

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 1.017 ALAGOAS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB**
ADV.(A/S) : **FELIPE SANTOS CORREA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Socialista Brasileiro (PSB) em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou o afastamento cautelar de Paulo Suruagy do Amaral Dantas do exercício do cargo de Governador do Estado de Alagoas.

O partido requerente argumenta que a questão de fundo transcende o caso concreto apontado: o uso de medidas cautelares e a prática de atos de perseguição por parte de órgãos integrantes do sistema de justiça constituiria uma recorrente prática brasileira nos últimos pleitos, em franca violação de preceitos fundamentais da Constituição da República como a soberania popular, o princípio democrático, a igualdade de oportunidades e a paridade de armas, bem como a autonomia da vontade do eleitor (arts. 1º e 14 da Constituição Federal, dentre outros).

Propõe o partido requerente a fixação de interpretação conforme à Constituição, expressa em tese que milita pela impossibilidade da aplicação de medida cautelar de afastamento do cargo nos 15 (quinze) dias anteriores à data da realização das eleições (tal como já previsto pelo art. 236, §1º, do Código Eleitoral em relação à prisão ressalvadas as hipóteses de crimes cometidos em flagrante delito), mas também durante todo o período de eventual segundo turno. Defende, ainda, a necessidade de fundamentação judicial específica para medidas deflagradas durante o período eleitoral, dada a gravidade do provimento e de suas implicações para a sorte das candidaturas.

Aduz que a referida conclusão seria a que melhor equacionaria a aplicação simultânea das regras previstas pelos arts. 282, c/c art. 319, VI, do CPP, em consonância com o art. 236 do Código Eleitoral, à luz dos

ADPF 1017 MC / AL

princípios e dos valores fundamentais da liberdade do sufrágio e da proteção constitucionalmente conferida aos candidatos.

Requer, com base no art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99, a concessão de medida cautelar para revogar a decisão do STJ de afastamento do Governador do Estado de Alagoas de seu mandato. No mérito, pugna pela confirmação da medida liminar, bem como para a fixação de tese capaz de equacionar a controvérsia jurídico-constitucional acima estabelecida.

É o breve relatório.

I – Do cabimento

O art. 103, §1º da Constituição Federal, prevê a competência do STF para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF):

Art. 103. [...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Em desdobramento à norma constitucional, a Lei n. 9.882/99 estabeleceu normas processuais relativas à ADPF, inclusive quanto ao seu cabimento. Nesse sentido, os arts. 1º, parágrafo único, I, e art. 4º, §1º, preveem o seguinte:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia

ADPF 1017 MC / AL

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

(...)

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

É importante destacar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para preencher um espaço residual expressivo no controle concentrado de constitucionalidade, que antes só poderia ser tutelado pelo sistema de controle difuso.

Conforme já destaquei em âmbito acadêmico, a ADPF foi instituída para suprir *“esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição de decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada ‘guerra de liminares’”* (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19).

No âmbito da jurisprudência, registrei que a admissibilidade da ação se encontra vinculada *“à relevância do interesse público presente no caso”*, de modo que a *“ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal”* (ADPF 33/PA, Tribunal Pleno, de minha Relatoria, j. 7.12.2005).

No caso em tela, o Autor indicou como ato impugnado decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no MISOC nº 209/DF (2022/0245591-9); mais especificamente o capítulo decisório que determinou o afastamento cautelar de Paulo Suruagy do Amaral Dantas do exercício do cargo de Governador do Estado de Alagoas.

É certo que a ADPF não pode funcionar como sucedâneo recursal ou

ADPF 1017 MC / AL

como instrumento para a mera tutela de direitos ou interesses jurídicos subjetivos. Se a situação narrada nos autos revelasse interesse-utilidade circunscrita à superação do afastamento do Governador do Estado de Alagoas, muito provavelmente seria caso de não conhecimento, por ausência da observância do requisito da subsidiariedade – afinal, semelhante medida se prestaria a ser combatida por meio de outros instrumentos processuais.

Não é esse, entretanto, o caso dos autos. A presente ADPF tem por tema de fundo controvérsia constitucional de elevada significação para o Estado Democrático de Direito. A aplicação de medidas cautelares, e de modo geral a forma como alguns atos de persecução são conduzidos durante o período eleitoral, longe está de constituir situação isolada ou subjetiva. Primeiro, porque, do ponto de vista quantitativo, tal prática é comumente observada. Segundo – e, agora, qualitativamente –, porque tais intervenções episódicas do Poder Judiciário (ou de órgãos ancilares, nomeadamente Ministério Público e polícias) ocasionam impacto direto sobre o desenvolvimento do processo eleitoral (inclusive quanto ao resultado).

A própria petição inicial, aliás, cuidou de rememorar expedientes judiciais, perpetrados no passado recente, que bem ajudam a ilustrar o estado da arte da inconstitucionalidade aludida:

I) Do levantamento do sigilo e do traslado para os autos de ação penal de trechos de depoimento prestado por delator contra candidato à Presidência da República em fase processual incompatível com tal medida, na véspera da realização do primeiro turno das eleições de 2018, o que foi registrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pela Ministra Cármen Lúcia nos autos do AgRg no HC 163.943/PR;

II) Da divulgação de investigações posteriormente arquivadas, baseadas em depoimento isolado de colaborador premiado, que implicou candidato à Prefeitura do Rio de Janeiro que estava à frente nas pesquisas e que acabou perdendo o certame após a divulgação eleitoralmente sensível

ADPF 1017 MC / AL

de tal fato, circunstância consignada no voto do Ministro Antônio Saldanha no RHC 138.014;

III) Da prisão de candidato ao Senado Federal pelo Paraná no pleito de 2018, que se encontrava com ampla vantagem nas pesquisas, às vésperas do certame eleitoral, por investigação preliminar que acabou afetando o resultado do pleito, tal como consignado no *habeas corpus* de ofício concedido nos autos da ADPF 444, de minha Relatoria;

IV) Da prisão de candidato a Senador pelo Estado de Goiás também no ano de 2018, mais uma vez às vésperas do pleito, o que resultou novamente na perda das vantagens indicadas nas pesquisas e na modificação do provável resultados das urnas.

Apontam-se, como violados, preceitos fundamentais como a soberania popular, o pluralismo político, o princípio democrático, a liberdade de voto, a igualdade de oportunidades nos certames eleitorais e a autonomia do direito ao voto dos cidadãos, bem como a separação dos poderes, os quais encontram guarida, por exemplo, em dispositivos previstos pelo art. 1º, 5º e 14 da Constituição da República.

Uma simples contemplação desse “direito vivente” praticado no âmbito nacional realmente permite divisar que a questão constitucional posta nos presente autos tem dimensão transindividual. Seja porque os efeitos de tais provimentos jurisdicionais afetam o processo eleitoral, seja porque interessa ao Estado Democrático de Direito que as decisões do Poder Judiciário se pautem por padrões que afastem qualquer suspeita de interferência no certame eleitoral.

Consequentemente, a resolução da controvérsia constitucional que se apresenta diz com a proteção da dimensão objetiva e institucional do direito de sufrágio e do postulado da igualdade eleitoral (inclusive enquanto igualdade de chances). Por isso, o caso atrai a bem estabelecida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem admitido o cabimento de ADPF para a impugnação de decisões judiciais que possam causar a violação a preceitos fundamentais, de modo a possibilitar a resolução de questão constitucional de forma **ampla, geral e irrestrita**,

ADPF 1017 MC / AL

com a produção de efeitos *erga omnes* (ADPF 620-MC-Ref, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 3.4.2020; ADPF 556, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 14.2.2020; ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14.6.2018; ADPF 387, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 23.3.2017; ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 30.8.2018; ADPF 275, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 17.10.2018; ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12.4.2012).

Outrossim, a ADPF foi proposta pelo Diretório Nacional do Partido Socialista Brasileiro, que possui legitimidade ativa para o ajuizamento da presente ação, nos termos do art. 103, VIII, da CF/88 c/c art. 2º, I, da Lei 9.882/99, tendo em vista que se trata de agremiação política com representação no Congresso Nacional (eDOC 3).

Por tudo isso, considerando a jurisprudência constante deste Supremo Tribunal Federal, que admite o manejo de ADPF em face a interpretação judicial violadora de direitos fundamentais, bem como o não cabimento de qualquer outra ação de controle objetivo de constitucionalidade apta a evitar a ocorrência da lesão aos preceitos indicados – de modo amplo, geral e irrestrito – reputo preenchido o requisito da **subsidiariedade**.

Por esses motivos, entende-se ser o caso de cabimento e conhecimento da ação.

II – Do exame dos requisitos cautelares

Na jurisprudência constante do Supremo Tribunal Federal, é cediço que a concessão de medida cautelar em sede de controle abstrato desafia a presença cumulativa do *periculum in mora* e da fumaça do bom direito (v.g. **ADI 2.188 – QO**, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14.4.2000, DJ 31.8.2001). O que não é tão óbvio é perceber que tal conjugação precisa ser compreendida à luz da **tutela jurisdicional em referência**.

Com efeito, se o controle abstrato de constitucionalidade tem sua

ADPF 1017 MC / AL

justificação na necessidade de se evitar, de forma célere e abrangente, um risco à ordem jurídico-constitucional, é bem de ver que, para a implementação de medida cautelar nessa seara, cumpre papel primordial um juízo de precaução e prevenção de danos; o que reclama avaliação ainda que mínima das consequências divisadas de eventual provimento ou desprovimento.

Nessa linha, a Corte Constitucional da Alemanha, em jurisprudência constante sobre o exercício de seu poder de cautela, assenta: “*De acordo com o artigo 32 (1) do BVerfGG, o Tribunal Constitucional Federal pode, em caso de disputa, regular provisoriamente uma situação por meio de uma medida cautelar (einstweilige Anordnung), se isso for urgentemente necessário para evitar sérias desvantagens, para evitar violência iminente ou por outra razão importante para o bem comum.*” (1 BvQ 28/20, Rn. 8 – *Bundesverfassungsgericht, 2ª Câmara do Primeiro Senado, Acórdão de 10 de abril de 2020*).

Assim, o exercício da competência cautelar em processo abstrato, ocupa-se desde logo em verificar se as razões que fundamentam o pedido pela inconstitucionalidade da norma não seriam manifestamente infundadas *ab initio*. Havendo lastro mínimo, passa-se a um segundo momento, no qual joga papel fundamental um cotejo entre os riscos de não se implementar o provimento de urgência e as desvantagens que a concessão *in limine* permite avistar. Trata-se de atividade de cognição judicial informada por uma nítida lógica de prevenção/precaução:

“Portanto, deve ser tomada uma decisão sobre o pedido de liminar temporário com base na ponderação das consequências (ver BVerfGE 91, 70 [74 e ss.]; 92, 126 [129 e ss.]; 93, 181 [186 e ss.]; 94, 334 [347]; jurisprudência estabelecida). Neste contexto, as razões que falam a favor de uma regulamentação temporária devem ser tão sérias que tornam inevitável a emissão de uma liminar temporária. Ao pesar as consequências, devem ser levados em conta os efeitos sobre todos aqueles afetados pelos regulamentos contestados, não apenas as consequências para o requerente”. (1 BvQ 28/20, Rn.

8 – *Bundesverfassungsgericht*, 2ª Câmara do Primeiro Senado,
Acórdão de 10 de abril de 2020)

Tal ordem de ideias que dão contornos à verificação da necessidade da adoção da medida de urgência evidencia, a não mais poder, que o caso é de **dar provimento à implementação de medida cautelar**.

II.1. Fumus boni iuris.

A parte requerente aduz que a medida cautelar de “suspensão do exercício de função pública”, prevista no Código de Processo Penal (art. 319, VI, c/c art. 282), quando aplicada a Chefe do Poder Executivo que esteja a concorrer a reeleição, precisa ser compreendida no campo de proteção da imunidade eleitoral traçada pelo art. 236, *caput* e § 1º, do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

Sucessivamente, postula que o âmbito de proteção do §1º do citado art. 236 do Código Eleitoral precisa compreender não apenas os 15 (quinze) dias que antecedem a eleição, e sim todo o período compreendido entre o primeiro e o segundo turno do pleito majoritário, na mesma hipótese vocalizada (Chefe do Poder Executivo que esteja a concorrer a reeleição).

ADPF 1017 MC / AL

Embora em juízo de cognição precário, como é de costume em apreciação cautelar, penso que a questão constitucional posta nos autos exige perspectiva que valorize a **dimensão objetiva e institucional do processo eleitoral**, que já foi objeto de lapidar definição por parte do eminente Ministro Ricardo Lewandowski:

“O processo eleitoral (...) numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade ao seu resultado final”. (fls. 192-193, **ADI 3.741**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 6.8.2006, DJ 23.2.2007).

A passagem contempla, com maestria, a dependência insuperável que a ambiência democrática tem de procedimentos eleitorais imunes a “deformações e desequilíbrios”; tal gera “legitimidade” e “credibilidade ao seu resultado final”. De fato, tais são as condições de geração e reprodução do poder democrático, como ensina Hans Kelsen, “na medida em que os indivíduos submetidos à ordem do Estado participam da criação dessa mesma ordem” (KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 32) – o que pressupõe não apenas o direito ao voto, mas também a higidez do próprio processo eleitoral e o direito à participação nos certames eleitorais, em **condições de igualdade**.

O princípio da igualdade é fundamental para a adequada atuação das instituições do Estado no complexo processo democrático. Impõe-se uma **neutralidade do Estado** em face dos indivíduos, candidatos e organizações partidárias. A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de estabelecer-se uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. (GRIMM, Dieter. “Politische Parteien”. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). **Handbuch des Verfassungsrechts**. Band 1, p 599 (626)

ADPF 1017 MC / AL

No direito alemão, sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a “igualdade de chances” entre as forças políticas – especialmente os partidos – foi introduzida por **Forsthoff**, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28) (FORSTHOFF, Ernst. **Die politischen Parteien im Verfassungsrecht**. Tübingen, 1950, p. 6 e 12).

Também **GERHARD LEIBHOLZ** considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de “igualdade de chances”, derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*) (LEIBHOLZ, Gerhard. **Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien**. DJT, p. C. 2). Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3.º, I).

Surge, assim, a noção de que o Estado tem um **dever de neutralidade** (*Neutralitätspflicht*) em relação aos partidos (KOCH, Thorsten. “Neutralitätspflicht und Chancengleichheit bei Leistungen an Politische Parteien.” In: **Zeitschrift Für Parlamentsfragen**. Vol. 33, N. 4. BadenBaden: Nomos, 2002, pp. 694–716).

Outrossim, o dever de neutralidade (*Neutralitätspflicht*) tem forte ligação com o princípio do Estado de Direito, porquanto funciona como vetor para uma maior diferenciação entre Estado e governo. Nesse sentido testemunha recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de **junho de 2020**, que em sede de processo de conflito entre órgãos (*Organstreitverfahren*) pontificou que o Ministério Federal do Governo Federal alemão “*não pode invocar a autoridade do Governo Federal para realizar trabalhos de informação e relações públicas e assim justificar a divulgação de entrevista no site do ministério que dirige*”. A entrevista do Ministro do Interior, no caso, funcionava como réplica a partido político rival, que anteriormente criticara a Grande Coalizão (*GroKo*). A Corte

ADPF 1017 MC / AL

Constitucional alemã estimou que a ação de comunicação continha declarações políticas gerais que não se enquadravam no contexto das ações oficiais de um ministério federal, ferindo por isso o dever de neutralidade, independentemente de se estar, no não, no transcurso de eleições gerais: “o princípio da igualdade de oportunidades para os partidos exige o cumprimento da exigência de neutralidade do Estado fora dos períodos de campanha eleitoral” (n. 39). (BVerfG, **Segundo Senado, em 9 de junho de 2020, 2 BvE 1/19**).

Sobreleva notar que a adoção de tal enfoque expansivo ao dever de neutralidade, por parte do Tribunal Constitucional Alemão (ao reputá-lo observável mesmo para além do período eleitoral), é inteiramente coerente à eficácia expansiva dos direitos fundamentais, como o é o princípio da igualdade eleitoral

Princípio este que, por óbvio, também vige entre nós, a partir de extração de diversos dispositivos da Constituição de 1988. Assim testemunha a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quando vislumbrou que o art. 16 da Constituição Federal contém, em sua dimensão objetiva, garantia a um “devido processo legal eleitoral” (expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nos julgamentos das ADIs 354 e 2628, consoante já pude assentar – RE 633.703/MG – Repercussão Geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.3.2011, DJe 219, de 17.11.2011).

Em sede doutrinária, o Ministro Luiz Fux e Carlos Frazão destacam a importância da igualdade de oportunidades como exigência de uma postura neutra por parte do Estado “*em face dos players da competição eleitoral i.e., partidos, candidatos e coligações*), de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119).

Pois bem. O art. 236, *caput* e §1º, do Código Eleitoral, por sua vez, densifica a tutela por processo eleitoral hígido; busca garantir a liberdade do voto, a igualdade de participação ou a paridade de armas nas eleições e, em última análise, o regular funcionamento do regime democrático,

ADPF 1017 MC / AL

quando fornece razoável limitação aos órgãos de persecução criminal do Estado. Seu bem jurídico tutelado é, sobretudo, o processo eleitoral da votação (fase eleitoral), cuja violação atingiria o próprio regime democrático vigente. Mais que “direito” (subjeto), é imunidade (objeto). (RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 700; GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 50-51).

Uma vez que tais valores possuem estatuto constitucional (arts. 1º, 5º e 14, da CF/88), é fácil de ver que as normas em referência do Código Eleitoral claramente integra um **bloco de constitucionalidade** (ainda que de caráter infraconstitucional, claramente são “*vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental*” - ADI 2.971 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 6.11.2014).

A compreensão de que tal dispositivo do Código Eleitoral integra bloco de constitucionalidade atrai ainda mais a necessidade de colocá-lo sob perspectiva histórica. Porque – como ensina Peter Häberle – interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, sendo certo que “*não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada*” (“*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*”) (HÄBERLE, Peter. “Zeit und Verfassung”. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (org). **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 312-313).

Nesse cânone, fundamental asseverar que o art. 236 do Código Eleitoral possui, ainda hoje, a mesma redação estabelecida quando da publicação da Lei 4.737 que o veicula, ocorrida em **15 de julho de 1965**.

O texto fundamental vigente à época, a Constituição de 1946, em sua redação original, não previa a realização de eleições majoritárias em dois turnos. Na forma de seu art. 81, as eleições presidenciais (e vice-presidenciais, em escrutínio avulso) eram realizadas por voto direto em turno único, não importando se o candidato obtivesse ou não a maioria absoluta de votos

Foi somente com o advento da **Emenda Constitucional n. 9 de 22 de**

ADPF 1017 MC / AL

julho de 1964, editada poucos meses após o início do Regime Militar de 1964, que alguma espécie de sistema eleitoral com dois turnos para eleições majoritárias passou a ser ensaiado. Com ela, foi conferida nova redação ao art. 81 da Constituição de 1946, exigindo, a eleição de Presidente da República, maioria absoluta de votos. Na hipótese de nenhum candidato alcançar tal maioria qualificada, entrava em ação o convoluto mecanismo estabelecido nos diversos parágrafos acrescentados ao art. 81, que previam a comunicação do Congresso Nacional para que se reunisse em sessão pública a fim de se manifestar, por escrutínio secreto, acerca do candidato mais votado, que só seria considerado eleito se obtivesse a maioria absoluta dos votos dos congressistas. Caso não alcançada a maioria absoluta no Congresso Nacional, previa-se, somente então, a convocação de nova eleição a ser realizada com os dois candidatos mais votados.

No **âmbito estadual**, essa mesma fórmula veio a ser adotada com o advento da Emenda Constitucional n. 13, de 8 de abril de 1965, que, em seu art. 2º, passou a exigir também para as eleições de Governador e Vice-Governador maioria absoluta de votos, *“observando-se, em tudo quanto for aplicável, as normas e o processo estabelecidos para a eleição do Presidente e Vice-Presidente da República pela Emenda Constitucional nº 9, de 22 de julho de 1964”* (EC 13/1965, art. 2º)

Todavia, o sistema anunciado pelas Emendas 9/1964 e 13/1965 à Constituição de 1946 nasceu morto. Por meio da outorga do **Ato Institucional n. 2 de 27 de outubro de 1965**, o regime militar cancelou a realização das eleições diretas aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República que estavam previstas para outubro de 1966 e as substituiu por eleições indiretas a serem realizadas pelo Congresso Nacional (art. 9º).

Já no **âmbito estadual**, com a outorga do **Ato Institucional n. 3 em 5 de fevereiro de 1966**, igual solução veio a ser adotada quanto aos cargos de **Governador** e Vice-Governador, que passaram a ser eleitos em eleições indiretas nas respectivas Assembleias Legislativas (Ato Institucional 3/1966, art. 1º). Assim, curto espaço de tempo compreendido entre 8 de

ADPF 1017 MC / AL

abril de 1965 (Emenda n. 13), e 5 de fevereiro de 1966 (Ato Institucional n. 3), houve apenas onze estados cujos governadores estavam já em final de mandato e, assim, realizaram eleições para Governador e Vice-Governador na forma das normas introduzidas pela Emenda 13/1965 (ao tempo, a eleição nos Estados não ocorria em data nacionalmente unificada). **Destes onze estados, apenas em Alagoas nenhum candidato alcançou maioria absoluta de votos em primeiro escrutínio, e, antes que fosse realizado um segundo turno, sobreveio o Ato Institucional 3/1966, procedendo-se, então, com eleições indiretas para o cargo.**

Toda essa conturbada evolução das normas eleitorais para cargos majoritários do Poder Executivo é mais bem compreendida em face da tentativa do Regime Militar, então recém instaurado, de controlar o resultado das disputas eleitorais ainda previstas pelo ordenamento jurídico-constitucional, evitando a vitória de potenciais opositores em âmbito nacional e estadual. Como leciona Leonardo Barbosa, *“a manipulação casuística do direito eleitoral estava não apenas entranhada no tecido do regime autoritário brasileiro como constituía efetivamente a sua estratégia política predominante”* (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *“The ballot under the bayonet: election law in the first years of the Brazilian civil-military regime (1964-1967)”*. **Revista Direito GV**, 2017, v. 13, n. 1, p. 147)

Foi esse pendor pela manipulação casuística que fez com que a previsão de algo apenas ligeiramente assemelhado a um segundo turno em eleições para governador, na vigência da EC n. 13/1965, não conseguisse tradução institucional alguma. Não o permitiram: o curto espaço de tempo até o surgimento do AI-3; o contexto de polarização política típico do fim da República de 1946 (que antecipava a lógica dualista do segundo para o primeiro turno). E mesmo que fosse possível uma maior experimentação institucional do regime eleitoral majoritário da EC n. 13/1965, ainda assim, um eventual segundo turno apenas após possível eleição indireta por Assembleia Legislativa **não consistiria em antecedente fiel do consolidado e democrático sistema de dois turnos de eleições diretas adotado pela Constituição Federal de 1988.**

ADPF 1017 MC / AL

Tudo isso leva ao entendimento – embora sem nenhuma nota de conclusividade, dadas as características da cognição cautelar – de que situações de interferência do poder jurisdicional **durante o período entretornos** não poderiam ter sido contempladas quando da formulação do art. 236 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), pela singela razão de tal não integrar aquela prática eleitoral.

À consciência da diferença dos tempos, soma-se premissa de ordem metódica, e que advém de página clássica de Konrad Hesse; trata-se da premissa fundamental de que a norma não pode ser isolada da realidade, do que exsurge a distinção entre “programa normativo” e “âmbito normativo”. O primeiro consiste na formulação linguística ou textual da norma; o segundo é o elemento factual, local (**Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20 ed. Heidelberg: F. C. Müller, 1995, pp. 11-12).

Trazer o elemento da realidade para o conceito normativo, portanto, também conduz a uma leitura constitucionalmente adequada da imunidade prevista no art. 236 do Código Eleitoral de 1965.

Em sua literalidade, o art. 236, § 1º, proíbe a prisão de candidatos no período de 15 (quinze) dias que antecedem a data de realização das eleições, ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante ou decorrente de sentença condenatória irrecorrível. Todavia, é bem de ver que, na vigência da Constituição de 1988, várias outras medidas constrictivas da liberdade (*lato sensu*) foram desenvolvidas pelo legislador ordinário.

O Autor oferece o exemplo, na petição inicial, da medida cautelar inscrita no art. 319, VI, CPP. Ao que parece – pelo menos nessa sede cautelar – com razão.

Realmente, não é difícil perceber que o afastamento do próprio mandato cuja reeleição se pretende às vésperas do pleito (art. 319, VI, do CPP) constituiria uma indicação, por parte dos órgãos do sistema de justiça não eleitos, que o referido candidato não é apto ou adequado ao cargo disputado, antes mesmo da manifestação popular sobre esse tema.

