmemente a isonomia entre os Estados e a soberania popular dos eleitores em âmbito estadual.

Nessa situação, melhor destino seria a convocação do segundo colocado, no caso da renovação de um terço do Senado ou do terceiro colocado, quando a renovação é mais ampla, dois terços da Câmara Alta.

Essa também é a orientação doutrinária de Gomes, ao ressaltar que “o art. 46, § 1º, da Constituição é expresso ao afirmar que: ‘Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos’. Portanto, por cristalina determinação constitucional, a **competência para a escolha de senador é exclusiva dos Estados e cidadãos que neles habitam**”¹ (grifei).

Ademais, o art. 56 da CF/1988 determina que, ocorrendo vaga para o Senado Federal e não havendo suplente, “far-se-á

1 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*, 13. Ed. São Paulo: Atlas. 2017; p. 870.

ADI 5619 / DF

eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato”.

Dessa forma, voto pela procedência da ação para afastar apenas a aplicação do § 4º do art. 224 da CF/1988 no tocante à eleição para o cargo de Senador da República. No entanto, considero constitucional a aplicação do § 3º do mesmo dispositivo, de modo a acompanhar a tese proposta pelo Ministro Relator Roberto Barroso, no sentido de que “É constitucional legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples – isto é, Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senador da República – em casos de vacância por causas eleitorais” (grifos do original).

Passo, então, à análise sobre a aplicação da regra às eleições para a chefia do Poder Executivo de municípios com menos de 200 mil habitantes, registrando, por oportuno, que, no último pleito municipal em 2016, apenas 92 dos 5.570 municípios brasileiros estão submetidos à escolha de seus governantes em 2 turnos.

Diz o art. 29, II, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, **aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;** [...].” (grifei).

A citada regra do art. 77 consubstancia-se na realização da eleição

ADI 5619 / DF

em 2 turnos, a fim de que o candidato a ser proclamado vencedor tenha a maioria absoluta dos votos, *litteris*:

“Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, 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 presidencial vigente.

[...]

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos”.

Portanto, é consectário lógico que, nos municípios com menos de 200 mil eleitores, o chefe do Poder Executivo poderá ser eleito por maioria simples, não lhe sendo exigido que tenha mais da metade dos votos válidos.

Assim, extrai-se da inicial o seguinte questionamento:

“Se o pressuposto de validação do sistema majoritário simples (Senador e Prefeitos nos municípios com menos de 200 mil eleitores) é de maioria simples dos votos para que seja proclamado o eleito, indaga-se: qual a razoabilidade de realizar-se uma nova eleição quando a nulidade dos votos conferidos ao candidato eleito em primeiro lugar – cujo registro de candidatura seja indeferido, cassado o diploma ou seja declarada a perda do mandato – não atingir mais de 50% dos votos remanescentes válidos?”

Ocorre que, neste caso específico, o princípio da maioria é mitigado, uma vez que é possível a diplomação de candidato mesmo obtendo porcentagem ínfima da escolha dos eleitores. “A propósito, não é

ADI 5619 / DF

incomum que prefeitos sejam legitimamente eleitos com 15 ou 20% dos votos da circunscrição; para que isso ocorra, basta que haja vários candidatos na peleja, sendo só votos do eleitorado pulverizados entre eles”².

Dessa forma, o § 3º do art. 224 perderia sua sustentação no tocante ao princípio da maioria, intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito e ao próprio exercício da Democracia e da Soberania Popular.

No entanto, observo que a exclusão da aplicação do dispositivo questionado retira dos eleitores o poder de escolha de seus representantes, como ocorria nos casos pretéritos de posse do segundo colocado ou de eleições indiretas.

Assim, também nos municípios com menos de 200 mil eleitores, quando houver a anulação dos votos destinados ao candidato mais votado, deverão ser realizadas novas eleições diretas, nos termos do art. 224, § 3º e § 4º, do Código Eleitoral.

Isso posto, acompanho integralmente o relator para julgar procedente a ADI, afastando a aplicação do § 3º do art. 224 da CF/1988 no tocante à eleição para o cargo de Senador da República, bem como para o cargo de chefia do Poder Executivo dos municípios com menos de 200 mil eleitores.

É como voto.

2 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*, 13. Ed. São Paulo: Atlas. 2017; p. 869.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.619

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD

ADV.(A/S) : EZIKELLY BARROS (0031903/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou pelo requerente, Partido Social Democrático - PSD, a Dra. Ezikelly Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.3.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgou totalmente improcedente a ação direta e fixou tese nos seguintes termos: "É constitucional legislação federal que estabeleça novas eleições para os cargos majoritários simples - isto é, Prefeitos de Municípios com menos de duzentos mil eleitores e Senadores da República - em casos de vacância por causas eleitorais". Tudo nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.3.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário