

É CONSTITUCIONAL A PEC DAS DIRETAS? ANÁLISE DA CONFORMIDADE DA PEC Nº 67, DE 2016, COM O ART. 60, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO

Renato Monteiro de Rezende¹

Em meio à crise política que se vivencia há três anos no Brasil, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 67, de 2016, que modifica o § 1º do art. 81 da Constituição, para encurtar o prazo no qual a escolha do Presidente e do Vice-Presidente da República, ocorrida a vacância dos dois cargos, se dá por eleição indireta pelo Congresso Nacional.

Em conformidade com o texto constitucional vigente, verificada a dupla vacância nos dois últimos anos do mandato, os sucessores, que completarão o período presidencial, serão escolhidos pelo Parlamento. O § 1º do art. 81 determina: *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.* A citada PEC restringe as eleições indiretas ao caso de dupla vacância no último ano do mandato presidencial.

A eventual aplicação, neste período presidencial, da mudança propugnada na PEC nº 67, de 2016, tem despertado atenção e dividido a opinião pública. A tomada de posição, contra ou a favor de eleições diretas, parece, em muitos casos, contaminada por preferências político-partidárias, à luz de projeções de cenários construídas a partir de recentes sondagens feitas por institutos de pesquisa. Esse cálculo, contudo, não deveria servir de base para um juízo sobre a constitucionalidade da PEC, que deve se ater à aferição da observância, pelo constituinte derivado, das regras e condicionantes estabelecidas para a aprovação de emendas constitucionais.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário. E-mail: renatomr@senado.leg.br

De mais a mais, os números revelados por pesquisas de opinião realizadas meses antes de um pleito eleitoral estão longe de ser infalíveis na previsão do resultado das eleições. A vontade do eleitor não é estática e sofre influência de um conjunto imponderável de fatores. Feito esse registro inicial, o presente trabalho tem por escopo exclusivo analisar se há óbice constitucional à alteração pretendida na PEC, não sendo seu propósito perscrutar o mérito ou a conveniência da proposição.

Como se sabe, a liberdade de conformação normativa do constituinte derivado é bem mais ampla que aquela da qual dispõe o legislador infraconstitucional. Em verdade, os limites à ação do constituinte derivado são aqueles fixados pelo art. 60 da Constituição, que impõe restrições de ordem circunstancial, formal e material à reforma da Carta Magna. O exame seguinte se concentrará nos limites de ordem material, comumente denominados “cláusulas pétreas”, identificados nos quatro incisos do § 4º do art. 60, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A mudança normativa prevista na PEC nº 67, de 2016, é bastante clara. No caso de a proposição ser aprovada, duplas vacâncias ocorridas no terceiro ano do mandato presidencial darão ensejo à realização de novas eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República, a exemplo do que se dá nos dois primeiros anos do mandato, devendo os eleitos completar o período de seus antecessores.

Já de início, é possível concluir que a alteração promovida pela PEC em nada interfere na forma federativa de Estado, dizendo respeito puramente à escolha de titulares de cargos eletivos no âmbito da União.

O inciso seguinte do § 4º do art. 60 da Carta Magna dispõe que não serão objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico. É evidente que aqui a Constituição está a tratar do voto popular, do exercício da soberania pelo povo, e não de eleições promovidas por órgãos representantes do poder estatal, como são as casas legislativas. Isso resulta incontroverso nas expressões “voto direto” e “voto universal”. Assim, o fato de a PEC restringir a hipótese de um pleito no qual o colégio eleitoral é o Parlamento em nada ofende a mencionada cláusula pétrea; antes, prestigia o princípio que ela visa

resguardar, a soberania popular, ao alargar as hipóteses em que esta é exercida. Longe de abolir o voto direto e universal, a PEC amplia seus casos de aplicação.

Da mesma forma, não se vislumbra ofensa à separação dos Poderes na PEC. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), *as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege* (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.024, DJ de 22.06.2007). Não integra o núcleo do princípio da Separação dos Poderes a escolha do Chefe do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. Muito ao contrário disso, o constituinte de 1988 fez opção pelo sistema presidencialista de governo, decisão posteriormente confirmada pelo povo em plebiscito. A eleição do Presidente da República pelo Parlamento deve ser vista, portanto, como algo excepcional e não como integrante do núcleo essencial do princípio da Separação de Poderes no Brasil. Aliás, se fizesse parte desse núcleo, seria extensível a todas as esferas da Federação. O STF, porém, em mais de uma oportunidade (medidas cautelares nas ADIs nº 1.057, DJ de 06.04.2001, e nº 4.298, DJ de 27.11.2009), concluiu que a regra do art. 81, § 1º, não é de reprodução obrigatória pelos outros entes federados².

Resta, portanto, o exame de possível ofensa a direitos e garantias individuais. A regra de eleição indireta do Presidente da República não se consubstancia propriamente como um direito individual dos parlamentares, mas como norma de distribuição de competências entre os órgãos estatais. Restringir a hipótese de eleição indireta não pode ser considerado uma violação do direito dos parlamentares da mesma forma como, em princípio, não o poderia ser outra modificação em atribuições fixadas constitucionalmente. Seria risível dizer que constitui violação dos direitos do Presidente da República a restrição promovida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, ao rol de matérias passíveis de disciplina por medida provisória, ou restrição de direitos dos parlamentares o fim do sigilo de votações promovido pela Emenda Constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013. Não existe direito adquirido a regime jurídico.

² No mesmo sentido, cf.: SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 297.

Emenda Constitucional que limite a hipótese de eleição indireta do Presidente da República pelo Congresso Nacional não ofende um direito adquirido dos parlamentares a elegerem o Chefe do Poder Executivo, porque não existe tal direito adquirido. As condições para o exercício de direitos eleitorais se aferem a cada novo pleito, não se podendo dizer que se tem o direito adquirido a participar de uma eleição, como eleitor ou candidato, antes mesmo de iniciado o processo.

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 33.174 (julgado em 16.12.2008), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) analisou a situação de promotora do Ministério Público eleita para o cargo de prefeito em 2004, que exerceu em plenitude o mandato e pretendia disputar a reeleição. A nova candidatura foi impugnada, sob o argumento de que a Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, ao modificar o art. 128, § 5º, II, *e*, da Constituição teria vedado absolutamente o exercício de atividade político-partidária por membro do *Parquet*. O TSE entendeu que a nova candidatura não era possível, pois a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tinha vigência imediata. Como as condições de elegibilidade devem ser atendidas a cada novo pleito, nas eleições de 2008 a procuradora já não mais preenchia os requisitos para se candidatar. Embora a discussão judicial girasse em torno do registro da candidatura, os membros da Corte se manifestaram, em seus votos, a respeito do mandato então em curso. O Ministro Marcelo Ribeiro, Relator do recurso, ao rejeitar a tese de direito adquirido à candidatura, observou: *fica se falando de direito adquirido, mas não há questão nenhuma de direito adquirido. O direito adquirido que ela tem é o de cumprir o mandato para o qual foi eleita.*³

O mesmo Ministro Relator, no julgamento do Recurso Ordinário nº 999 (julgado em 19.09.2006), no qual se discutia a possibilidade de membro do Ministério Público eleito para mandato legislativo em 2002 concorrer à reeleição em 2006, já havia assinalado, quanto à vedação criada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: *os*

³ A questão sobre a existência de direito adquirido não se colocou sequer quanto a normas infraconstitucionais editadas em ano eleitoral e restritivas de direitos políticos. A aplicabilidade da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), ao pleito ocorrido no mesmo ano foi rechaçada pelo STF no julgamento do RE nº 633.703 (DJ de 18.11.2011), mas não numa leitura das regras de elegibilidade que seguisse a gramática do direito adquirido (o que faria incidir o art. 5º, XXXVI, da Constituição), e sim porque o art. 16 da Constituição veda, para assegurar o devido processo legal e as legítimas expectativas quanto à estabilidade da regras do jogo, alterações no processo eleitoral realizadas até um ano antes do pleito que importem limitação da igualdade de oportunidades na competição. No mesmo julgamento, o STF entendeu que o processo eleitoral, para fins da proteção do art. 16, se inicia um ano antes das eleições, data-limite para a fixação do domicílio eleitoral na circunscrição onde se pretenda concorrer.

mandatos obtidos evidentemente poderão ser cumpridos, pois conseguidos licitamente, mas não poderão os membros do Ministério Público nesta situação concorrer a novas eleições. Por óbvio, emenda constitucional que, por exemplo, suprimisse a hipótese de eleição indireta não poderia retroagir para anular eleição já realizada. Nesse caso, sim, ter-se-ia uma ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, que constituem cláusula pétrea (art. 5º, XXXVI, c/c o art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna)⁴.

Uma última impugnação à validade de emenda constitucional com teor da PEC nº 67, de 2016, se apoia no art. 16 da Constituição, segundo o qual *a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.* Com base nesse dispositivo, o STF, no julgamento da ADI nº 3.685 (DJ de 10.08.2006), entendeu que a Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, não poderia ter aplicação nas eleições imediatamente subsequentes à sua entrada em vigor. A Emenda conferia ampla autonomia aos partidos para constituírem coligações nos pleitos. Em sua decisão, a Corte assinalou:

[A] utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, *b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio

⁴ A discussão sobre a existência de direito adquirido pode assumir maior complexidade na hipótese de aprovação da PEC nº 67, de 2016, quando já verificada a dupla vacância, mas antes de realizada a escolha dos substitutos pelo Congresso Nacional. No entanto, se se concluir pela existência de direito adquirido, a manutenção da coerência obrigaria o defensor da ideia a sustentar, por exemplo, que existiria um direito adquirido ao voto secreto na apreciação de vetos apostos a leis anteriormente à Emenda Constitucional nº 76, de 2013, ou nos processos de perda de mandato parlamentar iniciados anteriormente àquela Emenda e concluídos após a sua entrada em vigor. No caso da perda do mandato do Deputado Natan Donadon, o parecer do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, concluindo pela procedência de representação apresentada quase três meses antes, foi aprovado com dois dias de antecedência à data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 76, de 2013; e a votação do Plenário daquela Casa que decidiu pela perda do mandato ocorreu mais de dois meses após a alteração constitucional.

conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). [...] 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

A Corte entendeu, portanto, que a aplicação da Emenda Constitucional às eleições imediatamente subsequentes, a serem realizadas menos de um ano após sua promulgação, violava o preceito do art. 16 da Constituição, que estabelece a regra da anterioridade eleitoral, bem como os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, inscritos no art. 5º, *caput* e LIV, da mesma Carta.

Expressamente, o art. 16 refere-se à lei, não a emendas constitucionais. E se trata de uma regra limitadora de competência (o legislador não pode elaborar leis que alterem o processo eleitoral realizado antes de decorrido um ano de sua entrada em vigor). Isso não obstou uma associação da norma, pelo STF, às cláusulas pétreas da segurança jurídica e do devido processo legal, para levar o Tribunal a concluir que a anterioridade valeria também em face de emendas constitucionais.

A decisão da Corte na ADI nº 3.685 reconheceu como direito fundamental uma pretensão do eleitor a não ver o processo eleitoral alterado casuisticamente com antecedência inferior a um ano em relação ao pleito. Parece-nos questionável que isso feriria o princípio da segurança jurídica no caso específico, em se sabendo que a Emenda simplesmente conferia mais liberdade aos partidos políticos para formarem coligações. Ou seja, não se tratava de uma regra restritiva de direitos, mas ampliadora de liberdades políticas.

Seria demasiado sustentar que o eleitor tenha um direito fundamental a que os partidos políticos observem a verticalização nas eleições (se o tivesse, a emenda seria de todo inconstitucional, e não apenas a sua aplicação a um dado pleito), ou que tenha sido prejudicado no seu direito de voto pelo simples fato de a alteração constitucional haver sido feita menos de um ano antes do pleito⁵. O princípio da segurança jurídica foi

⁵ A Emenda foi promulgada em 8 de março de 2006, antes mesmo do prazo definido na lei eleitoral para a realização das convenções partidárias que devem escolher os candidatos e deliberar sobre coligações, o qual, na redação vigente à época da promulgação da Emenda Constitucional, ia de 10 a 30 de junho do ano das eleições (art. 8º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

invocado de forma questionável pelo STF naquele julgamento, uma vez que ele se coloca essencialmente como uma defesa contra ações estatais que prejudicam a esfera juridicamente protegida das pessoas, não contra aquelas que ampliam liberdades⁶.

Igual raciocínio pode ser desenvolvido em relação à PEC em comento. Mesmo que venha a se aplicar a eleições realizadas menos de um ano após a alteração do texto constitucional, o objeto da norma não restringe direitos do cidadão-eleitor, mas os amplia. Tampouco restringe direitos dos partidos e potenciais candidatos. Confere ao cidadão o poder de escolher quem irá ocupar o cargo de Presidente da República em hipótese na qual, pelas normas hoje vigentes, o eleitor está alijado do processo. Com isso, presta homenagem ao princípio da soberania popular, insculpido nos arts. 1º, parágrafo único, e 14, o qual se materializa, no caso da escolha do Presidente da República, pelas regras do art. 77 da Constituição. A interpretação de tais preceitos, conjugados com o art. 81, permite concluir que o excepcional é a eleição indireta. Devem ser vistas com reservas modificações da Constituição que ampliem os casos excepcionais, não aquelas que fortaleçam a regra geral.

Não deixam de ter um viés antidemocrático objeções ao pleno exercício da soberania popular em matéria na qual o constituinte originário conferiu primazia à decisão direta do povo, como se o Congresso Nacional detivesse nesse âmbito uma prerrogativa imodificável e irrenunciável. É importante frisar que eventual alargamento da hipótese de eleição direta no caso de dupla vacância se daria pela aprovação de emenda constitucional pelo mesmo Congresso Nacional ao qual cabe, na ordem vigente, a escolha indireta do Presidente da República. Não se cogita, pois, da subtração de uma prerrogativa do Congresso Nacional por outro órgão ou agente estatal, mas de decisão do próprio Poder Legislativo, devolvendo ao povo uma escolha que, como regra, a ele compete, mas que, por algumas razões de conveniência, o constituinte originário excepcionalmente atribuiu ao Congresso Nacional.

E que razões de conveniência seriam essas? Certamente, ao prever as eleições indiretas, o constituinte teve em conta fatores como os custos financeiros de um

⁶ Para uma crítica à decisão do STF nessa ADI, inclusive quanto aos seus efeitos, considerados inversos àquilo que declaradamente a Corte pretendeu proteger (o direito das minorias em face da alteração casuística das normas eleitorais pela maioria), cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3685. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 37, ano 8, maio/jun. 2006; Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49166>. Acessado em 23 de maio de 2017.

novo pleito, o tempo restante do mandato e o próprio tempo necessário à realização das eleições. Em princípio, nenhuma dessas razões se funda em exigências inafastáveis que tornariam necessária e incontornável a solução por eleições indiretas. Poder-se-ia defendê-la como inarredável apenas em situação na qual o tempo restante do mandato e o menor lapso possível para o processo eleitoral tornassem inviável o mandato tampão. Com efeito, fere a lógica e o bom senso, por exemplo, promover um processo eleitoral que dure três meses restando apenas quatro meses para o fim do mandato presidencial. O mesmo não parece ser verdade quando restam quinze meses para o encerramento do período presidencial.

Quanto ao argumento fundado nos custos, menor razão ainda há no seu uso, se se pretende advogar que as eleições indiretas seriam uma solução necessária ou a única possível. A ser desse modo, mesmo a dupla vacância ocorrida no primeiro ano do mandato deveria justificar as eleições indiretas, já que os custos financeiros seriam os mesmos. Para se ter uma ideia dos valores envolvidos, a despesa empenhada pela Justiça Eleitoral na realização das eleições gerais de 2014 foi de 711 milhões de reais⁷. Já levantamento realizado pelo Portal UOL em 2015 indicou que os gastos com publicidade do governo federal (administração direta e empresas estatais) apenas em televisão ultrapassaram 1,5 bilhão de reais em 2014.⁸

Como se vê, a regra do § 1º do art. 81 da Carta Magna traduz uma opção na qual, pesando os prós e os contras, o constituinte originário julgou mais conveniente – mas não necessário – excepcionar a regra da escolha direta do Presidente da República pelo povo. Esse juízo de conveniência pode-se alterar ao longo do tempo, inclusive tendo em vista o maior aparelhamento da Justiça Eleitoral e o uso de recursos tecnológicos que tornam mais célere o processo de votação e apuração, quanto mais em pleito que demanda uma única escolha por parte do eleitor. Não parece que razões de conveniência possam isoladamente servir para interditar juridicamente a ação do constituinte derivado. É preciso mais. No plano material, é necessário que se identifique violação de cláusula pétrea.

Uma avaliação de eventual ofensa ao art. 16 da Constituição requer, outrossim, a análise do real alcance da garantia nele estabelecida, que não prescinde da

⁷ Cf. <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-relatorio-de-gestao-do-exercicio-de-2014>. Acessado em 23 de maio de 2017.

⁸ Cf. <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/06/29/tv-globo-recebeu-r-62-bilhoes-de-publicidade-federal-com-pt-no-planalto/>. Acessado em 23 de maio de 2017.

definição do que seja “processo eleitoral”, bem como da teleologia da norma. No julgamento da ADI nº 3.345 (DJ de 20.08.2010), o STF assentou:

O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.

O preceito do art. 16 insere-se no Capítulo da Constituição destinado aos direitos políticos e ao regramento geral das eleições, entendidas estas como o processo de escolha, pelo povo, dos titulares de mandatos eletivos. Assim, quando o citado artigo alude a “processo eleitoral”, é desse conjunto de atos que trata, e não de qualquer escolha de agentes estatais. Em sentido lato, há eleições nas escolhas dos presidentes das casas legislativas e dos tribunais. Isso não significa, contudo, que o art. 16 se dirija também a elas. Bem por isso, o STF, no julgamento da já citada medida cautelar na ADI nº 4.298, não reconheceu caráter eleitoral, para os fins do art. 16, às eleições indiretas promovidas por Assembleia Legislativa para a escolha de Governador de Estado. Na ocasião, observou o Ministro Relator, Cezar Peluso:

Conquanto não deixem de revelar certa conotação eleitoral, porque dispõem sobre o procedimento de aquisição eletiva do poder político, não há como reconhecer ou atribuir características de direito eleitoral *stricto sensu* às normas que regem a eleição indireta no caso de dupla vacância no último biênio do mandato.

É que, em última instância, têm por objeto matéria político-administrativa que postula típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados. [...]

E, predefinido seu caráter não-eleitoral, não há excogitar ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral estabelecido pelo art. 16 da Constituição da República.

Ora, se as eleições indiretas de que trata o art. 81, § 1º, da Constituição, não podem ser consideradas processo eleitoral para fins do art. 16, não há sentido em afirmar que se terá violação deste último dispositivo na alteração promovida naquelo outro, para simplesmente restringir a sua hipótese de incidência, sem que seja modificado o processo de eleição direta do Presidente da República, entendido como a sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si e dirigidos à escolha de quem irá exercer o referido cargo. Ora, o processo de eleição direta do Presidente da República, no caso de aprovação da PEC nº 67, de 2016, continuará a ser o mesmo, sujeito às mesmas regras que já definem cada fase, a apresentação de candidaturas, as condições de elegibilidade e de participação do eleitor, a propaganda eleitoral, entre outros aspectos⁹. Não se tem, portanto, alteração do processo eleitoral, mas ampliação das hipóteses em que são cabíveis as eleições para Presidente da República, que seguirão as regras já vigentes para o correspondente processo eleitoral. Em sentido semelhante, o STF já decidiu, por exemplo, que a lei criadora de município, mesmo quando editada menos de um ano antes da data prevista para eleições municipais, não altera o processo eleitoral para fins do que dispõe o art. 16 da Constituição, embora dê ensejo a um pleito que não teria lugar sem a criação do novo município (ADI nº 733, DJ de 16.06.1995; ADI nº 718, DJ de 18.12.1998).

Outro ponto que demanda atenção na exegese do art. 16 da Carta Magna é a sua teleologia. Na já citada ADI nº 3.345, o STF concluiu:

A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à **finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais.**

⁹ Evidentemente, há necessidade de adaptação de prazos, uma vez que as eleições devem ser realizadas noventa dias após abertura da última vaga, nos termos do *caput* do art. 81, mas essa é uma regra já prevista, que não constitui inovação no processo eleitoral.

Como visto, a eventual aprovação da PEC nº 67, de 2016, não modificará o modo como se processam as eleições diretas para Presidente da República. Portanto, não há que se falar em deformação casuística desse processo, apta a prejudicar a igualdade de participação e a competitividade de partidos políticos e candidatos.

Ademais, convém registrar que, na visão do STF, nem toda mudança promovida no processo eleitoral, exatamente em razão desse componente finalístico que caracteriza o art. 16, pode ser acoimada de ilegítima. Foi o que decidiu a Corte ao apreciar, na ADI nº 3.741 (DJ de 23.02.2007), a constitucionalidade de lei editada em ano eleitoral, que promovia diversas inovações no pleito, abrangendo desde proibições a determinados financiamentos de candidatura até restrições a certas espécies de propaganda eleitoral. Na ocasião, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, rememorou o entendimento da Corte na ADI nº 3.345, resumindo em quatro as hipóteses de violação do princípio da anterioridade eleitoral: 1) o comprometimento de igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico. Em seu voto, salientou:

Logo de plano, é possível constatar que em nenhum momento inovou-se no tocante a normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção mais estrita, visto que não se alterou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal, como ficou assentado no substancioso parecer da Procuradoria-Geral da República.

Com efeito, apenas as regras relativas à propaganda, ao financiamento e à prestação de contas das campanhas eleitorais, todas com caráter eminentemente procedimental, foram objeto de aperfeiçoamento, com vistas a conferir mais autenticidade à relação entre os partidos políticos e candidatos, de um lado, e eleitores, de outro, bem como a dar maior transparência ao modo com que os primeiros obtêm e empregam os seus recursos.

Não se registrou, portanto, qualquer alteração do processo eleitoral, propriamente dito, mas tão-somente o aprimoramento de alguns de seus procedimentos, os quais constituem regras de natureza instrumental, que permitem, em seu conjunto, que ele alcance os seus objetivos. [...]

Longe de representarem fator de desequilíbrio ou qualquer forma de casuísmo que possam afetar negativamente o embate político, tais alterações são consentâneas com a necessidade de reajustamento periódico dos procedimentos eleitorais, visando a diminuir a vulnerabilidade do processo eleitoral como um todo, mas sobretudo garantir ao cidadão o pleno exercício do direito de votar, livre de interferências abusivas ou manipuladoras.

Como se pode notar, não é qualquer regra modificadora de qualquer procedimento nas eleições que se submete à anterioridade prevista no art. 16 da Lei Maior, mas somente aquela com densidade suficiente para provocar perturbação, desequilíbrio ou vulneração da igualdade de participação de partidos e candidatos. E esse exame pressupõe o confronto entre a disciplina do processo eleitoral tal como se apresentava antes e aquela resultante das mudanças operadas. Ora, as normas que regem a escolha, pela população, do Presidente da República, desde as convenções partidárias até a expedição dos diplomas, continuarão as mesmas no caso de aprovação da PEC em exame. O que se terá é a aplicação de processo eleitoral onde antes, segundo a jurisprudência do STF, não havia, já que as eleições indiretas pelo Congresso Nacional não constituem processo eleitoral para fins do art. 16.

Poder-se-ia questionar se a segurança jurídica, princípio informador do art. 16, não estaria sendo violada no caso de aplicação das mudanças promovidas pela PEC no mesmo ano de sua aprovação. Contudo, é importante frisar que o citado dispositivo mira alterações em um processo eleitoral que já esteja programado. Visa a preservar expectativas legítimas quanto a ele, negociações e preparativos feitos em face dele. No caso das eleições indiretas resultantes de dupla vacância, é artificial falar em expectativa a ser preservada, porque o próprio evento que desencadeia as eleições é aleatório, incerto. Trata-se de algo bastante diferente de alterar aspectos de uma eleição já prevista (há quatro anos) ou mesmo antecipá-la.

É da própria natureza das eleições realizadas em razão da dupla vacância que não se possa falar, em relação a elas, de respeito a legítimas expectativas anteriormente construídas da mesma forma como se fala disso quanto às eleições regulares, de ocorrência certa e com data prefixada. As eleições decorrentes de dupla vacância dependem de evento que não se deixa precisar no *se*, e muito menos no *quando*. Por isso, se no caso das eleições regulares se pode cogitar de preparativos, negociações e expectativas criadas pelos partidos, possíveis candidatos e eleitores,

muito antes da data fixada para o pleito, nas eleições resultantes de dupla vacância isso não é possível, mesmo porque ninguém destituído de dons premonitórios pode assegurar com um ano de antecedência que Presidente e Vice-Presidente da República irão falecer, renunciar, ser afastados em processo de *impeachment* ou ter o diploma cassado em razão de irregularidades eleitorais.

Mesmo que se concluísse pela natureza eleitoral do pleito indireto, para fins do art. 16 da Constituição, seria difícil sustentar que a mudança operada pela PEC nº 67, de 2017, importaria prejuízo aos atores do processo eleitoral. As condições de participação de quaisquer candidatos e partidos em nada são restringidas pela PEC. Muito ao contrário disso, escolha que seria feita por um número reduzido de pessoas, segundo acordos e negociações parlamentares, em um prazo de trinta dias, daria lugar a processo do qual tomariam parte todos os eleitores brasileiros, aberto ao lançamento de candidaturas por todos os partidos políticos, e com um prazo de noventa dias entre a dupla vacância e a realização do pleito. E, não custa repetir, o desencadeamento desse processo estaria condicionado à dupla vacância, cuja ocorrência é incerta.

Mesmo a questão em torno do casuísmo da mudança constitucional, nos termos da jurisprudência mencionada, se coloca quanto à alteração do processo eleitoral, e não ao alargamento das hipóteses em que tal processo deve ocorrer. De qualquer modo, ainda que o casuísmo fosse invocado como argumento autônomo ao art. 16, a própria noção de casuísmo pressupõe que seja aplicada solução *ad hoc*, tendo em mira circunstâncias de um caso concreto, específico, determinado e conhecido. Não é certo que a disciplina prevista na PEC nº 67, de 2016, terá aplicação no atual período presidencial, pela simples razão de a dupla vacância não constituir um fato já consumado. Ainda contra o argumento do casuísmo, pesa a circunstância de que a PEC estabelece regramento para o futuro, com incidência sobre todos os casos de dupla vacância, e não apenas para a situação do presente mandato.

Demais disso, embora sob determinadas circunstâncias o casuísmo, por si só, possa conduzir à invalidade da norma, seja por discriminar negativamente determinadas pessoas, seja por estabelecer privilégios contrários ao princípio da isonomia, na quase centena de emendas constitucionais já aprovadas não são raras aquelas nas quais se poderia identificar casuísmos, sem que isso tenha levado à declaração de sua inconstitucionalidade. Alguns exemplos são bastante conhecidos.

Ninguém desconhece que a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, instituidora da reeleição para cargos executivos no Brasil, teve destinatário certo, conquanto formulada em termos abstratos e que vieram a produzir efeitos nas eleições seguintes.

Da mesma forma, embora a aplicação imediata, prevista na Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, do novo limite etário de 75 anos para a aposentadoria compulsória dos ministros do STF e dos Tribunais Superiores possa ser vista como casuística, por se dirigir exclusivamente a um grupo determinado e conhecido de agentes, nem por isso a referida Emenda foi considerada inconstitucional nesse ponto. Não é demais lembrar que, em decorrência dessa norma, subtraiu-se a possibilidade de indicação, pela então Chefe do Poder Executivo e por seu sucessor, de cinco novos ministros do STF, em virtude do atingimento da idade limite de 70 anos, no curso do atual período presidencial.

Como último exemplo de casuismo, este verdadeiramente paradigmático, a Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016, facultou ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à sua promulgação, sem prejuízo do mandato. A própria ementa do ato normativo qualifica essa hipótese de desfiliação sem perda do mandato como *excepcional e por período determinado*, deixando patente o caráter *ad hoc* da Emenda Constitucional.

Sob o aspecto dos destinatários da norma, a ideia de casuismo nas disposições da PEC nº 67, de 2016, parece um tanto esdrúxula, seja porque ela amplia direitos do eleitorado como um todo, seja porque tal ampliação se dá em reforço à regra geral do presidencialismo de que o Chefe do Poder Executivo deve ser escolhido em eleições diretas pelo conjunto dos cidadãos. Aqui haveria mais sentido em falar de casuismo sob a perspectiva da aplicação da regra a um caso concreto. Ainda assim, contra tal conclusão pesa o fato de não ser certo, no momento, que haverá dupla vacância no atual período presidencial. E mesmo que o fosse, a situação não se distinguiria dos exemplos anteriormente dados de emendas constitucionais casuísticas. Ou, melhor analisando, se distinguiria sim, mas no sentido de que as emendas constitucionais citadas resultaram em benefício de um grupo restrito de agentes¹⁰, ou em

¹⁰ Relativamente à Emenda Constitucional nº 16, de 1997, o Presidente da República, os Governadores e Prefeitos em exercício. Já quanto à Emenda Constitucional nº 88, de 2015, os ministros do STF e de Tribunais Superiores que completariam 70 anos de idade antes do fim do atual período presidencial.

prejuízo de outros, também identificados.¹¹ No caso da PEC nº 67, de 2017, o argumento de que haveria prejuízo para os atuais parlamentares, que deixariam de escolher o Presidente da República, se enfraquece, na medida em que a decisão por atribuir ao povo a escolha seria do próprio Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado. É claro que se poderia cogitar de prejuízo para os parlamentares que não votarem pela aprovação da PEC, mas a situação não se diferencia da experimentada pelo Chefe do Poder Executivo em virtude da aprovação da Emenda Constitucional nº 88, de 2015.

Por fim, ainda no âmbito da compreensão do art. 16 da Carta Magna, cabe registrar que o STF teve oportunidade de examinar a questão dos casuísmos eleitorais no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703 (DJ de 18.11.2011), no qual se discutiu a aplicação da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), às primeiras eleições havidas após a sua entrada em vigor. Essa Lei introduziu, com propósitos moralizadores, diversas novas hipóteses de inelegibilidade. Asseriu, naquele julgamento, o Ministro Relator, Gilmar Mendes:

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral (parâmetros 2.2 e 3).

Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do casuísmo da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF –

No caso da Emenda Constitucional nº 91, de 2016, os detentores de mandato eletivo que se desligaram de seus partidos.

¹¹ Relativamente à Emenda Constitucional nº 88, de 2015, a Presidente Dilma Rousseff e o Presidente Michel Temer, impedidos de indicar ministros do STF e de Tribunais Superiores que completaram 70 anos de idade no atual período presidencial e continuaram no exercício dos cargos. Quanto à Emenda Constitucional nº 91, de 2016, os partidos dos quais se desfiliam os detentores de mandato eletivo, bem como os suplentes que, caso a desfiliação ocorresse sem a garantia conferida pela Emenda, assumiriam o mandato.

demonstra que a identificação do casuísmo acaba por levar à distinção subjetiva entre casuísmos bons ou não condenáveis (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e casuísmos ruins ou condenáveis, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).

Se o princípio da anterioridade eleitoral é identificado pela mais recente jurisprudência do STF como uma garantia fundamental do devido processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas [que], no curso do pleito eleitoral, acabam por [levar] a apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político¹².

Não é, portanto, o casuísmo em si que atrai a incidência do art. 16 da Constituição, para obstar a produção de efeitos de legislação eleitoral aprovada a menos de um ano do pleito. Mesmo que se considere casuística a aplicação das regras da PEC nº 67, de 2016, a uma eventual dupla vacância ocorrida no presente período presidencial, e mesmo que se ignore o fato de que a escolha do Presidente da República em eleições indiretas pelo Congresso Nacional não se enquadra no conceito de processo eleitoral, dever-se-ia identificar que restrições de direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos resultariam da mudança constitucional operada. A Lei da Ficha Limpa trazia uma clara restrição à elegibilidade dos cidadãos. Já a previsão de eleições diretas para Presidente da República no caso de dupla vacância ocorrida até o fim do terceiro ano de mandato não limita direitos do cidadão-eleitor (antes, os amplia)¹³, de quem pretenda se candidatar ao cargo (que poderá fazê-lo de acordo com as normas já vigentes) ou dos partidos políticos

¹² Os acréscimos entre parênteses, necessários a dotar de sentido o texto truncado do voto, foram feitos com base na reprodução do trecho do voto feita na seguinte obra do Ministro Gilmar Mendes, em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³ Numa interpretação bastante avessa à inovação de que trata a PEC, poder-se-ia sustentar que haveria imposição de deveres ao cidadão-eleitor a menos de um ano do pleito (caso de fato se verificasse a dupla vacância no atual mandato), já que o direito de voto é também um dever. Noutras palavras, dever-se-ia respeitar a pretensão legítima do cidadão de não participar, como eleitor, de pleito cuja realização seria consequência de uma mudança normativa ocorrida há menos de um ano. Embora o argumento pareça um tanto exagerado, bastaria, para afastar discussões sobre a aplicabilidade da Emenda Constitucional, a inserção, na PEC nº 67, de 2016, de dispositivo prevendo o voto facultativo nas eleições que, com fulcro na nova redação do art. 81, § 1º, da Constituição, porventura viessem a ocorrer dentro de um ano.

(que também poderão lançar candidatos de acordo com a normas existentes antes da alteração constitucional).

Por todo o exposto, concluímos que, independentemente das legítimas discussões sobre o mérito e a conveniência da alteração constitucional pretendida pela PEC nº 67, de 2016, os termos em que é vazada não violam qualquer das cláusulas pétreas enumeradas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barbosa de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

Senado Federal
Anexo II, Bloco A, Ala Filinto Müller, Gabinete 13-D
CEP: 70165-900 – Brasília – DF
Telefone: +55 61 3303-5879
E-mail: conlegestudos@senado.leg.br

Os boletins Legislativos estão disponíveis em:
www.senado.leg.br/estudos

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

REZENDE, R. M. de. É Constitucional a PEC das Diretas? Análise da conformidade da PEC nº 67, de 2016, com o art. 60, § 4º, da Constituição. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2017 (**Boletim Legislativo nº 64, de 2017**). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 25 de maio de 2017.