Há mais. Também é possível perceber que a proibição de frequentar

ADPF 1017 MC / AL

determinados lugares, como comícios ou reuniões públicas (art. 319, II, do CPP), ou até mesmo a simples imposição de uma tornozeleira eletrônica (art. 319, IX, do CPP) podem impor desequilíbrios ao processo eleitoral e constrangimentos aos candidatos que afetam diretamente a livre concorrência (pelo que se observa, pode existir certo casuísmo na avaliação do impacto das medidas cautelares penais no âmbito do processo eleitoral. Ainda assim, é importante que se afirme a incidência da referida regra, tendo em vista que não há, ao menos até o presente momento, qualquer limitação ou avaliação do impacto em termos de causalidade).

É bem de ver, a propósito, que na eventualidade de uma persecução penal seletiva, a agremiação política nada poderá fazer para contornar situação como essa, uma vez que o § 4º do art. 77 da Constituição de 1988 não autoriza a substituição dos dois candidatos que concorrem no segundo turno da eleição; apenas aquiesce com a convocação de remanescente, por ordem de maior votação, em casos de morte, desistência ou impedimento legal (por exemplo: indeferimento de registro de candidatura).

Nesses casos, a imposição de tão grave medida cautelar no período de quinze dias antes da realização das eleições tem o potencial de impactar ou desequilibrar de foma injustificada a livre manifestação das urnas, o que não deve ser admitido à luz dos princípios e parâmetros acima descritos de neutralidade, livre concorrência e paridade de armas eleitorais. Penso que tais razões deixam patente a lacuna axiológica da legislação eleitoral de 1965 a esse respeito.

Destaque-se que a relação das medidas cautelares penais com o funcionamento do sistema político-eleitoral não constitui uma questão absolutamente nova no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na ADI 5.526 (Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11.10.2017), decidiu esta Corte que quando as medidas cautelares penais tivessem impacto direto sobre a **higidez do mandato eleitoral**, seria dever do Tribunal submeter a questão à Casa Legislativa, de modo a equiparar essa situação processual à prisão

ADPF 1017 MC / AL

prevista pelo art. 53, §2º, da CF/88.

O paralelo é útil porque o procedimento especial exigido para aplicação de medidas cautelares que atingem o exercício do mandato, traçado na referida ADI, ilustra o quanto o fortalecimento de uma prerrogativa depende de sua conformação procedimental. Bem como o quanto a atualização constitucional de uma imunidade (na ADI 5526, parlamentar) pode se reclamar necessária diante da evolução legislativa sobre o tema da prisão e das medidas cautelares diversas.

Parece ser bem essa a situação dos presentes autos, que versa imunidade que busca tutelar um bem jurídico de fundamental importância, que é a própria concretização do processo democrático implementado de maneira livre de restrições indevidas. Imunidade que, tal como aquela parlamentar, encerra garantia funcional-institucional (“razões objetivas”, na dicção de Ruy Barbosa: **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. Colligidos e ordenados por Homero Pires. II Vol. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 53).

Também Aline Osório assevera que o princípio da paridade de armas também se encontra vinculado à legitimidade do processo eleitoral, o qual exige a garantia de um pleito legítimo, dotado de lisura, higidez e credibilidade pública, com a atribuição de plena liberdade para que o eleitor possa concretizar suas opções de voto e, ainda, para que o certame ocorra livre de fraudes, manipulações e de outros **constrangimentos que alterem o resultado do processo** (OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e liberdade de expressão**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 126).

Com efeito, a existência de um sistema democrático que represente e resguarde o direito ao voto e à soberania popular na legítima escolha de seus representantes, aos quais devem ser garantidos a igualdade de condições na competição eleitoral em um ambiente livre, neutro e justo em termos de disputa. Assim José Jairo Gomes ressalta que:

“a observância do procedimento legal que regula as eleições é essencial para a legitimidade dos governantes. **Tal procedimento deve desenvolver-se de forma normal, i.e., em**

harmonia com o regime jurídico do processo eleitoral.

Ademais, deve ensejar que todos os participantes tenham ampla liberdade de expressão e gozem das mesmas oportunidades de se apresentar ao eleitorado e divulgar suas ideias e projetos. **Legítimas e normais, portanto, são as eleições em que houve a observância do arcabouço jurídico-normativo inerente ao processo eleitoral.** (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 141)

No que se refere especificamente à garantia da liberdade de eleitores e candidatos (arts. 5º e 14 da CF/88), as quais se encontram umbilicalmente vinculadas, Néviton Guedes ressalta que *“Eleições livres excluem todos os tipos de constrangimentos e pressões que possam, de fora, impor-se ilegitimamente **tanto aos eleitores como também aos candidatos**”* (GUEDES, Néviton. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 729).

