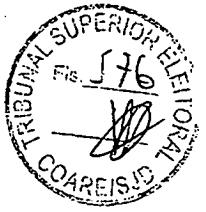


PUBLICADO EM SESSÃO



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL  
Nº 139-25.2016.6.21.0154 – CLASSE 32 – SALTO DO JACUÍ – RIO GRANDE  
DO SUL**

**Relator:** Ministro Henrique Neves da Silva

**Embargante:** Ministério Pùblico Eleitoral

**Assistente do embargante:** Altenir Rodrigues da Silva

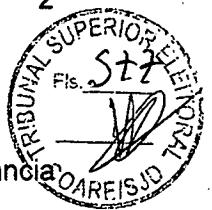
**Advogado:** Rooswelt dos Santos – OAB: 45470/DF

**Embargado:** Lindomar Elias

**Advogados:** João Luiz Vargas – OAB nº 25782/RS e outros

ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL.

1. As questões de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento. Precedentes. No caso, os temas apresentados pelo embargante não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inherente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão, que, por não terem sido contemplados no acórdão embargado, viabilizam o conhecimento dos embargos de declaração.
2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é constitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa.
3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.
4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada



a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90; 216 e 257 do Código Eleitoral.

6. É inconstitucional a expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.

8. Manutenção do entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato eleito com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato

#### FIXAÇÃO DE TESE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

1. As hipóteses do *caput* e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O *caput* se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.

2. A expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.

3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:



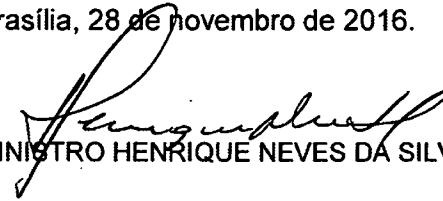
3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, *caput*); e

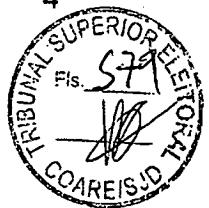
3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo.

Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo Ministério Pùblico Eleitoral, para, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” previsto no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, especificar que, no presente caso, os preparativos para a realização da nova eleição no Município de Salto do Jacuí, em virtude do indeferimento do registro do embargado, devem ser iniciados e providenciados pelo Tribunal Regional Eleitoral e pelo juiz local a partir da publicação deste acórdão, independentemente do trânsito em julgado, nos termos do voto do relator.

Brasília, 28 de novembro de 2016.

  
MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR



## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:

Senhor Presidente, o Ministério Público Eleitoral opôs embargos de declaração (fls. 363-381) contra o acórdão deste Tribunal Superior que, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interposto por Lindomar Elias (fls. 331-349), mantendo a decisão do Tribunal Regional Eleitoral que confirmou o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura ao cargo de prefeito do Município de Salto do Jacuí/RS, em razão da incidência das causas de inelegibilidades descritas no art. 1º, inciso I, alíneas e, item 1, g e l, da Lei Complementar 64/90.

Eis a ementa do acórdão embargado (fl. 331):

**ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. DECISÕES. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INDEFERIMENTO. INELEGIBILIDADES. CONDENAÇÃO CRIMINAL, CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS (ALÍNEAS "E", "G" E "L"). CONFIGURAÇÃO.**

1. No caso, o candidato foi condenado criminalmente, teve suas contas anuais rejeitadas pela Câmara Municipal por ato doloso de improbidade e foi condenado por órgão colegiado em ação de improbidade administrativa.
2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, o STF assentou que a aplicação das causas de inelegibilidade instituídas ou alteradas pela LC 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência não viola a Constituição Federal, razão pela qual incide a causa de inelegibilidade decorrente de condenação criminal por crime contra a fé pública, nos termos do art. 1º, I, alínea e, da LC 64/90.
3. O candidato está inelegível, na forma do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC 64/90, em decorrência da desaprovação das suas contas anuais de 2007, pela Câmara de Vereadores, que acolheu parecer do Tribunal de Contas do Estado evidenciando que o candidato, com outros agentes públicos, adulterou dolosamente lei municipal e, posteriormente, arrecadou irregularmente valores de servidores públicos municipais, ocupantes de cargos em comissão, para remunerar terceiro que assumiu sozinho a responsabilidade pela adulteração da legislação.
4. A gravidade dos mesmos fatos que levaram à rejeição das contas também resultou na propositura de ação civil pública, por improbidade administrativa, que culminou na condenação colegiada, pelo Tribunal de Justiça, que impôs a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por dez anos, proibição de



*contratação com o Poder Público, ressarcimento de valores obtidos ilicitamente e pagamento de multa. Também presentes, portanto, os requisitos que configuram a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, E, da LC 64/90.*

*Recurso especial a que se nega provimento.*

Nos embargos de declaração, o Ministério Público Eleitoral sustenta, em suma, que:

- a) o acórdão embargado foi omisso quanto à matéria de ordem pública que deve ser objeto de análise por este Tribunal consistente na aplicação do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral aos processos de registros de candidatura;
- b) outra omissão do acórdão embargado, cuja matéria merece ser analisada por esta Corte, caso considere aplicável o § 3º do art. 224 do Código Eleitoral nos registros de candidatura, consiste na necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para a renovação da eleição, o que contraria expressamente a Constituição Federal;
- c) a constitucionalidade do art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral é objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal na ADI 5.525, de relatoria do Ministro Roberto Barroso;
- d) considerando a unidade sistemática do ordenamento jurídico, há de se verificar a possibilidade de harmonização entre o disposto no § 3º e no *caput* do art. 224 do Código Eleitoral, a fim de definir se é o caso ou não de novas eleições, sendo conveniente a declaração incidental de constitucionalidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral;
- e) quanto aos votos recebidos por candidatos inelegíveis ou não registrados, o art. 175, § 3º, do Código Eleitoral prevê que eles são considerados nulos para todos os efeitos, e, de acordo com o art. 16-A da Lei 9.504/97, a validade dos votos recebidos por candidato que concorreu com o registro



indeferido, na pendência de análise de recurso, fica condicionada ao deferimento do registro por instância superior;

f) nos termos do art. 222 do Código Eleitoral, “é também anulável a votação quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei” (fl. 368);

g) o Tribunal Superior Eleitoral sempre fez distinção entre a nulidade dos votos em razão de erro ou manifestação de conteúdo negativo dos eleitores e a anulabilidade dos votos recebidos por candidatos inelegíveis e não registrados. “Essa diferenciação se justifica, ao menos em princípio, considerando-se que a nulidade dos votos por manifestação de conteúdo negativo do eleitor, ou por força do art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, não passa pelo comprometimento da vontade popular, como nas hipóteses dos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral” (fl. 369);

h) o § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não tem aplicabilidade aos processos de registros de candidatura;

i) não é razoável a renovação do pleito nas hipóteses em que a nulidade não atingiu mais da metade dos votos válidos;

j) o art. 224, § 3º, do Código Eleitoral contraria a soberania popular, o devido processo legal substancial, o princípio da proporcionalidade, o requisito da moralidade para o exercício de mandatos eletivos, o princípio da finalidade e o princípio da economicidade, além de não proteger suficientemente a legitimidade e a normalidade dos pleitos eleitorais, como previsto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal;

k) no caso de indeferimento de registro de candidatura, a nulidade dos votos não compromete a lisura do pleito, tendo em vista que não se verificam as hipóteses dos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral;



I) a renovação do pleito majoritário, independentemente dos votos anulados, incentiva a manutenção de candidaturas absolutamente insustentáveis.

Requer o provimento dos embargos de declaração para que sejam sanadas as omissões apontadas.

Lindomar Elias apresentou contrarrazões aos embargos de declaração (fls. 389-391v), nas quais sustenta, em suma, que:

- a) não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada no acórdão embargado, o que impõe a sua manutenção no sentido de se preservar a necessidade de nova eleição a ser realizada para a escolha do prefeito municipal de Salto do Jacuí/RS;
- b) os embargos de declaração opostos pelo Ministério Pùblico Eleitoral consistem em outro meio inidôneo da supressão da soberania popular do povo de Salto do Jacuí/RS;
- c) considerando que foi eleito no pleito de 2016, a anulação dos seus votos enseja novas eleições, em respeito ao princípio da soberania popular;
- d) o § 3º do art. 224 do Código Eleitoral trata de situação específica, a qual exige três condições para não se aplicar o *caput* do referido artigo: 1) ser indeferido o registro de candidato; 2) os votos anulados terem sido do primeiro colocado; 3) independentemente do número de votos anulados, atendidos os dois critérios anteriores, serão realizadas novas eleições;
- e) o *caput* do art 224 do Código Eleitoral deve ser aplicado aos casos em que a nulidade decorrer do indeferimento do registro dos candidatos não eleitos;
- f) a Res.-TSE 23.456, reproduzindo o art. 167, I e II, do Código Eleitoral, trata de duas situações para a realização de novas eleições na hipótese de indeferimento de registro de candidatura;



- g) o caso dos autos está previsto no art. 167, II, do Código Eleitoral, o qual determina a aplicação do § 3º do art. 224 no caso em que o candidato que recebeu o maior número de votos tenha seu registro indeferido, com trânsito em julgado;
- h) não convocar novas eleições implica punição aos 2.820 eleitores que votaram no candidato eleito;
- i) a finalidade da lei eleitoral é afastar da disputa os candidatos que não preenchem os requisitos para ser eleitos.

Às fls. 352-360, Altenir Rodrigues da Silva, segundo candidato mais votado no Município de Salto do Jacuí/RS nas Eleições 2016, requereu assistência simples em favor do Ministério Público Eleitoral.

Por meio da decisão de fls. 398-400, após manifestação das partes (fls. 392-392v e 394-396), deferi o pedido de ingresso de Altenir Rodrigues da Silva, na condição de assistente simples, nos termos do art. 119 do Código de Processo Civil.

É o relatório.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, os embargos de declaração são tempestivos. O acórdão embargado foi publicado em sessão no dia 27.10.2016 (fl. 351), e o apelo foi interposto em 28.10.2016 (fl. 363) pelo Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

É pacífico na jurisprudência deste Tribunal que “*as matérias de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento, razão pela qual não podem ser conhecidas originariamente em sede extraordinária*” (AgR-AI 528-51, rel. Min. João Otávio, DJe de 2.9.2014).

No mesmo sentido: AgR-REspe 27-56, da minha relatoria, DJe de 3.10.2014; AgR-AI 233-45, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 5.8.2014; e



AgR-REspe 165-22, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8.9.2014, com citação de outros precedentes do TSE e do STF.

Porém, os temas arguidos pela dnota Procuradoria-Geral Eleitoral, em sólida e bem fundamentada manifestação, não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inerente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão.

Nessa linha, confira-se que, em situações específicas, esta Corte já afirmou que “*compete ao Tribunal Superior Eleitoral determinar os termos da execução das suas decisões*” (ED-REspe 213-20, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 17.6.2005).

Como afirmado pelo eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence no precedente mencionado: “[...] até para a efetividade da Justiça Eleitoral, quando seja possível decidir, e temos todos os dados em mãos, a devolução do caso à instância ordinária só contribuiria para a protelação e o tumulto”.

É a hipótese dos autos. Não há mais dúvidas sobre a inelegibilidade do recorrente e a cassação do seu registro.

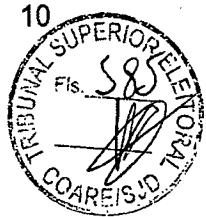
Consoante se verifica do sistema de divulgação dos resultados da votação realizada no Município de Salto do Jacuí, 7.729 eleitores compareceram e votaram no dia da eleição, manifestando a sua vontade da seguinte forma:

Excluídos os votos brancos e nulos (Lei 9.504/97, art. 3º), o resultado da eleição seria o seguinte:

Lindomar (anulados)	2.820	37,73%
Nico	2.631	35,20%
Joice	2.023	27,06%
Total	7.474	100,00%

Entretanto, o registro do recorrente – candidato mais votado – foi indeferido por ambas as instâncias ordinárias e por este Tribunal e, por isso, o resultado foi divulgado na internet nos seguintes termos<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Com a observação de que o resultado pode ser modificado.



Nico	2.631	56,53%
Joice Zimmer	2.023	43,47%
Lindomar	0	0
Total	4.654	100,00%

Em razão desses parâmetros, é possível verificar que as questões apresentadas nos embargos de declaração são de evidente relevância, especialmente em virtude das modificações do processo eleitoral brasileiro impostas pela Lei 13.165/2015.

Com efeito, de acordo com as antigas regras, nos municípios não sujeitos ao segundo turno de votação, a perda do registro de candidatura do mais votado acarretava a realização de novas eleições se o número de votos obtidos fosse superior a 50% do total apurado, ou a diplomação do segundo colocado, se o número de votos obtidos fosse inferior a 50%.

Tais consequências derivam da regra contida no *caput* do art. 224 do Código Eleitoral, que estabelece:

*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.*

Com a edição da Lei 13.165/2015, foram acrescidos dois parágrafos ao art. 224 do Código Eleitoral, nos seguintes termos:

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

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

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

*II – direta, nos demais casos.*

A constitucionalidade dos parágrafos acima transcritos está sendo contestada perante o Supremo Tribunal Federal por meio das Ações



Diretas de Inconstitucionalidade 5.525, proposta pelo Procurador da República, e 5.619, proposta pelo Partido Social Democrático.

Por certo, o exame em controle concentrado de constitucionalidade dos mencionados dispositivos é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões de mérito têm efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 102, § 2º).

Evidentemente, o que vier a ser decidido pela Suprema Corte será observado por toda a Justiça Eleitoral, inclusive no que tange ao momento da aplicação do entendimento que vier a ser adotado.

Não obstante, a análise difusa da constitucionalidade de norma federal, para a solução de caso concreto, pode ser examinada e declarada pela maioria dos membros dos órgãos especiais dos tribunais (CF, art. 97).

Nesse aspecto, considerada a proximidade do prazo final para a diplomação dos candidatos eleitos e os efeitos que a interpretação do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral pode gerar tanto sobre a diplomação quanto em relação ao exercício do principal cargo do Poder Executivo municipal, as questões apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral devem ser examinadas, desde já, por esta Corte.

Ressalvo, porém, que, para a solução da matéria proposta, não é necessário – nem foi requerido – que se proceda ao exame da (in)constitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral. O tema, por certo, merecerá oportuna reflexão, em face da aparente incongruência normativa, no momento oportuno.

Assim, restringindo a análise à aplicabilidade ou não do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral ao caso concreto, sob o ângulo da especificação dos reflexos da decisão proferida por este Tribunal – que efetivamente não constaram do acórdão embargado –, **conheço dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral e passo a examinar o seu mérito.**



Em razão da prejudicialidade dos temas, os presentes embargos de declaração podem ser examinados em dois grupos de argumentos:

- I. Aplicabilidade da regra do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral aos processos de registro de candidatura e a alegada constitucionalidade na determinação legal de serem realizadas novas eleições quando os votos dados aos candidatos com registro indeferido não atingirem mais da metade dos apurados;
- II. Inconstitucionalidade da determinação legal de se aguardar o trânsito em julgado para a realização de novas eleições.

**Passo ao exame individualizado dessas matérias.**

**I – Aplicabilidade da regra do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral aos processos de registro de candidatura e a alegada constitucionalidade na determinação legal de serem realizadas novas eleições quando os votos dados aos candidatos com registro indeferido não atingirem mais da metade dos votos apurados**

O embargante sustenta a necessidade de se verificar a “possibilidade de harmonização entre o disposto no § 3º e no caput do art. 224 do Código Eleitoral, para efeito de se definir se é o caso ou não de novas eleições” (fl. 367).

O Ministério Público Eleitoral adota o entendimento de que a nova regra do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não seria aplicável ao processo de registro de candidatura, em razão de terem sido igualados regimes jurídicos diversos em um único dispositivo. Aponta-se que haveria diferença entre as hipóteses de indeferimento do registro e as que resultam na cassação do diploma ou na perda do mandato.

Transcrevendo trecho da inicial da ADI 5.525, o embargante ressalta que “igualar regimes jurídicos distintos, sancionatórios e não sancionatórios, ofende a equidade, a razoabilidade e a finalidade”, bem como



que “o legislador confundiu indeferimento de registro com cassação de registro, este proveniente de ato ilícito e, portanto, afeito a distinto tratamento” (fl. 370).

Acrescenta que não é razoável a renovação do pleito nas hipóteses em que a nulidade não atingiu mais da metade dos votos válidos e, como arguido na ADI 5.525, que “a regra do § 3º do art. 224, CE contraria a soberania popular (art. 1º, I e parágrafo único, combinado com art. 14, caput, da Constituição da República), o devido processo legal substancial e o princípio da proporcionalidade (CR, art. 5º, LIV), o requisito da moralidade para exercício de mandatos eletivos (CR, art. 14, § 9º), o princípio da finalidade (CR, art. 37, caput), e o princípio da economicidade (CR, art. 70, caput), além de deixar de proteger suficientemente a legitimidade e a normalidade dos pleitos eleitorais, como exige o art. 14, § 9º, do texto constitucional” (fls. 370-371).

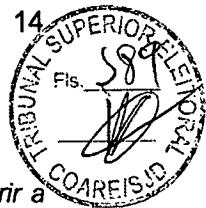
Realmente, a redação do novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral tem sido alvo de críticas em razão da aparente imprecisão redacional. No mesmo dispositivo, são tratadas as hipóteses de indeferimento do registro e as de cassação do diploma e do mandato.

Entretanto, ainda que, para efeito de interpretação da lei, não caiba inferir a vontade do legislador, mostra-se evidente que o Congresso Nacional se manifestou no sentido de evitar que, em qualquer hipótese, os cargos majoritários sejam exercidos por candidato que não obteve o maior apoio do eleitorado.

Nessa linha, o relator da Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal, ao propor os acréscimos que resultaram nos §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral, tratou da matéria<sup>2</sup>, explicitando que “a invalidação da candidatura vencedora, seja em primeiro, seja em segundo turno, deve acarretar a realização de novas eleições, pondo fim a qualquer interpretação no sentido de que seja dada posse ao segundo colocado”, e asseverou<sup>3</sup>:

<sup>2</sup> A nova redação do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral foi tratada no Relatório Parcial nº 4, que apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 442, de 2015. O PLS 442/2015 foi posteriormente incorporado ao substitutivo apresentado pelo Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara 75, de 2015, que resultou na edição da Lei 13.165/2015.

<sup>3</sup> <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=170822&tp=1>>, acesso em 13.11.2016.



*Conferir o poder ao candidato de uma dada minoria significa ferir a legitimidade para o exercício do poder e os próprios fundamentos da democracia. Como há litisconsórcio necessário entre o titular e o vice ou suplentes, se forem afastados os candidatos da chapa que obteve o maior número de votos, deve ser conferido ao povo o direito de escolher seus representantes entre os candidatos que participarem da nova disputa.*

*Isso porque, na democracia, o povo é fonte e titular de todo o poder, e o governo somente se fundamenta na vontade, no consentimento popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.*

*Por essas razões, a Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal decidiu tratar do tema, para introduzir alterações ao Código Eleitoral quanto à vacância do cargo por decisão da Justiça Eleitoral.*

*Assim, alteramos o art. 224 do Código Eleitoral, para determinar que nas hipóteses em que o candidato eleito para o cargo majoritário tenha seu diploma ou registro cassado, ou perdido o mandato, por decisão da Justiça Eleitoral, serão necessariamente realizadas novas eleições, independentemente do número de votos anulados.*

***Fica claro, na hipótese, que, para o legislador pátrio, a exclusão do candidato colocado em primeiro lugar em dado processo eleitoral implica uma nova situação política, que somente outro pleito é capaz de equacionar adequadamente.***

Como se vê, esse ponto específico tratado na Lei 13.165/2015 foi debatido e editado para preservar a soberania popular e a democracia representativa, independentemente da causa de exclusão do candidato que obteve o maior número de votos em determinada eleição. Em suma, deliberou-se no sentido de o segundo colocado não poder assumir o exercício do cargo, em qualquer hipótese.

Não há nenhuma inconstitucionalidade na regra que não permite que o segundo colocado assuma o exercício do poder quando ele efetivamente não obteve a maioria dos votos sufragados, como se passa a expor.

Antes, porém, cabe registrar que as alegações do embargante relativas à violação ao requisito da moralidade para exercício de mandatos eletivos (CF, art. 14, § 9º), ao princípio da finalidade (CF, art. 37, *caput*) e ao princípio da economicidade (CF, art. 70, *caput*) não foram suficientemente demonstradas na oposição dos embargos de declaração. E, de qualquer sorte, não se vislumbra a incidência de tais princípios na espécie. Conquanto o



princípio da moralidade esteja presente nos casos de indeferimento ou cassação do registro ou do diploma do candidato eleito, a sua aplicação não tem correlação com os demais candidatos do pleito, cujas respectivas situações jurídicas são diversas.

Por óbvio, se qualquer candidato cometer ilícitos eleitorais ou incidir em hipótese de inelegibilidade derivada do princípio da moralidade, a situação individualizada será oportunamente examinada pela Justiça Eleitoral, sem que se imponha necessariamente relação com o primeiro colocado.

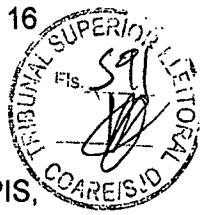
A questão central a ser solvida reside nas alegações de ofensa à soberania popular (CF, art. 1º, I e parágrafo único, e 14, *caput*), à legitimidade (CF, art. 14, § 9º) e ao princípio da proporcionalidade, assim como nas que indicam que o sistema majoritário simples não exigiria a realização de nova eleição.

O sistema majoritário pode ser genericamente caracterizado por a vitória ser atribuída a quem obtiver o maior número de votos em determinada circunscrição.

Entretanto, os diversos e infundáveis modelos majoritários não se resumem apenas à aferição da existência de maioria simples ou absoluta. A quantidade de votos obtidos e as diferentes fórmulas de cálculo do resultado são capazes de gerar diversos tipos, que, apesar de suas circunstâncias próprias, são essencialmente majoritários<sup>4</sup>.

Por exemplo, considerando apenas o espectro dos colégios uninominais, o professor Giovanni Schepis registra quatro situações nas quais, para ser eleito, é necessário: 1) obter o maior número de votos do que os obtidos individualmente pelos demais candidatos (maioria relativa); 2) obter número de votos superior ao obtido por todos os demais candidatos em conjunto (maioria absoluta); 3) obter, na maioria relativa, número mínimo de votos entre os inscritos ou os votantes; 4) obter, na maioria absoluta, número

<sup>4</sup> A divisão, nesse sentido, se inicia pela qualificação dos colégios uninominais e os multinominais, sendo possível exemplificar diversos modelos majoritários adotados em outros países: *first-past-the-post*; *winner-takes-all*; voto preferencial (ranqueado ou por notas), votação em bloco; voto transferível, voto plural, voto cumulativo etc.



mínimo de votos entre os inscritos ou votantes<sup>5</sup> (*I sistemi elettorali*. SCHEPIS, Giovanni – s/d: Editrice Capanarrini, Empoli, p. 15).

Por outro lado, é certo que a variação de qualquer dos elementos de um sistema majoritário pode causar reflexos completamente diversos no resultado da eleição.

Confira-se, a propósito, que a simples alteração do número de candidatos que disputam o pleito pode ter grande influência sobre a escolha do eleitorado. Esse efeito pode ser facilmente percebido em um sistema de votação ordenada ou preferencial, como ocorre no voto unipessoal transferível australiano ou em outros sistemas que utilizam modelos baseados no método de Condorcet<sup>6</sup>.

Tais efeitos podem ocorrer quando o candidato preferido é afastado da disputa ou, em alguns casos, quando há o afastamento de um dos candidatos derrotados<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> O renomado autor identifica esses tipos como "a) *di tipi inglese*; b) *di tipo inglese con il quorum*; c) *a maggioranza assoluta*; d) *a maggioranza assoluta com il quorum*" (ob. loc. cit.)

<sup>6</sup> Método proposto pelo Marquês de Condorcet, matemático e filósofo francês do século XVIII, em que cada eleitor vota em todos os candidatos, estabelecendo uma ordem de preferência, e, para a apuração dos resultados, os candidatos são comparados dois a dois, considerando-se vencedor aquele que venceu mais confrontos diretos.

<sup>7</sup> Para confirmação de que o número de candidatos pode ser decisivo para o resultado de uma eleição, imagine-se uma hipotética eleição disputada por três candidatos:

Cada eleitor tem três opções de escolha: A, B ou C.

Considere-se ser possível estipular que 40% do eleitorado tem preferência de acordo com a seguinte ordem de candidatos ACB; 35% preferem a sequência BCA; e 25% consideram que CBA reflete o melhor encadeamento. A tabela representativa de tais preferências seria:

40%	35%	25%
A	B	C
C	C	B
B	A	A

Realizada a eleição com os três candidatos, o resultado coincidiria com a primeira linha da tabela acima: A-40%; B-35% e C-25%. O candidato A estaria, portanto, eleito pelo sistema de maioria simples.

Porém, qual seria a situação se o candidato A não concorresse (por desistência ou por impedimento legal)?

A partir do resultado da eleição realizada com os três candidatos, a resposta intuitiva seria que o segundo colocado (B-35%) seria o vencedor, por ter mais votos do que o terceiro colocado (C-25%).

Mas, ao examinar a hipótese a partir da ordem de preferência imaginada, excluindo-se a presença de A, teríamos: ACB-40%; BCA-35%; CBA-25%, ou seja, com a exclusão de A, C passaria a ter melhor posição na ordem de preferência de 65% do eleitorado (ACB-40%+CBA-25%) > BCA-35%.

Assim, não é possível afirmar que, com a exclusão de A, B seria necessariamente o candidato que reuniria a preferência da maioria do eleitorado, pois, no exemplo mencionado, C se tornaria vencedor.

Note-se, a propósito, que, neste exemplo, o resultado da eleição pode ser alterado inclusive quando se afasta qualquer dos dois candidatos que não seriam vitoriosos em uma eleição com três concorrentes.

Seja retirando B ou C do pleito, as ordens de preferência seriam: AcB-40%; BcA-35%; cBA-25% ou AbC-40%; bCA - 35%; CbA - 25%. Em consequência, a exclusão da B ou C neste exemplo de preferência social faria com que os votos de B ou C revertesssem em favor do candidato remanescente. Ou seja, em uma disputa com apenas dois candidatos, o remanescente (B ou C) acumularia 60% dos votos, superando os obtidos por A (40%).

Em suma, A seria eleito em uma eleição com 3 candidatos, mas perderia para qualquer dos concorrentes se a eleição fosse somente entre dois candidatos.



Tais constatações são, por si, suficientes para afastar as alegações de que a assunção do segundo colocado nas eleições decorreria da mera aplicação do sistema majoritário simples.

O princípio da maioria simples pressupõe que a manifestação do eleitorado em favor de determinado candidato seja superior ao apoio manifestado em favor de qualquer outro concorrente.

Isso efetivamente não ocorre quando a maioria dos eleitores escolhe determinada pessoa para exercer a representação política e, por fator externo à vontade do eleitor, o voto dado é tido como nulo, como ocorre no caso dos votos atribuídos aos candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º<sup>8</sup>).

Como reconhece o embargante em relação aos votos nulos, a jurisprudência deste Tribunal sempre fez distinção entre a nulidade dos votos decorrente de erro ou da manifestação apolítica do eleitor e a anulabilidade dos votos dados aos candidatos inelegíveis ou não registrados.

Confira-se, a propósito, a ementa da resolução no Processo Administrativo 20.159, na qual o tema foi amplamente discutido, com sucessivos pedidos de vista:

**CONSULTA RECEBIDA COMO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROCLAMAÇÃO DE CANDIDATOS ELEITOS. APURAÇÃO DE VOTOS DE CANDIDATOS A CARGOS MAJORITÁRIOS SUB JUDICE. RESOLUÇÃO-TSE Nº 22.712/2008.**

1. *Consulta formulada por presidente de tribunal regional eleitoral recebida como processo administrativo em razão da necessidade de orientar os diversos Tribunais Regionais Eleitorais e de uniformizar o entendimento sobre a matéria. (Precedentes: Consultas nºs 770, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 9.8.2002; 519, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 8.8.2000; e 391, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 16.4.1998).*
2. *A Junta Eleitoral deve proclamar eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os em branco. Todavia, não há prejuízo de que nova proclamação seja feita em razão de superveniente deferimento do registro de candidato que se encontrava sub judice.*
3. *Os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se sub judice, tendo sido confirmados como nulos, não se somam,*

<sup>8</sup> Código Eleitoral, art. 175, § 3º. Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.



*para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor.*

4. Resposta afirmativa quanto ao 1º questionamento, negativa quanto ao 3º, e prejudicado o 2º questionamento.

(PA 20.159, rel. Min. Felix Fischer, red. para a resolução Min. Eliana Calmon, DJe de 18.9.2009.)

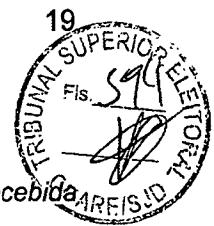
Esse entendimento tem sido mantido por este Tribunal, como se verifica, por exemplo, do REspe 316-96<sup>9</sup>. No mesmo sentido: AgR-REspe 358-88, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 15.12.2010; AgR-RMS 6-65, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 17.8.2009; AgRgMS 33-87, rel. Min. Humberto Gomos de Barros, DJ de 17.2.2006; REspe 198-45, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.9.2003; REspe 197-59, rel. Min. Carlos Madeira, DJ de 14.2.2003.

A necessidade de serem considerados os votos dados aos candidatos inelegíveis para a aferição da validade da eleição foi explicitada de forma pontual pelo eminente Ministro Carlos Ayres Britto, na apreciação do Processo Administrativo 20.159. Ao ser indagado sobre se seria possível somar os votos originalmente nulos aos votos dados a candidato inelegível para efeito da verificação da hipótese de novas eleições, Sua Excelência respondeu:

*1.1. Entendo que não, pois não se pode somar grandezas ontologicamente distintas. Coisas heterogêneas. O voto propriamente nulo revela, em geral (excepcionado o erro), uma dada vontade do eleitor em não sufragar nenhum dos candidatos, em vocalizar um protesto contra a política ou, até mesmo, contra o voto obrigatório. Trata-se, portanto, de legítima expressão da vontade soberana do eleitor. Vontade, contudo, que não é direcionada a nenhum dos*

<sup>9</sup> Recurso especial Pedido Realização de novas eleições Art 224 do Código Eleitoral Aferção Votação válida Incidência Art 77, § 2º, da Constituição Federal 1 É cabível recurso especial contra decisão de Tribunal Regional Eleitoral que versa sobre pedido de realização de novas eleições, cujo conflito de interesses foi levado e decidido pelo Poder Judiciário nas instâncias ordinárias 2 Preliminar de ilegitimidade ativa dos partidos que formularam o pedido de novas eleições afastada A jurisprudência não admite é que o candidato que deu causa à nulidade de um pleito possa disputar as eleições suplementares subsequentes Isso não impede e nem podera impedir que os Partidos Políticos, cuja existência é essencial à democracia, possam lançar outros candidatos, que não aquele que deu causa à eleição, nas eleições suplementares 3 A jurisprudência do TSE é pacífica no sentido de que os votos nulos propriamente ditos, também denominados como apolíticos, não se somam aos votos dados aos candidatos com registro indeferido para verificação do total de votos válidos. Assim, a aferição da validade da votação para aplicação da regra do art. 224 do Código Eleitoral é realizada em face do universo dos votos dados efetivamente a candidatos. 4. A parte final do art. 77, § 2º, da Constituição da República é aplicável às eleições municipais de todas as cidades brasileiras, inclusive, aquelas com menos de 200.000 eleitores, seja em razão da simetria constitucional, seja em razão do disposto no art. 3º da Lei nº 9.504/97 que, ao tratar das eleições municipais, reproduziu a exclusão dos votos brancos e nulos prevista no comando constitucional. Recurso especial provido

(REspe 316-96, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 18.2.2013)



postulantes a cargo eletivo e que, portanto, assim é de ser recebida e considerada.

1.2. De outro lado, o voto dado a candidato que concorreu, participou de atos de propaganda eleitoral e constou da urna eletrônica, é voto intencionalmente orientado para um específico candidato. Candidato aparentemente apto a receber o sufrágio, mas cujo registro a Justiça Eleitoral jamais deferiu ou confirmou. Situação que não se confunde com aquela em que o eleitor deliberadamente opta por anular o seu voto.

1.3. Explico melhor: no primeiro caso, há uma propositada desvalia na vontade eletiva do eleitor soberano, que não é dirigida a nenhum dos concorrentes, ou que é contra todos eles. No segundo, há uma desvalia no destinatário, que não pode receber os votos que lhe foram conferidos.

1.4. Diante de tão substanciais diferenças, entendo que o respeito à vontade soberana do eleitor impõe o óbvio: cada categoria de voto recebe tratamento em apartado, especialmente para fins de incidência, ou não, do art. 224 do CE.

1.5. Por tais fundamentos, tenho que o banco dos votos propriamente nulos (natinulos, entenda-se) não se soma ao banco dos votos que vieram a ser anulados por efeito de decisão negativa do registro de candidatura (§ 3º do art. 175 do CE). Na linha, aliás, da atual jurisprudência da Casa<sup>5</sup> e dos votos proferidos pela Ministra Relatora, Eliana Calmon, e pelo Ministro Arnaldo Versiani.

Além da diferenciação entre os votos nulos e os anuláveis, há outra questão que parece ser insuperável para afastar a alegada constitucionalidade do dispositivo: as regras contidas no art. 224 do Código Eleitoral não traduzem fórmula para se calcular o resultado de uma eleição; elas tratam especificamente da validade da eleição.

Conforme amplamente reconhecido, a hipótese prevista no *caput* do art. 224 do Código Eleitoral não se confunde com regra relativa ao cômputo dos votos para a aferição do resultado do pleito.

A incidência das hipóteses previstas no art. 224 antecede a proclamação do vencedor e serve justamente para verificar se, diante da quantidade de votos nulos (não originários), o processo eleitoral subsiste ou deve ser refeito.

A compatibilidade desse procedimento com as regras constitucionais foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do



RMS 232-34, rel. Min. Sepúlveda Pertence<sup>10</sup>, e foi recentemente reafirmada pela Primeira Turma do STF, no julgamento do AgR-RMS 323-68<sup>11</sup>, rel. Min. Luiz Roberto Barroso, ocasião na qual o eminentíssimo relator, após transcrever o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no precedente acima citado, reafirmou o entendimento nele consagrado e concluiu:

*Essa é a interpretação que melhor traduz o princípio democrático, por levar em consideração a manifestação dos eleitores cujo candidato teve, afinal, o registro indeferido. Permite-se a eles, assim, manifestar novamente a sua vontade, em eleição regular. Não é a sociedade que deve ficar, "por sua conta e risco", sujeita a ser governada pelo segundo candidato mais votado, quando a maioria absoluta opta por outro candidato que, afinal, vem a ter o seu registro indeferido.*

*Ademais, não há que se fazer a distinção pretendida pelo agravante quanto ao momento do indeferimento do registro: em primeiro lugar, porque não encontra amparo no art. 175, § 3º, do CE; em segundo lugar, porque o candidato sub judice concorre como se regular estivesse. Só se tem por nulo o voto quando confirmado o indeferimento do registro.*

Na mesma linha, deve-se compreender que o novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não trata da apuração do resultado da eleição, mas apenas contempla nova hipótese de renovação do pleito, que, por deliberação do Congresso Nacional, é gerada a partir da impossibilidade de aproveitamento da vontade manifestada livremente pela maioria do eleitorado, seja ela simples ou absoluta.

Observado esse aspecto, igualmente não há falar em compatibilidade sistêmica entre a matéria regulada pelo *caput* do art. 224 do

<sup>10</sup> Eleições majoritárias nulidade maioria de votos nulos, como tais entendidos os dados a candidatos cujo registro fora indeferido incidência do art 224 C EI, recebido pela Constituição O art 77, § 2º, da Constituição Federal, ao definir a maioria absoluta, trata de estabelecer critério para a proclamação do eleito, no primeiro turno das eleições majoritárias a ela sujeitas, mas, é óbvio, não se cogita de proclamação de resultado eleitoral antes de verificada a validade das eleições, e sobre a validade da eleição - pressuposto da proclamação do seu resultado, e que versa o art 224 do Código Eleitoral, ao reclamar, sob pena da renovação do pleito, que a maioria absoluta dos votos não seja de votos nulos, as duas normas – de cuja compatibilidade se questiona – regem, pois, dois momentos lógica e juridicamente inconfundíveis da apuração do processo eleitoral, ora, pressuposto do conflito material de normas e a identidade ou a superposição, ainda que parcial, do seu objeto normativo preceitos que regem matérias diversas não entram em conflito (RMS 232-34, rel Min Sepúlveda Pertence, DJ de 20 11 1998 )

<sup>11</sup> DIREITO ELEITORAL AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA ELEIÇÕES MUNICIPAIS NULIDADE 1 Na forma do art 175, § 3º, c/c art 224 do Código Eleitoral, é necessária a convocação de novas eleições caso mais da metade do eleitorado tenha votado em candidato cujo registro veio a ser indeferido Tais normas são compatíveis com o art 77, § 2º, da Constituição de 1988 Precedente RMS 23 234, Rel Min Sepulveda Pertence 2 Agravo regimental a que se nega provimento (RMS 323-68 AgR, rel Min Roberto Barroso, DJ de 26 8 2016 )



Código Eleitoral e a regra prevista no novo § 3º do referido artigo. Os temas tratados nos mencionados dispositivos são diversos.

A regra do *caput* resolve o pressuposto relativo à inexistência de número de votos suficiente para garantir a legitimidade mínima dos pleitos eleitorais. Assim, independentemente dos candidatos escolhidos nos sufrágios anulados, caso estes representem mais da metade dos votos dados a todos (elegíveis e inelegíveis), a eleição é tida como não realizada e o pleito deve ser integralmente renovado.

Em caso diverso, considerando apenas a situação do candidato eleito, que obteve a maioria (absoluta ou relativa) dos votos auferidos, o legislador – dentro do poder de concretização dos princípios e das regras constitucionais – estabeleceu nova hipótese de renovação da eleição diante da impossibilidade de aproveitamento da intenção demonstrada pela maioria dos eleitores, por fato externo e, na verdade, contrário à vontade manifestada.

Essa nova hipótese de renovação da eleição, ao contrário do que se alega, traduz maior eficácia e concretude ao princípio da soberania popular e da legitimidade das eleições (CF, arts. 1º, I, parágrafo único, e 14, *caput* e § 9º), preservando, com maior eficiência, a vontade popular.

A correspondência dessa nova hipótese de renovação da eleição atende aos princípios constitucionais acima mais do que a antiga – ainda válida, contida no *caput* do art. 224 do Código Eleitoral – permitia.

Isso porque, na hipótese do *caput*, a inexistência de número mínimo de votos válidos (50%) impede a aferição da existência de uma maioria dentro de uma parcela minimamente legítima do eleitorado que seja suficiente para autorizar o exercício do poder pelo representante escolhido.

A nova hipótese introduzida vai além. A partir dela, não se discute apenas a presença de legitimidade mínima para a verificação da vontade da maioria. Na hipótese do § 3º, não há dúvidas sobre a vontade da maioria. Tal vontade, contudo, não pode ser legalmente reconhecida por confrontar o ordenamento jurídico vigente, seja em razão de o escolhido ser inelegível (ou faltar-lhe condição de elegibilidade), seja em virtude da prática dos ilícitos eleitorais.



A partir desse ângulo, não se vislumbra a alegada confusão entre regimes jurídicos (sancionatório e não sancionatório) anunciada pelo Procurador-Geral da República. O que a regra contemplou foi justamente que, em qualquer situação, inviabilizado o aproveitamento da manifestação da maioria do eleitorado, a eleição deve ser renovada.

Aliás, sem adentrar a discussão sobre a natureza sancionatória de determinadas hipóteses de inelegibilidade, vale lembrar que a renovação do pleito não constitui consequência direta que decorre da aferição, pelos meios próprios, da prática de abuso do poder econômico, político, ou de corrupção, fraude ou outros ilícitos eleitorais. Em todas as ações que tratam dessas matérias, quando demonstrada a ocorrência da irregularidade, a consequência imediata da condenação é o afastamento do candidato eleito do exercício do cargo.

Tal afastamento – e não os motivos pelos quais ele ocorreu – é que gerava a necessidade de verificar, no plano fático decorrente da vacância dos cargos, se a hipótese ensejava a realização de nova eleição ou a assunção do segundo colocado.

Registre-se, por oportuno, que, nem na Constituição nem na legislação eleitoral, há regra que expressamente determine a posse do segundo colocado no caso de cassação dos candidatos eleitos.

Esse efeito – tido como maléfico e contrário à soberania popular pelo Congresso Nacional – foi construído pela jurisprudência dos tribunais eleitorais a partir da aplicação, *a contrario sensu*, da regra do *caput* do art. 224 do Código Eleitoral, de modo que, na hipótese de não serem contaminados mais da metade dos votos auferidos na eleição, o resultado fosse recalculado a partir dos votos dados aos demais candidatos com a consequente diplomação do segundo colocado<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Esse entendimento chegou a ser aplicado, inclusive, em eleições para governador, considerando-se o resultado do primeiro turno de votação (ED-REspe 213-20, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 17.6.2005; RCED 6-71, rel. Min. Eros Grau, DJe de 3.3.2009).



Inversamente, contudo, a Constituição da República contém regras expressas que apontam a necessidade de realização de novas eleições quando há vacância dos cargos majoritários<sup>13</sup>.

Por fim, também cabe registrar que a adoção dos argumentos que buscam a declaração incidental de inconstitucionalidade da nova hipótese de renovação da eleição contida no § 3º do art. 224, em especial os relativos à preservação da vontade da maioria, com a exclusão dos votos brancos e nulos, resultaria na necessidade de se declarar igualmente inconstitucional o *caput* do mencionado artigo, cuja recepção pela Constituição de 1988 já foi inúmeras vezes afirmada por este Tribunal e, igualmente, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, como já registrado.

Não haveria lógica em manter a hipótese que enseja a renovação do pleito quando se verifica a inexistência de base do eleitorado minimamente válida para legitimar o exercício do poder conferido pela maioria e, ao mesmo tempo, considerar inconstitucional a situação em que a eleição deve ser renovada justamente porque é possível verificar a vontade da maioria, cuja validade e aplicabilidade não podem ser reconhecidas por motivo externo à manifestação do eleitor.

Por outro lado, a aplicação desmesurada do princípio da soberania popular, com a exclusão dos votos brancos e nulos, poderia acarretar – como já ocorreu no passado –, além da eterna busca judicial dos resultados não obtidos nas urnas, situações de baixíssima legitimidade no exercício do poder, permitindo-se que não apenas o segundo colocado, mas também o terceiro, o quarto ou o quinto pudessem exercer o mandato popular, em detrimento da vontade manifestada pela maioria.

Repita-se, neste aspecto, que o princípio da maioria simples pressupõe que o candidato vencedor tenha obtido número de votos superior a qualquer outro candidato. É evidentemente contraditório dizer que o segundo

---

<sup>13</sup> Sem entrar na significativa discussão relativa à natureza da vacância – por causa eleitoral ou não eleitoral – ou sobre a forma de realização das novas eleições (direta ou indireta), o certo é que as regras previstas na Constituição da República estabelecem a necessidade de realização de novas eleições para o caso de vacância dos cargos de presidente e vice-presidente (art. 81) e em relação aos deputados e aos senadores quando não haja suplente apto a exercer o cargo vago, salvo quando a vacância ocorrer nos últimos 15 meses do mandato (art. 46, § 2º). Assim, independentemente das discussões ressalvadas, a opção constitucional para preenchimento dos cargos em virtude do afastamento dos titulares eleitos é nitidamente no sentido da realização de novas eleições.



colocado (ou o terceiro, quarto...) obteve maior apoio popular do que o primeiro, ainda que esse apoio não possa ser computado, por força do ordenamento jurídico.

Registre-se, também, que a menção ao “candidato eleito” contida no § 3º do art. 224 é imprópria e deve ser considerada com referência ao candidato que obteve o maior número de votos apurados, ainda que não computáveis. Isso porque a nulidade do voto ocorre quando ele é dado a candidato inelegível ou não registrado (Código Eleitoral, art. 175, § 3º), assim como a votação também é anulável “quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei” (Código Eleitoral, art. 222).

Assim, em princípio, em todas as situações contempladas, a nulidade alcança todos os votos dados ao candidato que, portanto, não pode ser tecnicamente considerado “eleito”.

Por fim, também cabe destacar, ao contrário do que já se aventou, que essa nova hipótese de renovação do pleito não inviabiliza ou diminui a verificação e a fiscalização do processo eleitoral. Compreender que essa regra poderia ocasionar o desinteresse da atuação dos demais candidatos e partidos políticos no processo fiscalizatório das eleições – por não lhes ser possível alcançar, por meio das ações judiciais, o exercício do poder – significaria entender que tal atuação seria movida exclusivamente por interesse próprio, quando o interesse na legitimidade do processo eleitoral é sempre coletivo.

A legitimidade extraordinária que se reconhece aos partidos políticos, aos candidatos e às coligações para apresentar ações, representações e denúncias relacionadas à prática de irregularidades eleitorais não retira o dever do Ministério Público Eleitoral de fiscalizar a realização das eleições, o que, aliás, tem sido sempre realizado de forma combativa e valiosa para a sociedade.

A eventual inanição da atuação de candidatos, partidos e coligações em pleitos futuros, ao contrário de obstar a aplicabilidade da nova

A large, handwritten signature is located in the bottom right corner of the page.



regra, fortalece a sua existência diante da preservação da legitimidade e da soberania, que somente podem derivar do voto popular. Evita-se, desta maneira, que a vitória e a representação popular não obtidas nas urnas possam ser alcançadas por meio de infundáveis feitos judiciais, em que comumente o exercício do poder é alterado em detrimento da segurança jurídica e da continuidade da atividade estatal.

Por essas razões, a arguição de inconstitucionalidade do inteiro teor do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral deve ser rejeitada, reconhecendo-se a sua aplicabilidade aos casos de indeferimento de candidatura tratados nos processos de registro.

## **II – Inconstitucionalidade da determinação legal de se aguardar o trânsito em julgado para a realização de novas eleições**

A constitucionalidade da nova hipótese de renovação da eleição prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não significa dizer que todo o conteúdo do mencionado dispositivo atende aos princípios constitucionais que regem a matéria.

Assiste razão à duta Procuradoria-Geral Eleitoral no que tange à inconstitucionalidade da expressão “*após o trânsito em julgado*” contida no mencionado dispositivo.

Para a compreensão do tema, é necessário relembrar alguns aspectos do processo eleitoral brasileiro na sua concepção instrumental e a evolução empreendida.

Pela redação original do Código Eleitoral, os recursos eleitorais eram desprovidos de efeito suspensivo. A execução imediata das sentenças eleitorais sempre foi característica do Direito Eleitoral<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> A efetividade imediata das decisões eleitorais remonta à Lei do Terço, a partir da qual os juízes passaram a exercer o papel de fiscalização das eleições. Nos termos do § 18 do art. 1º do Decreto 2.675, de 1875:

18. Os recursos interpostos sobre a qualificação serão decididos pelo Juiz de Direito, em despachos fundamentados, no prazo improrrogável de trinta dias. A decisão produzirá desde logo todos os seus efeitos. Todavia, no caso de exclusão, poderão os cidadãos interessados interpor a todo tempo recurso para a Relação do distrito, a qual o decidirá promptamente, na conformidade do art. 38 da Lei de 19 de Agosto de 1846. Se, porém, a decisão versar sobre irregularidades e vícios que importem nulidade da qualificação, haverá recurso necessário e com efeito suspensivo para o mesmo Tribunal, o qual o decidirá no prazo improrrogável de trinta dias, contados da data em que os papéis tiverem entrado na respectiva Secretaria, e, se o recurso não for provido dentro deste prazo, ter-se-ha por firme e irrevogável a decisão do Juiz de Direito. No caso de anulação, o Presidente do Tribunal da Relação enviará imediatamente ao Presidente da respectiva Província cópia do acórdão, a fim que sejam dadas promptas providências para a nova qualificação. Servirá perante o Juiz de Direito o Escrivão do Jury.



A partir da edição da Lei 13.165/2015, esse paradigma ~~foi~~<sup>foi</sup> quebrado, reconhecendo-se efeito suspensivo automático aos recursos eleitorais interpostos para as instâncias ordinárias, conforme o novo § 2º acrescido ao art. 257 do Código Eleitoral<sup>15</sup>.

Nas eleições municipais, esse novo dispositivo está em consonância com o art. 15 da Lei Complementar 64/90, que impõe, a partir da manifestação de órgão colegiado, a aplicabilidade imediata do reconhecimento da inelegibilidade<sup>16</sup>.

Por outro lado, o Código Eleitoral reconhece ao candidato diplomado o direito de exercer a plenitude do mandato até que eventual recurso contra a expedição do seu diploma seja examinado pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme consta no seu art. 216<sup>17</sup>.

Igualmente, no que tange ao registro de candidatura, a regra do art. 16-A da Lei das Eleições permite que o candidato cujo registro tenha sido indeferido pela Justiça Eleitoral permaneça na disputa, condicionando-se a validade dos seus votos ao provimento do recurso<sup>18</sup>.

Cabe relembrar que o art. 16-A da Lei 9.504/97 tem provável origem na jurisprudência deste Tribunal que admitia a continuidade da campanha eleitoral na pendência do recurso contra o indeferimento do registro, “por conta e risco” do candidato. Na redação adotada pela Lei 12.034/2009, que introduziu o mencionado art. 16-A, a referência à expressão “por conta e

<sup>15</sup> CE. Art 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo § 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão § 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo. § 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de *habeas corpus* e de mandado de segurança.

<sup>16</sup> LC 64/90 Art 15 Transitada em julgado ou publicada a decisão profunda por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.

<sup>17</sup> Código Eleitoral. Art. 216. Enquanto o Tribunal Supenor não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude

<sup>18</sup> Lei 9.504/95 Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Parágrafo único O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato



"risco" foi suprimida, passando-se a admitir, portanto, a continuidade da campanha eleitoral para todos os efeitos, que ficam condicionados ao provimento do recurso.

Nesse sentido, este Tribunal recentemente concedeu a ordem pleiteada em mandado de segurança para garantir a participação de candidato no segundo turno de votação apesar de o seu registro ter sido indeferido em segunda instância, como se vê da respectiva ementa:

**ELEIÇÕES 2016. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGUNDO TURNO. REALIZAÇÃO. SEGUNDO CANDIDATO MAIS VOTADO. REALIZAÇÃO DE ATOS DE CAMPANHA.**

1. A pendência de análise de recurso especial interposto pelo candidato que teve seu registro indeferido pelas instâncias ordinárias não impede que, se for o caso, ele dispute o segundo turno, com a prática de todos os atos de campanha, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.
2. A proclamação do resultado provisório, para fins da apuração da necessidade de realização do segundo turno, deve considerar os votos válidos dados aos candidatos, excluídos apenas os brancos e os nulos por manifestação apolítica do eleitor.
3. Nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, os votos dados a candidatos que concorreram no primeiro turno de votação com registro indeferido que esteja submetido a recurso devem ser computados para o efeito da verificação da necessidade de realização do segundo turno de votação até decisão final do Tribunal Superior Eleitoral.

Concessão da segurança.

(MS 0602028-24, rel. Min. Henrique Neves, julgado em 11.10.2016.)

Conforme consignado no mandado de segurança acima referido, a partir da interpretação dada às normas anteriormente destacadas, este Tribunal, ao editar as instruções relativas aos atos preparatórios, explicitou a necessidade de realização de novas eleições, no art. 167 da Res.-TSE 23.456<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Art. 167. Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do art. 165, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

I – deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, não computados os votos em branco e os votos nulos, se não houver candidato com registro indeferido que tenha obtido maior votação nominal;

II – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidato com registro indeferido mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral;

III – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidatos com registros indeferidos mas com recursos ainda pendentes e cuja soma das votações nominais tenha sido superior a cinquenta por cento da votação válida, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral;



Consoante se verifica do teor dos §§ 2º e 3º do mencionado art. 167, consignou-se a possibilidade de a nova eleição ser realizada a partir do momento em que há pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o registro de candidatura, por ser esta Corte a última instância para a análise das questões infraconstitucionais, como já havia sido consignado no Processo Administrativo 20.159<sup>20</sup>.

O entendimento expresso na referida consulta deve ser reafirmado, com mais razão, quando se verifica que o antigo conflito de normas que era sustentado a partir do conteúdo da regra do art. 15 da Lei das Inelegibilidades – que previa a execução da decisão que reconhece a inelegibilidade apenas no seu trânsito em julgado – não mais subsiste.

IV – se houver segundo turno e nele for eleito candidato que esteja *sub judice* e que venha a ter o registro indeferido posteriormente, caberá à Junta Eleitoral convocar novas eleições, após o trânsito em julgado da decisão

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e IV, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o recurso no pedido de registro do candidato eleito, poderá aplicar o art. 257 do Código Eleitoral e o art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, determinando a imediata realização de novas eleições

§ 2º Na hipótese do inciso III

I – se houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, as novas eleições deverão ser convocadas imediatamente,

II – se não houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, não se realizarão novas eleições e os respectivos feitos judiciais tramitarão em regime de urgência

§ 3º Para fins de aplicação deste artigo, a validade da votação deve ser aferida levando-se em consideração o percentual de votos dados a todos os candidatos participantes do pleito, excluindo-se somente os votos em branco e os nulos decorrentes da manifestação apolítica ou erro do eleitor

§ 4º As novas eleições previstas neste artigo correrão a expensas da Justiça Eleitoral e serão

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

II – diretas, nos demais casos

<sup>20</sup> Esse entendimento também encontra raiz no Processo Administrativo 20.159, já mencionado acima, como se vê em outro trecho do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro Carlos Ayres Britto

5.2 Tenho para mim, entretanto, que mencionada norma legal não se aplica ao caso Ali, cuida-se do trânsito em julgado de decisão que declara inelegibilidade. E o fato é que a ação de impugnação de registro de candidatura não tem por objeto a declaração de inelegibilidade, mas, isto sim, a negativa do status de candidato a determinada pessoa. Este é seu objeto. Repita-se: Eventual inelegibilidade do concorrente só é de ser afenda respondida por esta Corte nas eleições, incidentalmente, como fundamento necessário à apreciação do pedido (causa de pedir), mas nunca se constituirá no objeto da ação<sup>1</sup>

5.3 Esse, aliás, o posicionamento do Ministro Eduardo Azevedo, que, no AgRgRcl36, afastou a incidência do art. 15 da LC 64/90, por entender que "a decisão quanto a registro de candidatura não declara inelegível o candidato, decidindo apenas incidentalmente a questão"

5.4 De mais a mais, isso gerava um paradoxo<sup>2</sup>. Explico nos recursos contra a expedição de diploma, em que se busca a revogação desse título jurídico, basta pronunciamento deste Tribunal Superior Eleitoral para que a decisão possa produzir todos os seus efeitos, inclusive com a retirada do poder daquele que está a exercer seu mandato (art. 216 do CE). Logo, sena mesmo estranho que a decisão que cassa diploma possa produzir efeitos após pronunciamento do TSE e que a decisão que nega registro passe a depender do trânsito em julgado

5.5 Nessa contextura, aplico ao caso, por analogia, o art. 216 do CE, e determino QUE A DECISÃO SOBRE REGISTRO DE CANDIDATURA PRODUZA TODOS SEUS REGULARES EFEITOS APÓS FINAL PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RECURSO DE SUA COMPETÊNCIA

1. É por esse motivo que não faz coisa julgada a inelegibilidade incidentalmente reconhecida em processo de registro de candidatura Nesse sentido, Respe 14.269, Rel. p/ acórdão Ministro Eduardo Ribeiro.

2. Paradoxo também averbado pelo Ministro Costa Leite, que, no julgamento do AgRgRcl 36, fez as seguintes observações: "Se exige apenas por força do disposto no art. 216 do Código Eleitoral que se exaura a instância; ou seja, não se exige o trânsito em julgado, basta a decisão do TSE, em relação ao diploma. E no registro? Parece-me que fica uma coisa paradoxal".



A partir da edição da LC 135/2010, a regra do art. 15 da Lei Complementar 64/90 foi alterada, e a execução da decisão que reconhece a inelegibilidade está condicionada apenas ao pronunciamento do órgão colegiado.

De igual forma, a edição da regra do art. 16-A da Lei das Eleições, que impõe a manutenção da campanha do candidato cujo registro foi indeferido até a apreciação da matéria por instância superior, converge no sentido de se aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, tal como ocorre no caso de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral.

Anote-se, nesse ponto, que há realmente situações divergentes tratadas pelo novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral no que tange ao momento da execução da decisão que indefere o registro da candidatura, de acordo com o entendimento consagrado pela jurisprudência deste Tribunal.

Isso porque o indeferimento do registro de candidatura para afastar o candidato dos atos relativos à campanha eleitoral somente ocorre com a manifestação da instância superior (TSE), ao passo que o afastamento do exercício do cargo ou do mandato eletivo daqueles que praticam ilícitos eleitorais se dá, por força da nova regra do § 2º do art. 257 do Código Eleitoral, a partir do escoamento da instância ordinária.

Confira-se, a propósito, que a execução imediata das decisões que cassam o diploma ou o mandato dos responsáveis ou dos beneficiados pela prática de irregularidades eleitorais sempre foi reconhecida por este Tribunal, em razão de os recursos eleitorais não serem dotados de efeito suspensivo<sup>21</sup>. A nova regra que atribui tal efeito aos recursos ordinários não afasta os fundamentos que sempre foram referendados pelo TSE e serve somente para postergar a eficácia do efeito das decisões da Justiça Eleitoral, para que o afastamento do candidato cassado se dê depois da análise do seu recurso ordinário pelo órgão colegiado.

A nova regra do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral – independentemente do reconhecimento ou não da sua constitucionalidade

<sup>21</sup> Entre vários, destaque-se alguns que tratam do cumprimento imediato relacionado à prática de captação ilícita de sufrágio: AgR-AC 4285-81, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 14.3.2011; MS 1740-04, rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 24.2.2012; MS 36-30, rel. Min. José Delgado, DJ de 10.3.2008.





parcial – não tem o condão de alterar essa situação. O dispositivo não trata sobre a execução das decisões judiciais eleitorais sob o ângulo do afastamento do candidato da campanha ou do exercício do cargo. A matéria versada diz respeito apenas ao momento da realização de nova eleição, que é consequência indireta do afastamento do candidato eleito.

Verificados esses parâmetros legais, é certo que a constitucionalidade do § 3º do art. 224 não pode ser aferida pelas regras da legislação infraconstitucional acima indicada. Eventual conflito entre regras infraconstitucionais não enseja o reconhecimento de constitucionalidade, ainda que, diante de eventual antinomia entre as leis, se possa buscar a interpretação que garanta maior efetividade ao texto constitucional.

A alusão aos dispositivos legais anteriormente mencionados deve ser considerada mero histórico e enquadramento da matéria sob o ângulo das regras vigentes que demonstram que o afastamento do candidato independe do trânsito em julgado da decisão que o determina.

Verificada tal situação, cabe examinar, à luz das regras e dos princípios contidos na Constituição da República, a constitucionalidade da convocação de novas eleições somente “*após o trânsito em julgado*” da decisão, consoante disposto no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.

Como visto, a análise pragmática revela que o “eleito” não pode ser diplomado ou, se o for, pode ser afastado do exercício do mandato antes do trânsito em julgado da decisão, por força das regras contidas nos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90 e 257 do Código Eleitoral.

Em contrapartida, de acordo com o § 3º do art. 224, a realização da nova eleição ficaria condicionada ao trânsito em julgado da decisão, criando-se vácuo temporal indeterminado, com o preenchimento do cargo pelas pessoas que o podem exercer de forma efêmera, de acordo com as normas de regência.

Note-se, a propósito, que, nas eleições majoritárias, os únicos sucessores do titular eleito são os candidatos ao cargo de vice, que concorrem em chapa única e indivisível, ou, no caso dos senadores, os suplentes que



igualmente disputam a eleição em relação de subordinação, aproveitando os votos conferidos ao titular.

Vale recordar que, em face do princípio da unicidade das chapas, a cassação do titular por motivo eleitoral atinge a situação jurídica do vice ou dos suplentes, ainda que eles não sejam responsáveis ou causadores da nulidade.

Excetuados os vices e os suplentes, todas as demais pessoas que figuram na ordem de sucessão do titular não são propriamente sucessoras, mas meros substitutos temporais, chamados a exercer o mandato pelo curto tempo necessário à realização de nova eleição.

No plano federal, os dispositivos pertinentes da Constituição da República são precisos em identificar que a sucessão do mandato cabe apenas ao vice-presidente (art. 79)<sup>22</sup> e, no caso da vacância de ambos os cargos, as demais pessoas especificadas são chamadas “ao exercício da Presidência” (art. 80)<sup>23</sup>, para que seja realizada nova eleição direta, no prazo de noventa dias, ou, se já transcorrido mais da metade do mandato, em trinta dias, pelo Congresso Nacional (art. 81, *caput* e § 1º)<sup>24</sup>.

De igual forma, na legislação infraconstitucional, a realização de nova eleição deve ocorrer no dia determinado pelo Tribunal “dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias”.

Assim, em qualquer dessas situações, admite-se que o poder seja exercido por quem não foi eleito para o cargo apenas por um curto espaço de tempo, como medida necessária para evitar que o Estado fique acéfalo enquanto a nova eleição é organizada.

A mera possibilidade de perpetuação dessa situação, mediante a manutenção de quem não foi eleito, como titular, vice ou suplente, à frente

<sup>22</sup> Art. 79 Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

<sup>23</sup> Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

<sup>24</sup> Art. 81 Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

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

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



do cargo específico por tempo indeterminado, conflita com várias regras e princípios constitucionais.

Primeiro, e acima de tudo, há evidente afronta à soberania popular e à democracia representativa (CF, art. 1º, I e parágrafo único), diante da possibilidade de o mandato ser exercido, desde o seu início ou logo após, por quem não foi diretamente escolhido pelo povo para representá-lo no exercício do poder<sup>25</sup>.

O exercício prolongado do cargo por quem nem sequer para ele concorreu também viola o voto constitucional previsto no art. 14, § 9º, da Constituição da República no que tange à necessidade de se observar a legitimidade da eleição. Ainda que a Constituição permita o exercício efêmero da função por membros de outros poderes pelo período necessário à realização de nova eleição, não há como reconhecer legitimidade para o exercício delongado do mandato a quem, para tanto, não foi eleito<sup>26</sup>.

A perpetuação do exercício do cargo por terceiro que não foi para ele eleito, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão judicial, conflita, em seguida, com o princípio da celeridade dos feitos eleitorais e com a garantia fundamental prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República<sup>27</sup>, ainda mais quando a postergação do trânsito em julgado da decisão pode servir como estratégia de grupos políticos e ao propósito de perpetuar o exercício temporário do cargo ou inviabilizar, em alguns casos, a realização de eleições pela via direta, com a prolongação do momento de sua realização.

Essa situação também ofende a independência e a harmonia entre os poderes (CF, art. 2º), no caso dos prefeitos, governadores e presidente da República, ao permitir que o mandato eletivo essencialmente

<sup>25</sup> Ainda que se admita que o exercício do cargo possa ser atribuído a quem é eleito de forma indireta, no curso da segunda metade do mandato (CF, art. 81, § 1º), igual direito não pode ser reconhecido a quem, na primeira metade, não é eleito diretamente pelo povo.

<sup>26</sup> Retorna-se, neste ponto, a diferenciação entre os substitutos naturais previstos na Constituição (vices e suplentes) cuja legitimidade decorre do voto conferido à chapa por eles composta (Cód. Eleitoral, arts. 91 e 178; CF, art. 77, § 1º, 46, § 3º; Lei 9.504/97, arts. 2º, § 4º; 3º, § 1º) e os substitutos eventuais que exercem o cargo de matéria temporária para a convocação de nova eleição, os quais não têm igual legitimidade.

<sup>27</sup> CF, art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



inerente ao Poder Executivo seja exercido de forma prolongada por representante dos demais poderes.

Está correto, pois, nesse ponto, o entendimento expressado pelo embargante ao asseverar, reproduzindo a inicial da ADI 5.525, o seguinte (fls. 375-377):

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

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

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

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

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

[...]

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

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

---

Complementando essa garantia Constitucional, a legislação eleitoral prevê que, "nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eleitoral o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral" (Lei 9.504, art. 97-A).





*A conclusão é de plena suficiência do sistema recursal eleitoral para evitar a indesejada rotatividade de exercentes do Poder Executivo, ao condicionar a revisão da decisão pela instância superior. Essa proteção se dá em grau satisfatório e não inibe a efetividade da jurisdição eleitoral, como faz a exigência de trânsito em julgado.*

A postergação da renovação da eleição, consoante as hipóteses estabelecidas na legislação infraconstitucional, também viola a regra do § 3º do art. 121 da Constituição Federal, que dispõe serem “irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança”.

A irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral com base na legislação infraconstitucional seria desafiada se os efeitos secundários da decisão da Justiça Eleitoral ficassem condicionados ao trânsito em julgado de recurso, que é constitucionalmente incabível.

Assim, a expressão “após o trânsito em julgado” contida no art. 224, § 3º, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, deve ser declarada inconstitucional.

### **III) Conclusão**

Dante de todo o exposto, a arguição de inconstitucionalidade da integralidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, não procede, senão em relação à expressão “após o trânsito em julgado”, cuja inconstitucionalidade material reside na afronta direta ao princípio da soberania (CF, art. 1º, I), à determinação de que todo o poder emana do povo e deve ser exercido por seus representantes (CF, art. 1º, parágrafo único), legitimamente eleitos (CF, art. 14, *caput* e § 9º), ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e à irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 121, § 3º).

De acordo com as razões deduzidas, deve ser mantido o entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato.



Por esses fundamentos, **voto no sentido de conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral e provê-los, em parte, para, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, especificar que, no presente caso, os preparativos para a realização da nova eleição no Município de Salto do Jacuí, em virtude do indeferimento do registro do embargado, devem ser iniciados e providenciados pelo Tribunal Regional Eleitoral e pelo juiz local a partir da publicação deste acórdão, independentemente do trânsito em julgado.**

### VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, cuida-se de embargos de declaração (fls. 363-381) opostos pelo Ministério Público Eleitoral em face de acórdão deste Tribunal Superior que, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interposto por Lindomar Elias (fls. 331-349), mantendo a decisão do Tribunal *a quo* que confirmou o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura ao cargo de prefeito do Município de Salto do Jacuí/RS, em virtude da incidência das causas de inelegibilidade previstas no art. 1º, inciso I, alínea e, item 1, g e l, da LC nº 64/90.

As questões trazidas nos presentes embargos encerram discussão relevante acerca da teleologia subjacente ao novo art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, introduzido pela Lei nº 13.165/2015 (Minirreforma Eleitoral), razão pela qual passo a proferir meu voto no afã de contribuir para o debate da temática.

A *mens legis* que presidia a introdução do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral foi a tentativa de reversão pela via legislativa do remansoso entendimento desta Corte Superior Eleitoral, no sentido de que haveria a assunção do segundo colocado no pleito, nas hipóteses de indeferimento ou



cassação do registro de candidatura sempre que o candidato cujos votos fossem anulados lograsse obter mais da metade dos votos válidos, ex vi do art. 224, *caput*, do precitado Diploma Eleitoral.

Inventariando a exegese construída pela Corte, verifica-se que o art. 224, *caput*, traduz o pressuposto de validade da eleição, i.e., antes de proclamar os eleitos é preciso atestar se o certame realizado é, ou não, válido. Para tal desiderato, toma-se como referencial o percentual de votos atribuídos aos candidatos do certame, por expressa dicção do art. 77, § 2º, da Constituição da República, o que exclui os votos brancos e os nulos.

Este Tribunal Superior traça, assim, a distinção entre os votos nulos, decorrentes de manifestação apolítica do eleitor, no momento do escrutínio, seja ela deliberada ou decorrente de erro, dos votos anuláveis, invalidados judicialmente, ante o reconhecimento da prática de captação ilícita, de abuso do poder político e econômico ou de condutas vedadas (TSE – REspe nº 25.397, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1º.1.2006)<sup>28</sup>. Como conseqüário dessa dicotomia, o parâmetro para a renovação da eleição são os votos anuláveis judicialmente, e não os originalmente nulos.

Noutros termos, a incidência do art. 224, *caput*, (realização de novas eleições) reclama que o candidato cassado tenha amealhado, sozinho, mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos (não computados os em branco e os nulos). É o que se extrai do julgamento dos ED-REspe nº 25855, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 11.4.2008, quando afirma que, “(...) na aplicação do art. 224 do Código Eleitoral é preciso que o candidato cassado – sozinho –

<sup>28</sup> TSE – Cta nº 1657, Rel. Min. Ayres Britto.

1.1. Entendo que não, pois não se pode somar grandezas ontologicamente distintas Coisas heterogéneas. O voto propriamente nulo revela, em geral (excepcionado o erro), uma dada vontade do eleitor em não sufragar nenhum dos candidatos, em vocalizar um protesto contra a política ou, até mesmo, contra o voto obrigatório. Trata-se, portanto, de legítima expressão da vontade soberana do eleitor. Vontade, contudo, que não é direcionada a nenhum dos postulantes a cargo eleutivo e que, portanto, assim é de ser recebida e considerada.

1.2. De outro lado, o voto dado a candidato que concorreu, participou de atos de propaganda eleitoral e constou da urna eletrônica, é voto intencionalmente orientado para um específico candidato. Candidato aparentemente apto a receber o sufrágio, mas cujo registro a Justiça Eleitoral jamais deferiu ou confirmou. Situação que não se confunde com aquela em que o eleitor deliberadamente opta por anular o seu voto.

1.3. Explico melhor: no primeiro caso, há uma propositada desvalia na vontade eleitiva do eleitor soberano, que não é dirigida a nenhum dos concorrentes, ou que é contra todos eles. No segundo, há uma desvalia no destinatário, que não pode receber os votos que lhe foram conferidos.

1.4. Diante de tão substanciais diferenças, entendo que o respeito à vontade soberana do eleitor impõe o óbvio: cada categoria de voto recebe tratamento em apartado, especialmente para fins de incidência, ou não, do art. 224 do CE.

1.5. Por tais fundamentos, tenho que o banco dos votos propriamente nulos (natinulos, entenda-se) não se soma ao banco dos votos que vieram a ser anulados por efeito de decisão negativa do registro de candidatura (§ 3º do art. 175 do CE). Na linha, aliás, da atual jurisprudência da Casa<sup>5</sup> e dos votos proferidos pela Ministra Relatora, Eliana Calmon, e pelo Ministro Arnaldo Versiani



*haja obtido mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos, não entrando neste cálculo os votos originariamente nulos".*

Como consequência, caso a nulidade dos votos do candidato cassado não inquinasse mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos, haveria a convocação do segundo colocado no certame, não se realizando novo pleito.

Aludidos motivos constam, expressamente, do Relatório Parcial nº 4/2015 da Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal<sup>29</sup>, em relatório confiado ao Senador Romero Jucá, ao afirmar que "a invalidação da candidatura vencedora, seja em primeiro, seja em segundo turno, deve acarretar a realização de novas eleições, pondo fim a qualquer interpretação no sentido de que seja dada posse ao segundo colocado". Como justificativa, aduziu o Relatório que "os valores a serem preservados são a lisura e a legitimidade do pleito, e o respeito à vontade popular", de sorte que "conferir ao candidato de uma dada minoria significa[ria] ferir a legitimidade para o exercício do poder os próprios fundamentos da democracia".

Portanto, essa é a teleologia subjacente ao novo regime jurídico de renovação das eleições.

#### Ausência de constitucionalidade no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral

Há um aspecto singular na controvérsia jurídica nos presentes embargos que coloca novos matizes em sua análise: o art. 224, § 3º, como dito, decorre de superação legislativa de específica exegese pretoriana no sentido de convocar o segundo colocado, sempre que, da anulação dos votos do candidato mais votado, não invalidar mais da metade dos votos válidos, excluídos os em brancos e os nulos, porquanto decorrentes de manifestação apolítica do cidadão.

A meu sentir, afigura-se pressuposto essencial ao enfrentamento da temática a correta delimitação deste espaço de conformação do legislador para proceder a correções jurisprudenciais, com vistas a, sob a

<sup>29</sup> A nova redação do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral foi tratada no Relatório Parcial nº 4, que apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 442, de 2015. O PLS 442/2015 foi posteriormente incorporado ao substitutivo apresentado pelo Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara nº 75, de 2015, que resultou na edição da Lei 13.165/2015.





ótica da *rule of law*, não vulnerar o conteúdo essencial da Constituição Republicana, e, sob a perspectiva democrática, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana.

Ciente dessa singularidade, passo a estabelecer algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto.

Não representam qualquer novidade as dificuldades conhecidas e amplamente debatidas pela doutrina constitucional, nacional e estrangeira, acerca da legitimidade democrática da *judicial review* – a clássica dificuldade contramajoritária –, que decorre da circunstância de os juízes, não submetidos ao escrutínio das urnas, poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais vagas e abertas, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas.

À jurisdição constitucional (no caso, exercida pelo TSE *incidenter tantum*), nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões (*i.e.*, atribuindo importância maior a qualquer destes ideais), os tribunais podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes chancelar o advento de um despotismo das maiorias, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental.

Se estas particularidades já recomendam alguma dose de cautela no exercício da *judicial review*, essa prudência é redobrada nas situações em que o objeto da controvérsia decorre de reações legislativas a decisões proferidas pela Corte, sobretudo por impactar diretamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Consoante já averbei no julgamento da ADI nº 5.105 (Direito de Antena II), o arquétipo constitucional pâtrio não erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material).



Seja por uma perspectiva descritiva, com a existência de inúmeros precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal Superior Eleitoral (por emenda constitucional ou por lei ordinária), seja por um viés prescritivo, em que é legítimo e salutar o prodigioso ativismo congressual, certo é que o arranjo institucional que melhor realiza o postulado fundamental da separação e independência entre os poderes é aquele que prestigia a práxis dialógica. O ponto foi destacado, com maestria, pelos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao prelecionarem que “(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405).

Assim, a invalidação dessas leis *in your face* somente deve ocorrer (i) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus parágrafos, da Constituição, e (ii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, nas situações de (i) ofensa chapada ao texto magno, (ii) tutela do direitos das minorias, (iii) defesa dos pressupostos indispensáveis ao adequado funcionamento das instituições democráticas e (iv) quando as consequências fático-normativas produzirem resultados incompatíveis com a teleologia e a axiologia constitucionais.

Com isso, impõe-se às Cortes um comportamento de autorrestricção e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexiste, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte.



Todavia, *in casu*, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral.

Isso porque inexiste parâmetro constitucional direto e imediato que interdite a atuação do legislador na reformulação de arranjos que reputa dissonantes da axiologia e dos valores albergados na Constituição.

Deveras, conquanto tenha erigido critérios de realização do novo pleito em caso de dupla vacância (CRFB/88, art. 81, *caput*, e § 1º), a Lei Fundamental não entregou ao legislador um regime jurídico pré-definido e fechado acerca das hipóteses que autorizam a convocação das eleições suplementares [*rectius*: renovação do pleito], de maneira que, sob o prisma das dinâmicas interinstitucionais, ao legislador infraconstitucional foi franqueada ampla margem de conformação legislativa para disciplinar referido tema.

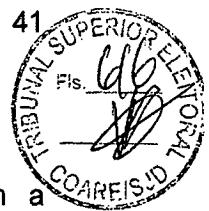
Em termos jurídico-dogmáticos, isso significa que a Constituição não se limita, neste pormenor, a desempenhar o papel de ordem-fundamento em sentido quantitativo<sup>30</sup>, que institua deveres, imposições ou proibições ao legislador. Ao contrário, em muitos aspectos, forneceu apenas uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, sem, no entanto, tolher essa ampla margem de conformação legislativa na reformulação de arranjos institucionais em matéria de processo eleitoral.

Não desconheço que existe uma preocupação com a realização de diversos miniciclos eleitorais, na medida em que poderia comprometer a funcionalidade de serviços públicos e gerar indesejada descontinuidade na gestão das localidades afetadas, outrossim que poderia cuidar de arranjo normativo demasiado dispendioso, porquanto a realização de novos pleitos demanda custos. Tais pontos são relevantes, mas não tornam o art. 224, § 3º, inconstitucional.

Com efeito, trata-se de opção política legítima e consciente do legislador infraconstitucional que, ao interpretar os cânones da soberania popular e democrática, asseverou que a renovação do pleito realiza em maior

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-584.





extensão aludidos cânones jusfundamentais, quando em cotejo com a assunção do segundo colocado.

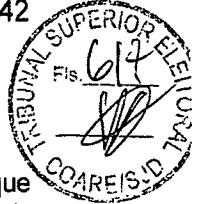
Neste pormenor, a *judicial self-restraint*, no sentido de não invalidar a norma, encontra forte lastro em outro fundamento: inibir comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelos legisladores, naquilo que o Professor da Universidade de Harvard Mark Tushnet, em sua obra *Weak Courts, strong rights*, intitulou de *desobediência antecipada (anticipatory disobedience)*. Para Tushnet, os legisladores, em um modelo de supremacia judicial [em sentido forte], cientes de que o ônus para aferir a validade de seus atos recairá necessariamente sobre a Suprema Corte, veem-se incentivados a editar normas flagrantemente inconstitucionais como estratégia política, postura que não ocorreria, na visão do ilustre Professor, nas hipóteses em que eles tenham completa responsabilidade de seus atos, como nas “questões políticas” (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 101). A despeito de normativamente propugnar por mecanismos mais brandos de controle judicial, o que, antecipo, não se está a defender, penso que as ponderações suscitadas pelo Professor Mark Tushnet se encaixam perfeitamente à espécie.

Prestigiar o modelo normativo insculpido no art. 224, § 3º, significa também reconhecer que a responsabilidade desse arranjo – e isso consta da Justificação do Relatório – é do Parlamento, *locus* por excelência para a tomada de decisões de primeira ordem em matéria político-legislativa.

Em sede doutrinária, já me manifestei no mesmo sentido, em obra de coautoria com o Professor Carlos Eduardo Frazão intitulada *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*, em que vaticinamos:

(...) a existência de um *embate institucional* entre o Poder Legislativo, representado pela Câmara dos Deputados, e o Judiciário (...) não pode ser visto como ameaçamento da democracia ou de suas instituições. A *uma*, porque demonstra o engajamento das demais instâncias políticas, no caso da Câmara dos Deputados, na definição do sentido do conteúdo da Constituição, superando a apatia política de outrora. A *duas*, e como corolário, porque cria um sentimento de cultura constitucional na sociedade como um todo.

(...)



A democracia não pode ser concebida como regime de governo que tutela tão somente ideias, pensamentos e exegeses constitucionais que determinada pessoa, segmento ou instituição reputem como válidos. Tampouco não se coaduna com uma verdadeira democracia o repúdio a propostas políticas manifestadas por aqueles de que se discorda. Se assim fosse, deveríamos abandonar o rótulo de Estado Democrático de Direito para Estado Aristocrático de Direito.

Não é novidade que as melhores soluções, em um ambiente democrático, surgem do embate, sincero, republicano e transparente, de argumentos na esfera pública. E asfixiar a atuação do Parlamento, pela via da hermenêutica constitucional, depõe contra essa premissa elementar do sistema democrático, consubstanciando, bem por isso, *arrogância judicial irresponsável*, que mais se aproxima do ideário de *juristocracia*, e a própria negação do pluralismo político que deve permear uma sociedade verdadeiramente democrática."

(FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32)

Por esse conjunto de fundamentos, rejeito a alegada inconstitucionalidade do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral.

Inconstitucionalidade do trecho “após o trânsito em julgado” constante do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral

O segundo argumento suscitado é a inconstitucionalidade do trecho “*após o trânsito em julgado*” constante do indigitado art. 224, § 3º, do Codex Eleitoral. Se, por um lado, não visualizei qualquer inconstitucionalidade na novel disciplina normativa, na esteira dos fundamentos supra, por outro lado, a expressão *sub judice* não possui a mesma sorte.

É que, ao contrário das justificativas apresentadas pelo Parlamento, exigir o trânsito em julgado não conforma, em qualquer exegese constitucionalmente adequada, os princípios democrático e da soberania popular. E assento a incompatibilidade material ancorando-me nas consequências concretas produzidas pela aplicação de tal exigência no plano fático que desafiam os cânones magnos.

Com efeito, condicionar a renovação do pleito à exigência de trânsito em julgado alçará, em um número não raro de situações, que o Chefe do Poder Legislativo local, eleito que é pelo sistema proporcional, assuma a titularidade do Poder Executivo, até que não mais sobrevenha a possibilidade



de impugnações. O ponto foi captado com destreza pelos Professores Marilda Silveira e Carlos Eduardo Frazão, em provocativo ensaio intitulado “Ensaio sobre um caos anunciado: entre a cassação e os recursos, quem governa?”, recentemente publicado:

Nestas eleições, muitos ainda aguardam o julgamento de recursos. Mas, para que possam ser diplomados e empossados, os candidatos eleitos precisam estar com seus registros deferidos. Se o registro estiver indeferido por qualquer razão (inelegibilidade, por exemplo), a chapa não toma posse, ainda que aguardem recursos pendentes. No caso das eleições municipais, indeferidos os registros do prefeito ou do vice, nenhum dos dois toma posse. Esse é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral. Com efeito, assumiria o Presidente da Câmara até que o processo termine (transite em julgado) e as novas eleições se realizem.

(...)

(...) condicionar a realização de novas eleições ao trânsito em julgado, antes de fortalecer, amesquinha a soberania popular e os próprios fundamentos da democracia. Como visto, eventual afastamento do candidato eleito (por indeferimento de registro, cassação diploma ou perda do mandato) não autorizará a convocação imediata do novo pleito. Na verdade, habilitará a assunção do Presidente da Câmara Municipal à titularidade da chefia do Executivo local. Tomemos dois exemplos para ilustrar o ponto.

Primeiro exemplo. Imaginemos uma eleição municipal com 4 (quatro) candidatos: **candidato A**, 35% dos votos válidos, registro *indeferido* na data do pleito e recurso pendente de julgamento; **candidatos B, C e D**, com, respectivamente, 30%, 25%, 10% dos votos válidos e todos com registro *deferido* na data da eleição.

Nessa situação, tem-se que *(i)* o candidato A não poderá ser diplomado, nos termos do art. 171 da Resolução nº 23.456 do TSE [5] e *(ii)* o candidato B também não poderá ser proclamado eleito, uma vez que existe candidato com registro indeferido, mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior – no exemplo, o candidato A nos termos do art. 167, II, da aludida Resolução. Assume a chefia do Executivo, portanto, o Presidente da Câmara Municipal a teor do art. 171, § único, I, da Res.-TSE nº 23.456.

Segundo exemplo. Eleição municipal também com 4 (quatro) candidatos: **candidatos A, B, C e D**, com, respectivamente, 35%, 30%, 25%, 10% dos votos válidos e todos com registro *deferido* na data da eleição. Nesse caso, o candidato A será proclamado eleito e, em condições normais, diplomado e empossado. No entanto, se o registro de candidatura de A estiver com recurso especial pendente de julgamento no Tribunal Superior Eleitoral, eventual pronunciamento de indeferimento do registro ensejará duas consequências: *(i)* a cassação do diploma ou retirada do cargo, se eventualmente diplomado ou empossado, *(ii)* a renovação do pleito, a qual somente poderá ocorrer, após o trânsito em julgado, nos



termos do 224, § 3º. Materializada a situação, mais uma vez o titular do Executivo municipal será o Presidente do Legislativo.

Essas potenciais consequências no plano fático preanunciadas pela exigência de trânsito em julgado, em nada realizam os princípios democrático e da soberania popular. Muito pelo contrário. Conquanto se reconheça alguma *dificuldade metodológica* na aplicação de normas vagas, certo é que um modelo normativo que estimule a assunção do Presidente da Câmara Municipal, enquanto se aguarda solução judicial, produz um resultado incompatível com o estado ideal de coisas promovidos pelos princípios democrático e da soberania popular. Note-se que não se trata de vacância por ausência titular eleito, mas de vacância por ausência de solução judicial.

Seja porque encerram *normas de justificação*, seja porque atuam como *vetores interpretativos*, aludidos princípios bloqueiam qualquer tipo de arranjo que impulsiona um cidadão eleito pelo sistema proporcional à titularidade do Poder Executivo, em detrimento de outro, ainda que o segundo colocado, eleito majoritariamente. E, diante dos resultados constatados, que criam uma espécie de *parlamentarismo à brasileira*, a imposição de trânsito em julgado instituída pelo § 3º não encontra lastro de validade em qualquer exegese constitucionalmente adequada, e deve, nesse trecho, ser excluída do ordenamento jurídico.

Daí o porquê se propugna pela declaração de inconstitucionalidade parcial com redução do texto do § 3º ora proposta, de forma a extirpar a expressão “após o trânsito em julgado”

(SILVEIRA, Marilda; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Ensaio sobre um caos anunciado: entre a cassação e os recursos, quem governa?*. Disponível em: <<http://jota.info/e-leitor-ensaio-sobre-um-caos-anunciado-entre-cassacao-e-os-recursos-quem-governa>> Acesso em 15.11.2016).

Como bem observado pelos jovens juristas, trata-se da implementação de uma espécie de parlamentarismo *sui generis* à brasileira, porquanto autoriza que alguém que não sofrera o batismo da majoritariiedade seja investido na chefia do Executivo local. Esse cenário se agrava quando rememoramos o fato de que os membros das Casas Legislativas, não raro, não atingem o quociente eleitoral, elegendo-se com votos atribuídos às legendas, bem como a circunstância de o Presidente do Legislativo ser escolhido indiretamente por seus pares. Modelo em descompasso maior com ideários democrático e da soberania popular não consigo vislumbrar.

Com isso, não desconheço as dificuldades metodológicas de se operar com normas, qualidade insita aos princípios em sua distinção quantitativa com as regras. A este respeito, já me pronunciei no sentido de que

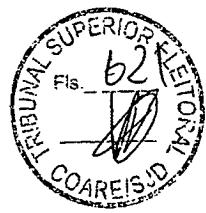


"[a] primeira dificuldade metodológica [de aplicar o princípio democrático] salta aos olhos e reside na própria identificação do conteúdo jurídico do princípio democrático: dada a elevada vagueza e a indeterminação semântica, a definição do conteúdo jurídico sempre será imprecisa e propiciará divergências na aplicação a casos concretos. (...), a abstração com que a previsão normativa é contemplada na Constituição não autoriza sua aplicação, direta e imediata (...) para equacionar uma controvérsia jurídica (eficácia positiva ou simétrica). Se, por um lado, há dissenso a respeito da eficácia positiva ou simétrica do princípio democrático, por outro lado, aludido cânones não é desrido de aptidão para a produção de efeitos jurídicos. De fato, o princípio democrático pode ser compreendido como argumento de justificação (ou legitimação) dos demais institutos e arranjos engendrados pelo legislador. (...) Além disso, e justamente por sua topografia (princípio fundamental), apresenta-se como autêntico vetor interpretativo das demais cláusulas constitucionais e do ordenamento infraconstitucional (eficácia interpretativa), circunstância que habilita que o intérprete/aplicador empreste a estas disposições a exegese que melhor realize o ideário democrático." (FUX, Luiz. Princípios Eleitorais. In: NORONHA, João Otávio; PAE KIM, Richard. São Paulo: Atlas, 2016, p. 508 - grifei).

Tal diagnóstico, porém, não afasta a possibilidade de que haja a invalidade de determinado regime jurídico em situações sempre que o resultado normativo produzir consequências indesejadas e em desconformidade com o conteúdo jurídico mais autoevidente de parâmetros constitucionais, ainda que dotado de vagueza e indeterminação semântica (sobre parâmetros de atuação judicial, cf. FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política. Op. Cit.*, p. 35-72).

À luz desses argumentos, assento a inconstitucionalidade do trecho "após o trânsito em julgado" encartada no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral.

É como voto.



**PEDIDO DE VISTA**

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor  
Presidente, peço vista dos autos.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Herman Benjamin".



**EXTRATO DA ATA**

ED-REspe nº 139-25.2016.6.21.0154/RS. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Embargante: Ministério Público Eleitoral. Assistente do embargante: Altenir Rodrigues da Silva (Advogado: Rooswelt dos Santos – OAB: 45470/DF). Embargado: Lindomar Elias (Advogados: João Luiz Vargas – OAB nº 25782/RS e outros).

Decisão: Após o voto do relator, acolhendo em parte os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, antecipou o pedido de vista o Ministro Herman Benjamin.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

**SESSÃO DE 16.11.2016.**



## VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, trata-se de embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público Eleitoral contra acórdão de relatoria do e. Ministro Henrique Neves assim ementado:

### ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL.

1. As questões de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento. Precedentes. No caso, os temas apresentados pelo embargante não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inherente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão, que, por não terem sido contemplados no acórdão embargado, viabilizam o conhecimento dos embargos de declaração.
2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é constitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa.
3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.
4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária.
5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90; 216 e 257 do Código Eleitoral.
6. É constitucional a expressão "após o trânsito em julgado" contida no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular.
7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a constitucionalidade da expressão "após o trânsito em julgado" contida no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.



8. Manutenção do entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato eleito com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato.

Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte.

Na sessão extraordinária jurisdicional de 16.11.2016, o e. Ministro Relator acolheu parcialmente os declaratórios e definiu as seguintes teses sobre a aplicabilidade da regra do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral:

- a) a nova hipótese de renovação do pleito estabelecida pelo legislador, por fator externo – no caso de candidato eleito que obteve a maioria dos votos auferidos – traduz maior eficácia e concretude ao princípio da soberania popular e da legitimidade das eleições (arts. 1º, I, parágrafo único, e 14, *caput* e § 9º, da CF/88), preservando, com maior eficiência, a vontade popular;
- b) inexiste norma legal que expressamente determine posse do segundo colocado no caso de cassação dos candidatos eleitos;
- c) não é constitucional a regra que obsta que o segundo colocado assuma o exercício do poder quando ele efetivamente não obteve maioria dos votos sufragados;
- d) arguição de constitucionalidade do inteiro teor do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral rejeitada, reconhecendo-se sua incidência nos casos de indeferimento de candidatura tratados em processos de registro;
- e) constitucionalidade incidental da expressão “após o trânsito em julgado”, em virtude de afronta ao princípio da soberania (art. 1º, I, da CF/88), à determinação de que todo o poder emana do povo e deve ser exercido por seus representantes (art. 1º, parágrafo único) legitimamente eleitos (art. 14, *caput* e § 9º), ao princípio da separação de poderes (art. 2º) e à irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 3º);

A handwritten signature in black ink, appearing to be a name, located in the bottom right corner of the page.



f) execução em processo de registro de candidatura ocorre após *decisum* desta Corte, ao passo que, em demanda que envolva prática de ilícito eleitoral, basta o esgotamento das instâncias ordinárias.

Pedi vista dos autos para melhor análise das matérias.

**1. Fixação de Tese: Art. 224, *caput* e § 3º, do Código Eleitoral**

**1.1. Histórico Legislativo e Jurisprudencial**

Consoante o art. 224, *caput*, do Código Eleitoral, “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”.

Dentre as hipóteses de nulidade contempladas no Código Eleitoral, o § 3º do art. 175 estabelece que “serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”.

Esta Corte Superior, interpretando o *caput* do art. 224 no decorrer de inúmeras composições, vem assentando que a validade da votação deve ser aferida levando-se em conta o percentual de votos atribuídos a todos os candidatos participantes do pleito, excluindo-se somente os em branco e os nulos oriundos de manifestação apolítica ou erro do eleitor.

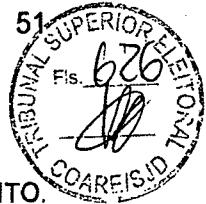
Confiram-se precedentes a respeito:

CONSULTA RECEBIDA COMO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROCLAMAÇÃO DE CANDIDATOS ELEITOS. APURAÇÃO DE VOTOS DE CANDIDATOS A CARGOS MAJORITÁRIOS SUB JUDICE. RESOLUÇÃO-TSE Nº 22.712/2008.

[...]

3. Os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se *sub judice*, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor. [...]

(PA 20.159/PI; Res.-TSE 22.992, redatora designada Min. Eliana Calmon, DJE de 18.9.2009) (sem destaque no original)



MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. NULIDADE DE MAIS DE 50% DOS VOTOS VÁLIDOS. REALIZAÇÃO DE NOVA ELEIÇÃO. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Consoante o entendimento deste Tribunal, para fins de aplicação do art. 224 do CE, a validade da votação deve ser aferida levando-se em consideração o percentual de votos dados a todos os candidatos participantes do pleito, excluindo-se somente os votos brancos e os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitorado. Precedentes.

2. Na espécie, é incontrovertido que o candidato Márcio Césare Rodrigues Mariano "que teve seu registro indeferido em todos os graus de jurisdição (REspe 352-57, de minha relatoria)" obteve mais da metade dos votos na referida eleição, excetuados os brancos e os nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitorado. Consequentemente, impõe-se a realização de pleito suplementar no referido Município, a teor do art. 224 do CE. [...]

(AgR-MS 48-96/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJE* de 20.5.2013)  
(sem destaque no original)

Assim, até o ano de 2015, diante do texto do *caput* do art. 224 do Código Eleitoral, fixou-se tese de que se o primeiro colocado tiver seu registro de candidatura indeferido e o quantitativo de votos nominais nulos a ele atribuído ultrapassar 50%, haverá nova eleição. Em hipótese contrária – ou seja, menos de 50% – assumirá o segundo colocado.

No entanto, com advento da reforma promovida pela Lei 13.165/2015, acresceu-se o § 3º ao art. 224, que assim dispõe:

Art. 224. [omissis]

[...]

§ 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.

(sem destaque no original)

Confrontando-se o *caput* com o § 3º do art. 224, têm-se, em primeira análise, inúmeras soluções interpretativas possíveis, conforme destaca Rodrigo López Zilio em sua obra Direito Eleitoral<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 73-77.





No entanto, após refletir profundamente acerca do tema, cheguei à conclusão de que o *caput* do art. 224 do Código Eleitoral aplica-se a candidatos derrotados no pleito majoritário cuja soma de votos nominais nulos alcance mais de 50% do total, ao passo que o § 3º incide apenas perante o vencedor do prélio que tiver sua candidatura negada, independentemente de obter ou não mais de 50% de votos e de se cuidar de processo de registro de candidatura ou que envolva perda de diploma por prática de ilícitos eleitorais, excluídos desse percentual, em quaisquer das duas hipóteses, votos em branco e nulos oriundos de manifestação apolítica ou erro de eleitor.

A fim de explicitar as razões de meu convencimento, ressalto, de inicio, a exposição de motivos do projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional – PL 5.735/13 na Câmara dos Deputados e PL 75/15 no Senado Federal, *in verbis*:

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.

(sem destaque no original)

De fato, a inovação legislativa do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral é a que melhor se coaduna com o princípio fundamental da soberania popular, previsto de modo expresso no art. 1º, parágrafo único, da CF/88<sup>32</sup>.

Trata-se também de dispositivo salutar à preservação do regime democrático na medida em que afasta, em absoluto, possibilidade de que candidato com menos de 50% de votos nominais, beneficiado por indeferimento de registro do primeiro colocado, venha a assumir o Poder Executivo a nível federal, estadual ou municipal.

<sup>32</sup> Art. 1º [omissis]

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.





Confira-se, ainda, doutrina de Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues<sup>33</sup>:

Até o advento da Lei nº 13.165/2015, as regras relativas à anulação das eleições restringiam-se ao art. 224 do Código Eleitoral e seus dois parágrafos.

Segundo dispõe a cabeça do mencionado dispositivo, 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.

**Em outras palavras, somente se poderia cogitar de novas eleições se fosse preenchida uma condição objetiva, isto é, se a nulidade atingisse mais da metade dos votos, não se levando em consideração, para tal fim, os votos anulados como manifestação apolítica do eleitor no momento do escrutínio, seja ela deliberada ou decorrente de erro.**

Sem o preenchimento dessa circunstância objetiva, as eleições não eram invalidadas, procedendo-se aos cálculos necessários com os votos reputados válidos. Em se tratando se eleições majoritárias, procedia-se, então, à posse do segundo colocado.

Com o advento da Lei 13.165/2015, a matéria foi submetida à grande transformação. Isso porque dispõe o § 3º do art. 224, por ela incluído, que a decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

[...]

A segunda observação diz respeito ao fato de que tal dispositivo se volta para a nulidade dos votos dados ao candidato que obteve maior votação nominal, isto é, que seria o vencedor, não houvesse o vício, não se podendo cogitar da anulação de eleições em razões do indeferimento do registro daquele que foi derrotado nas urnas.

[...]

**A amplitude do novel § 3º do art. 224 é tamanha que se poderia cogitar da revogação do próprio caput.**

**Isso, porém, não ocorreu, na medida em que continuam sujeitos à exigência de anulação de mais da metade dos votos e os casos de nulidade previstos no art. 220 e 221 do Código Eleitoral.**

Ademais, é possível que haja mais de um candidato com votos anulados (registros indeferidos, AIJE procedente e etc.) mas com recursos ainda pendentes, e cuja soma das votações nominais tenha sido superior a cinquenta por cento da votação válida. Nesse caso,

<sup>33</sup> JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 365-366.





se obtiverem vitória em seus recursos, não haverá anulação das eleições. Do contrário, esta se impõe, em obediência ao art. 224, *caput*, que continua vigente.

**Desse modo, enquanto o art. 224, § 3º é voltado exclusivamente para aquele que obteve maior votação nominal, impondo a anulação da eleição independentemente do número de votos recebidos (e anulados) o *caput* é aplicável a todos os candidatos, impondo a realização de novas eleições se forem anulados os votos dos derrotados nas urnas, cujo total seja superior a cinquenta por cento.**

(sem destaque no original)

Ressalto, aliás, que esse foi o entendimento sufragado no art. 167 da Res.-TSE 23.456/2015, que disciplina – dentre outros temas – a diplomação nas Eleições 2016:

Art. 167. Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do art. 165<sup>34</sup>, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

I – deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, não computados os votos em branco e os votos nulos, se não houver candidato com registro indeferido que tenha obtido maior votação nominal;

II – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidato com registro indeferido mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral;

III – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidatos com registros indeferidos mas com recursos ainda pendentes e cuja soma das votações nominais tenha sido superior a cinquenta por cento da votação válida, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral;

IV – se houver segundo turno e nele for eleito candidato que esteja *sub judice* e que venha a ter o registro indeferido posteriormente, caberá à Junta Eleitoral convocar novas eleições, após o trânsito em julgado da decisão.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e IV, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o recurso no pedido de registro do candidato eleito,

<sup>34</sup> Art. 165. [omissis]

[...]

§ 1º Nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, será feita outra no dia 30 de outubro de 2016, na qual concorrerão os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos (Constituição Federal, art. 77, § 3º, c.c. art. 29, II; e Lei nº 9.504/1997, art. 3º, § 2º).





poderá aplicar o art. 257 do Código Eleitoral e o art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, determinando a imediata realização de novas eleições.

§ 2º Na hipótese do inciso III:

I – se houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, as novas eleições deverão ser convocadas imediatamente;

II – se não houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, não se realizarão novas eleições e os respectivos feitos judiciais tramitarão em regime de urgência.

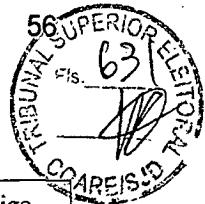
§ 3º Para fins de aplicação deste artigo, a validade da votação deve ser aferida levando-se em consideração o percentual de votos dados a todos os candidatos participantes do pleito, excluindo-se somente os votos em branco e os nulos decorrentes da manifestação apolítica ou erro do eleitor.

(sem destaque no original)

Assim, o acréscimo realizado pelo legislador por meio do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral é plenamente compatível com o disposto no *caput*.

Para melhor compreensão da matéria, confira-se caso hipotético disposto na tabela abaixo:

	HIPÓTESE 1 (VOTOS NOMINAIS)	HIPÓTESE 2 (VOTOS NOMINAIS)
RESULTADO PRELIMINAR	Candidato A = 45% <u>Candidato B = 40%</u> <u>Candidato C = 13%</u> Candidato D = 2 %	<u>Candidato A = 45%</u> Candidato B = 40% Candidato C = 13% Candidato D = 2 %
NULIDADE DE VOTOS (REGISTRO INDEFERIDO)	<u>Candidato B = 40%</u> <u>Candidato C = 13%</u>	<u>Candidato A = 45%</u>
NOVA ELEIÇÃO?	SIM	SIM



<b>JUSTIFICATIVA LEGAL</b>	Art. 224, <i>caput</i> , do Código Eleitoral (a nulidade decorrente do indeferimento do registro do segundo e terceiros colocados atingiu mais de 50% de votos)	Art. 224, § 3º, do Código Eleitoral (o indeferimento do registro do primeiro colocado sempre acarretará novo pleito, ainda que ele tenha obtido menos de 50% de votos)
----------------------------	---	--

### **1.2. Exigência de Trânsito em Julgado**

Convém examinar, de forma específica, a exigência contida no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral de que o novo pleito majoritário aconteça somente “após o trânsito em julgado” do *decisum* desta Justiça Especializada que ensejar indeferimento de registro, cassação de diploma ou perda de mandato eletivo.

Rememoro a redação do § 3º, acrescido pela Lei 13.165/2015:

Art. 224. [omissis]

[...]

§ 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.

(sem destaque no original)

Referido dispositivo, nessa parte, padece de notória **inconstitucionalidade por afronta ao princípio da soberania popular, disposto no art. 1º, parágrafo único da CF/88<sup>35</sup>**, e, ainda, da **proporcionalidade sob contexto de proteção deficiente à garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII<sup>36</sup>)**.

<sup>35</sup> Art. 1º [omissis]

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>36</sup> Art. 5º [omissis]

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



Com efeito, condicionar novo pleito majoritário ao trânsito em julgado de *decisum* que importar indeferimento de registro, perda de diploma ou cassação de mandato significaria:

- a) atribuir eficácia suspensiva automática a todo e qualquer recurso (inclusive extraordinário);
- b) conferir contornos abusivos ao direito de defesa;
- c) estimular a disputa por candidatos sabidamente inelegíveis<sup>37</sup>;
- d) permitir que presidentes de casas legislativas (em especial de câmaras municipais) perpetuem-se na chefia do Poder Executivo enquanto não definida a coisa julgada<sup>38</sup>;
- e) mitigar a celeridade inherente ao exercício da jurisdição pela Justiça Eleitoral.

No mesmo sentido, o parecer da d. Procuradoria-Geral Eleitoral, que reproduz, em parte, a inicial da ADI 5.525/DF, de relatoria do e. Ministro Luís Roberto Barroso, ainda não julgada (fls. 1.214-1.221):

No caso de esta Corte Superior Eleitoral vir a considerar aplicável o § 3º do art. 224, CE, a processos de registro de candidatura – o que, ao ver deste Órgão do Ministério Público Eleitoral, em razão da apontada constitucionalidade e pela argumentação acima exposta, não é concebível –, outra questão se sobreleva, qual seja: a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para a renovação do pleito, o que contraria expressamente, a Constituição Federal.

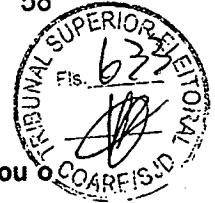
Nesse sentido, e tendo em vista a pertinência da relação argumentativa – colhe-se na inicial da ADI 5525, o seguinte:

[...]

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

<sup>37</sup> WALDSCHMIDT, Hardy. *Breve Notas Sobre a Minireforma Eleitoral de 2015*. Disponível em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ms-breves-notas-sobre-a-minireforma-eleitoral-de-2015-1449677024470>

<sup>38</sup> No ponto, destaca Rodrigo López Zilio que "o tempo que medeia a decisão colegiada do TRE até a definitividade da decisão (que poderá ocorrer perante o STF) será preenchido pelo Presidente da Câmara Municipal – em uma substituição temporária, mas com nítido sabor de perenidade" (*in Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 74).



eleições após trânsito em julgado da decisão que negou o registro.

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

Diante do prazo constitucionalmente fixado para o mandato de prefeitos, governadores e do presidente da República, de quatro anos, o trânsito em julgado dificilmente ocorrerá, se aqueles recursos – direito das partes – forem manejados. Não se trata aqui de mora atribuível à jurisdição eleitoral ou comum, mas do fato de



que a pluralidade de recursos demanda tempo para tramitação e julgamento. Os advogados conhecem bem essa sistemática e a empregam à exaustão, como se sabe.

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

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

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

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

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

Art. 257. [...]

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

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



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

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

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

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

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

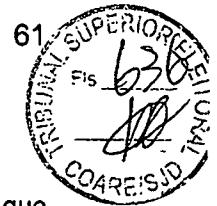
A conclusão é de plena suficiência do sistema recursal eleitoral para evitar a indesejada rotatividade de exercentes do Poder Executivo, ao condicionar a revisão da decisão pela instância superior. Essa proteção se dá em grau satisfatório e não inibe a efetividade da jurisdição eleitoral, como faz a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

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

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

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

Diante do reconhecimento de que o estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas



o de protegê-los e promovê-los, a doutrina vem afirmando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta gravemente insuficiente. O Supremo Tribunal Federal já empregou essa categoria em algumas decisões, como quando rechaçou extensão à união estável da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado) que previa extinção de punibilidade do crime de estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. De acordo com o Ministro GILMAR MENDES:

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

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

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

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

[...]

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

Logo, embora demonstrados os fatos constitutivos dos graves ilícitos apontados no item anterior (compra de votos, condutas vedadas, ausência de incompatibilização, inelegibilidade por



condenação [a chamada "ficha suja"] etc.) a Lei 13.165/2015, na redação que deu ao art. 224, § 3º, impede novas eleições.

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

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

Trata-se de adiamento que equivale à inanição da prestação jurisdicional. Não custa rememorar: os mandatos do Poder Executivo são de quatro anos. Que interesse público haveria em movimentar a máquina jurisdicional eleitoral e a do Ministério Público para decisões que não terão eficácia alguma?

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

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

Relembre-se que, segundo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* 126.292/SP, execução provisória de pena firmada em decisão passível de recurso especial ou extraordinário não ofende a presunção de inocência.

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

[...]

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

[...]

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name of the author or a witness.



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

[...]

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

(com alguns dos destaques no original)

Sendo inconstitucional a exigência de trânsito em julgado, cabe diferenciar os processos de registro de candidatura das ações que envolvam prática de ilícito eleitoral visando definir o momento de execução.

Quanto ao **primeiro caso**, a celeridade inerente aos processos de registro – para os quais a legislação de regência estabelece termo *ad quem* para julgamento<sup>39</sup> e cujos prazos não se suspendem em dias não úteis – permite que, na maior parte das vezes, esta Corte Superior aprecie antes da diplomação os casos a ela submetidos em pleitos municipal, estadual e federal.

O requisito de haver decisão por esta Corte Superior foi, inclusive, adotado no art. 167, §§ 1º e 2º, da Res.-TSE 23.456/2015, que disciplina o tema para as Eleições 2016. Confira-se:

Art. 167. Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do art. 165, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

[...]

II – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidato com registro indeferido mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral;

<sup>39</sup> Confira-se redação do art. 93, § 1º, do Código Eleitoral:

Art. 93. [omissis]

§ 1º Até vinte dias antes da data das eleições, todos os requerimentos, inclusive os que tiverem sido impugnados, devem estar julgados pelas instâncias ordinárias, e publicadas as decisões a eles relativas.



III – não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidatos com registros indeferidos mas com recursos ainda pendentes e cuja soma das votações nominais tenha sido superior a cinquenta por cento da votação válida, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral;

IV – se houver segundo turno e nele for eleito candidato que esteja *sub judice* e que venha a ter o registro indeferido posteriormente, caberá à Junta Eleitoral convocar novas eleições, após o trânsito em julgado da decisão.

**§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e IV, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o recurso no pedido de registro do candidato eleito, poderá aplicar o art. 257 do Código Eleitoral e o art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, determinando a imediata realização de novas eleições.**

**§ 2º Na hipótese do inciso III:**

I – se houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, as novas eleições deverão ser convocadas imediatamente;

II – se não houver decisões do Tribunal Superior Eleitoral indeferindo os pedidos de registro de candidatos não eleitos cujos votos recebidos alcançarem mais de cinquenta por cento dos votos válidos da circunscrição, não se realizarão novas eleições e os respectivos feitos judiciais tramitarão em regime de urgência.

(sem destaques no original)

No mesmo sentido, as Res.-TSE 23.399/2013<sup>40</sup> (Eleições 2014), 23.372/2011<sup>41</sup> (Eleições 2012) e 23.218/2010<sup>42</sup> (Eleições 2010).

<sup>40</sup> Art 222 Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1º do artigo 219 desta resolução, serão observadas, ainda, as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

[.]

III – se a nulidade dos votos dados a candidatos com registro indeferido for superior a 50% da votação válida e se já houver decisão do Tribunal Superior Eleitoral indeferitória do pedido de registro, deverão ser realizadas novas eleições imediatamente; caso não haja, ainda, decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não se realizarão novas eleições;

IV – se houver segundo turno e dele participar candidato que esteja *sub judice* e que venha a ter o seu registro indeferido posteriormente, caberá ao Tribunal Eleitoral verificar se, com a nulidade dos votos dados a esse candidato no primeiro turno, a hipótese é de realizar novo segundo turno, com os outros 2 candidatos mais votados no primeiro turno, ou de considerar eleito o mais votado no primeiro turno, se a hipótese for de realização de novo segundo turno, ele deverá ser realizado imediatamente, inclusive com a diplomação do candidato que vier a ser eleito.

<sup>41</sup> Art. 164. [omissis]

[.]

III – se a nulidade dos votos dados a candidatos com registro indeferido for superior a 50% da votação válida e se já houver decisão do Tribunal Superior Eleitoral indeferitória do pedido de registro, deverão ser realizadas novas eleições imediatamente, caso não haja, ainda, decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não se realizarão novas eleições; [...]

<sup>42</sup> Art. 169 [omissis]

[.]

III – se a nulidade dos votos dados a candidatos com registro indeferido for superior a 50% da votação válida e se já houver decisão do Tribunal Superior Eleitoral indeferitória do pedido de registro, deverão ser realizadas novas eleições imediatamente; caso não haja, ainda, decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não se realizarão novas eleições, [...]



Quanto à **segunda hipótese**, tem-se que a garantia de duração razoável do processo – art. 5º, LXXVIII, da CF/88<sup>43</sup> – encontra-se positivada em dispositivos que preveem cumprimento imediato de arresto proferido por tribunais eleitorais em processos que envolvam apuração de ilícitos que acarretem perda de diplomas, com destaque para os arts. 15 da LC 64/90 e 257 do Código Eleitoral, *in verbis*:

**Art. 15.** Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

**Parágrafo único.** A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.

**Art. 257.** Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

**§ 1º** A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do Presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.

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

Em conclusão, exigir-se trânsito em julgado de *decisum* no qual se indefere registro de candidatura ou se decreta perda de diploma ou mandato é incompatível com a garantia fundamental de duração razoável do processo.

Por fim, embora o *Parquet*, de modo subsidiário, tenha opinado por se interpretar a expressão “após o trânsito em julgado” em conformidade com a Constituição Federal, entendo, salvo melhor juízo, que a literalidade do dispositivo não comporta esse entendimento.

<sup>43</sup> Art. 5º [omissis]

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



### **1.3. Propostas de Teses**

Considerando o raciocínio constante dos tópicos 1.1 e 1.2, proponho as teses a seguir.

#### **1.3.1. Primeira Tese: Renovação do Pleito e Incidência do Caput e do § 3º do Art. 224 do Código Eleitoral**

O art. 224, *caput*, do Código Eleitoral incide perante candidatos derrotados no pleito majoritário e cuja soma de votos nominais nulos alcance mais de 50% do total, ao passo que o § 3º aplica-se apenas ao vencedor do prélio, que tiver sua candidatura negada, independentemente de obter ou não mais de 50% de votos nominais e de se cuidar de processo de registro ou que envolva prática de ilícitos eleitorais, excluídos desse percentual, em quaisquer das duas hipóteses, votos em branco e nulos oriundos de manifestação apolítica ou erro de eleitor.

#### **1.3.2. Segunda Tese: Inconstitucionalidade da Expressão “Após o Trânsito em Julgado” (Art. 224, § 3º, do Código Eleitoral)**

É inconstitucional a expressão “após o trânsito em julgado” contida no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, por afronta aos princípios da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da CF/88), e, ainda, da proporcionalidade sob contexto de proteção deficiente à garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

#### **1.3.3. Terceira Tese: Momento de Execução de Decisum Desta Justiça em Processo de Registro ou que Envolva Prática de Ilícito Eleitoral**

Em regra, execução de acórdão em processo de registro de candidatura ocorrerá somente após *decisum* desta Corte Superior, ao passo que, na hipótese de processo que envolva perda de registro ou de diploma por prática de ilícito eleitoral, o cumprimento dar-se-á com arresto proferido por tribunal regional.



## 2. Conclusão

Ante o exposto, e na esteira do voto proferido pelo e. Ministro Henrique Neves, **acolho em parte os embargos declaratórios** do Ministério Público Eleitoral, propondo as seguintes teses:

- a) o art. 224, *caput*, do Código Eleitoral incide perante candidatos derrotados no pleito majoritário e cuja soma de votos nominais nulos alcance mais de 50% do total, ao passo que o § 3º aplica-se apenas ao vencedor do prélio, que tiver sua candidatura negada, independentemente de obter ou não mais de 50% de votos nominais e de se cuidar de processo de registro ou que envolva prática de ilícitos eleitorais, excluídos desse percentual, em quaisquer das duas hipóteses, votos em branco e nulos oriundos de manifestação apolítica ou erro de eleitor;
- b) é **inconstitucional** a expressão "após o trânsito em julgado" contida no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral;
- c) **em regra**, execução de acórdão em processo de registro de candidatura ocorrerá somente após *decisum* desta Corte Superior, ao passo que, na hipótese de processo que envolva perda de registro ou de diploma por prática de ilícto eleitoral, o cumprimento dar-se-á com arresto proferido por tribunal regional.

**É como voto.**

## PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA  
(relator): Senhor Presidente, peço vista regimental.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "HENRIQUE NEVES".



## **EXTRATO DA ATA**

ED-REspe nº 139-25.2016.6.21.0154/RS. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Embargante: Ministério Público Eleitoral. Assistente do embargante: Altenir Rodrigues da Silva (Advogado: Rooswelt dos Santos – OAB: 45470/DF). Embargado: Lindomar Elias (Advogados: João Luiz Vargas – OAB nº 25782/RS e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Herman Benjamin, acompanhando o relator, indicou adiamento o Ministro Henrique Neves da Silva.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

SESSÃO DE 24.11.2016.



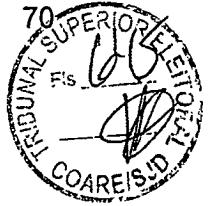
**VOTO  
(Fixação de tese)**

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, após o voto do Ministro Herman Benjamin, que me acompanhou quanto ao conhecimento e ao parcial provimento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral, indiquei adiamento para a conclusão do julgamento, a fim de propor a redação referente à fixação de tese a ser definida sobre o atual teor do art. 224 do Código Eleitoral.

Nesse sentido, proponho-a nos seguintes termos:

**Fixação de tese. Cumprimento da decisão judicial e convocação de novas eleições**

1. As hipóteses do *caput* e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O *caput* se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.
2. A expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.
3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:
  - 3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, *caput*); e
  - 3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo.



## EXTRATO DA ATA

ED-REspe nº 139-25.2016.6.21.0154/RS. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Embargante: Ministério Público Eleitoral. Assistente do embargante: Altenir Rodrigues da Silva (Advogado: Rooswelt dos Santos – OAB: 45470/DF). Embargado: Lindomar Elias (Advogados: João Luiz Vargas – OAB nº 25782/RS e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Eleitoral, para, declarando incidentalmente a constitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” previsto no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, especificar que, no presente caso, os preparativos para a realização da nova eleição no Município de Salto do Jacuí, em virtude do indeferimento do registro do embargado, devem ser iniciados e providenciados pelo Tribunal Regional Eleitoral e pelo juiz local a partir da publicação deste acórdão, independentemente do trânsito em julgado, nos termos do voto do relator. Acórdão publicado em sessão.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

SESSÃO DE 28.11.2016.