Registre-se ainda, e por fim, que as restrições temporais e circunstanciais previstas pelo art. 236, §1º, do Código Eleitoral, não representa uma imunidade absoluta ou a autorização para a prática de crimes.

Nesse sentido, o referido dispositivo ainda possibilita a prisão de candidatos dentro da imunidade do art. 236 (nos limites aqui fixados) nas hipóteses de flagrante delito ou para cumprimento de sentença condenatória transitada em julgada, bem como nos casos de descumprimento a salvo-conduto expedido por autoridade judicial.

Transcrevo novamente o teor do mencionado dispositivo:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, **salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.**

§ 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de

ADPF 1017 MC / AL

partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; **da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.**

As restrições previstas pelo art. 236, §1º, do Código Eleitoral, também não impedem a prisão ou a imposição de medidas cautelares diversas em virtude da prática de crimes e/ou ilícitos eleitorais, devidamente apurados e estabelecidos pela Justiça Eleitoral, já que em tais casos é a própria higidez do pleito eleitoral que está em causa. A propósito, é importante que se diga que para além da atuação negativa ou de não interferência acima descrita, a Constituição também resguarda a esse ramo do Poder Judiciário a relevante função de controle positivo da higidez do pleito, o qual se desenrola desde a fase de garantia de probidade e moralidade no registro das candidaturas até o período de manutenção da normalidade do processo contra notícias falsas (*fake news*) ou contra abusos de poder político, econômico ou social, por exemplo.

No que se refere à adoção de medidas restritivas pela Justiça Comum, como aquela positivada no art. 319, VI, CPP, há claro dever de maior autocontenção ou de não interferência enquanto garantia da igualdade de oportunidades no período em referência. **Tal implica num claro dever reforçado de fundamentação.**

Em suma, a partir da análise dos argumentos expostos nesta ação, concluo que a interpretação conforme à Constituição das normas estabelecidas pelos arts. 282 e 319 do CPP, c/c art. 236, §1º, do Código Eleitoral, à luz dos dispositivos previstos pelo art. 1º, art. 5º e art. 14 da CF/88, resulta na proibição de adoção de medidas cautelares (inclusive as diversas da prisão) em desfavor de candidato a cargo do Poder Executivo e demais cargos majoritários, desde os 15 (quinze) dias que antecedem o primeiro turno até as 48 horas seguintes ao término de eventual segundo turno eleitoral.

II.2. Periculum in mora

ADPF 1017 MC / AL

Quanto ao segundo requisito, resta evidente o *periculum in mora*, tendo em vista a proximidade na realização do segundo turno para as eleições majoritárias e o risco que decorre da manutenção de medidas cautelares penais que possam impactar, de forma imediata e irreversível, no livre resultado das urnas, o que prejudica não apenas candidaturas específicas, mas a própria regularidade do processo eleitoral (dimensão objetiva de direitos e princípios constitucionais).

III – Dispositivo

Ante o exposto, **DEFIRO** a medida cautelar requerida para, em interpretação conforme à Constituição dos arts. 282 e 319, VI, do CPP, c/c art. 236, §1º, do Código Eleitoral, à luz do arts. 1º, 5º e 14º da CF/88:

a) assentar que a imunidade eleitoral prevista no § 1º do art. 236 do Código Eleitoral compreende proibição da adoção de medidas cautelares em desfavor de candidato a cargo do Poder Executivo, desde os 15 (quinze) dias que antecedem o primeiro turno até as 48 horas seguintes ao término de eventual segundo turno eleitoral;

b) que a referida imunidade eleitoral também se aplica aos demais postulantes a cargos eleitorais majoritários;

c) por conseguinte, determinar a revogação da medida cautelar de afastamento do mandato estabelecida pelo STJ no MISOC n. 209/DF (2022/0245591-9) em relação ao Governador do Estado de Alagoas, **até ulterior deliberação deste Tribunal.**

Publique-se. Intimem-se.

Cumpra-se com urgência. Comunique-se o Superior Tribunal de Justiça, o Governo de Estado de Alagoas e a Assembleia do Estado de Alagoas, para fins de imediato cumprimento.

Brasília, 24 de outubro de 2022.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente