



EXMO SR. MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL LUÍS ROBERTO BARROSO, RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.525

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.525

A CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CLÍNICA UERJ DIREITOS, com endereço a R. São Francisco Xavier, 524, 7º andar, sala 7001b, Maracanã, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20550-013, vem, por seu representante abaixo assinado, com fundamento no art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/1999, requerer a sua admissão, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, na Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 5.525 ajuizada pelo PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA – PGR , apresentando, desde já, as suas razões expostas abaixo:

I - Introdução

1. Na ADI 5.525, a Procuradoria-Geral da República questionou a constitucionalidade de diversas alterações promovidas no art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, por meio do art. 4º da Lei n. 13.165/2015. Em sua nova redação, os preceitos modificados têm o seguinte teor:



“Art. 224 (...)

§ 3º. *A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda de 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 às 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;”*

2. Entre os pontos impugnados pela PGR, figura a previsão de *eleições diretas* para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, em casos de indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato decretadas pela Justiça Eleitoral, ocorridas entre o início do terceiro ano de mandato e os seus seis meses finais.

3. De acordo com a PGR, a eleição nessas hipóteses teria de ser *indireta*, em razão do disposto no art. 81, § 1º, da Constituição, segundo o qual “*ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os casos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei*”. Com base em sua interpretação do referido preceito constitucional, aduziu a petição inicial:

“Se ocorre o indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato, dar-se-á vacância no cargo de presidente da República, pois o vice-presidente, substituto e sucessor do titular, também será alcançado pela decisão. Aplica-se o art. 81 da Constituição da República.

Essa não é matéria ao alcance de mudança por legislação ordinária, sob pena de ofensa à supremacia constitucional. (...) É cabível aqui empregar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar do âmbito



material de validade da norma os cargos de presidente e vice-presidente da República”.

4. A Clínica UERJ Direitos pretende ser admitida como *amicus curiae* na presente ação, para colaborar na discussão jurisdicional a respeito dessa relevantíssima questão, sustentando a *constitucionalidade* da previsão legislativa de eleições diretas para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República na hipótese em debate. Em outras palavras, a Postulante intenta se opor, nesse ponto específico, à pretensão veiculada na ADI 5.525, sem adentrar nos outros temas suscitados pela PGR na referida ação.

5. Se admitida como *amicus curiae*, a Postulante pretende sustentar, em síntese, os seguintes argumentos:

a) A realização de eleições diretas compõe a espinha dorsal da Constituição de 88. Trata-se de elemento nuclear e fundante da identidade constitucional do país, o que se comprova seja por razões históricas – a Constituinte de 87/88 se alimentou, acima de tudo, da energia cívica canalizada pelo movimento das *Diretas Já* –, seja pela análise do sistema constitucional vigente, em que o voto direto foi situado no elenco das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, II, CF). Devem ser interpretadas restritivamente as exceções aos princípios fundamentais da Lei Maior, especialmente os que se revistam de tamanha centralidade no edifício constitucional. Por isso, se afigura constitucionalmente legítima a exegese restritiva do art. 81, § 1º, da Constituição, adotada pelo legislador, que excluiu das hipóteses de dupla vacância justificadoras de convocação de eleições indiretas para presidência da República aquelas decorrentes de causas eleitorais, em que se reputa inválido o próprio resultado das eleições ou do mandato por elas conferido.

b) O Congresso Nacional recebe seus poderes do povo, do qual emana todo o poder político (art. 1º, Parágrafo único, CF). Por isso, não há óbice para que a instituição “restitua” ao povo, do qual é mandatária, o exercício de parcela desse poder, no que concerne à tomada das decisões políticas fundamentais da Nação. Daí que, mesmo se adotada a interpretação mais tradicional do art. 81, § 1º, da Constituição, preconizada na



ADI 5.525, deve-se entender que, do mesmo modo que o Congresso pode atribuir ao povo a faculdade de deliberar, por plebiscito ou referendo, sobre matérias de alçada legislativa, ele também pode “devolver” ao povo o poder de eleger diretamente o seu Presidente da República, em caso de pleito eleitoral que seja, a princípio, indireto. Essa é uma interpretação possível e legítima da Constituição e do ato normativo impugnado, que “leva a sério” o inquebrantável compromisso constituinte com a democracia e com a soberania popular.

c) A interpretação constitucional não é mero exercício de especulação intelectual, mas atividade prática, voltada ao equacionamento justo e democrático dos problemas da Nação. A atividade não pode ser indiferente às consequências das orientações que impõe, especialmente quando ligadas à própria legitimidade social do regime político-constitucional. No atual cenário, confirmada a possibilidade de cassação pelo TSE da chapa que elegeu Dilma Rousseff e Michel Temer, qualquer tentativa de solução da grave crise político-institucional do país por meio de eleições indiretas – realizadas por um Congresso Nacional, *d. v.*, fortemente desacreditado perante a opinião pública –, poderia debilitar ainda mais a legitimidade do nosso regime político aos olhos do povo. Se essa solução for imposta pelo STF como uma exigência da Constituição – a despeito até da vontade contrária do legislador –, a crença social na legitimidade da Carta de 88 é que poderia entrar em grave crise.

d) O princípio democrático recomenda autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos. A autocontenção deve ser ainda maior em hipótese como a presente, em que a decisão legislativa impugnada, sem tangenciar quaisquer direitos, amplia o espaço de deliberação popular em tema central da vida nacional.

6. A seguir, a Postulante abordará brevemente a relevância do tema em questão, e a sua representatividade para discuti-lo nesta ADI 5.525, de modo a demonstrar a satisfação dos requisitos para a sua admissão como *amicus curiae*, previstos no art. 7º,



§2º, da Lei n. 9868/99. Depois disso, cada um dos quatro argumentos sumariados acima será melhor explorado.

II - A Admissão da Clínica UERJ Direitos como *Amicus Curiae* nesta ADI: relevância da questão e representatividade da postulante

7. A atuação dos *amici curiae* na jurisdição constitucional se liga à promoção de dois objetivos de máxima importância. Por um lado, essa atuação fortalece a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tornando-a mais plural e permeável aos influxos argumentativos provenientes da sociedade civil. Por outro, ela permite que os magistrados tomem contato com novas razões e pontos de vista, que podem enriquecer o debate constitucional, abrindo à Corte a possibilidade de proferir uma decisão não apenas mais legítima, como também melhor e mais informada sobre o tema em discussão.

8. Ao disciplinar a participação do *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade, o legislador estabeleceu dois requisitos cumulativos para a sua admissão: “a relevância da matéria” e a “representatividade dos postulantes” (art. 7º da Lei n. 9.868/99). Esses dois requisitos estão devidamente caracterizados na presente hipótese.

9. Com efeito, a relevância da matéria é evidente. Afinal, trata-se de discussão acerca da realização de eleição direta ou indireta para a Presidência da República. Seria difícil cogitar de tema mais importante para o país do ponto de vista jurídico, político e social.

10. E o contexto atual torna ainda mais indiscutível essa relevância. Ninguém ignora que tramitam no Tribunal Superior Eleitoral ações ajuizadas pelo PSDB, cuja procedência pode resultar na eventual cassação da chapa vencedora do pleito presidencial



de 2014, formada por Dilma Rousseff e Michel Temer. Por outro lado, considerando que já se aproxima o final do mês de outubro, é absolutamente implausível que o julgamento dos referidos feitos eleitorais se encerre ainda no ano de 2016. Como ressaltou o Presidente do TSE, Ministro Gilmar Mendes, em recente entrevista, o mais provável é que esse julgamento ocorra apenas no ano de 2017.¹

11. Portanto, a posição adotada pelo STF sobre o tema em pauta pode gerar importantíssimas consequências para o país já nos próximos meses. Dependendo do resultado do julgamento do TSE, a orientação do STF vai estabelecer se o(a) próximo(a) Presidente da República será escolhido diretamente pelo povo, ou pelo Congresso Nacional, por eleições indiretas.

12. Apesar de tudo isso, até o momento nenhuma outra entidade se habilitou como *amicus curiae* na ADI 5.525. Ademais, tanto a Advocacia-Geral da União como o Ministério Público Federal, atuando como *custos legis*, manifestaram-se favoravelmente ao acolhimento dos pedidos formulados na ADI 5.525, inclusive no que toca à realização de eleições indiretas para a Presidência da República na hipótese em discussão. Assim, praticamente não houve qualquer debate sobre esse tema tão central para o nosso regime constitucional, o que aumenta sobremodo a importância de admissão da Postulante como *amicus curiae*.

13. No que tange à representatividade da Postulante, a Clínica UERJ Direitos é um núcleo universitário vinculado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, fundado em dezembro de 2013, e composto por professores da referida faculdade, alunos e ex-alunos de sua pós-graduação (Mestrado e Doutorado) e graduação. O principal foco da entidade é a atuação em litígios estratégicos envolvendo direitos fundamentais e democracia.

¹ Cf. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/julgamento-da-chapa-de-dilma-temer-difícilmente-sai-em-2016-diz-mendes.html>, acessado em 21/10/2016.



14. Nessa linha, a Clínica UERJ Direitos tem atuado em diversos casos perante este Supremo Tribunal Federal, contribuindo com a sua *expertise* e com o engajamento cívico dos seus integrantes para o debate constitucional travado na Corte. Dentre outros casos, a Clínica patrocina a ADPF n. 347, ajuizada pelo PSOL, em que se reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro; representa a Educafro na ADC n. 41, em que se discute a validade de cotas raciais nos concursos públicos federais; e o Grupo Tortura Nunca Mais na ADI 5.032 e na ADPF 289, que tratam de limitações à competência da Justiça Militar brasileira derivadas da proteção doméstica e internacional dos direitos humanos.

15. A Postulante já foi admitida, em nome próprio, como *amicus curiae* pelo STF no julgamento da ADI 4.650, em que a Corte vedou o financiamento empresarial de campanhas eleitorais. Naquele histórico julgamento, as contribuições ofertadas pela Clínica UERJ Direitos e por seus integrantes foram amplamente consideradas e citadas nos votos de diversos ministros da Corte.

16. Por todas essas razões, estão presentes os pressupostos para a admissão da Postulante como *amicus curiae* na ADI n. 5.525.

III - MÉRITO

III.A. Eleições diretas e hermenêutica constitucional: a interpretação restritiva das restrições a princípio tão fundamental

17. O Direito – afirma Eros Roberto Grau – “*não se interpreta em tiras*”.² Menos ainda o Direito Constitucional. O princípio da unidade da Constituição impõe que se considere, na exegese de cada preceito da Lei Maior, todo o sistema constitucional em

² Eros Roberto Grau. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.



que ele se insere, especialmente os princípios constitucionais mais diretamente pertinentes.³ Além de incidirem diretamente sobre a realidade social, os princípios constitucionais também ostentam uma *eficácia interpretativa*: eles configuram diretrizes que devem orientar a interpretação e aplicação de normas mais específicas, de natureza constitucional ou infraconstitucional.⁴

18. No presente tema, o princípio que sobressai é o que prescreve as *eleições diretas* para os cargos representativos. E não há como superestimar a relevância desse princípio para a identidade constitucional brasileira.

19. Essa importância já é evidenciada pela nossa história constitucional. Pode-se dizer que a instauração da Assembleia Constituinte esteve direta e profundamente ligada à imensa mobilização cívica que, poucos anos antes, levava multidões a tomar as ruas e praças do país, para clamar pela imediata realização de eleições diretas para a Presidência da República, bradando *Diretas Já!*⁵ A histórica campanha não foi em vão, apesar da frustração do seu objetivo imediato, com a derrota da Emenda Dante de Oliveira. A energia cívica do povo atuante e da sociedade civil engajada foram os maiores combustíveis da Assembleia Constituinte, onde as vozes plurais da cidadania ecoaram com intensidade. O ponto foi destacado no memorável discurso proferido por Ulisses Guimarães por ocasião da promulgação da Carta de 88:

“Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de

³ Nas palavras de Konrad Hesse, “a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada” (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 65).

⁴ Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 209, p. 319.

⁵ Cf. Adriano Pillati. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19; Luís Roberto Barroso. “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988”. In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7; Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2ª ed., 2014, p. 156.



estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade do texto que ora passa a vigorar. Como caramujo guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio.

(...)

Foi a sociedade mobilizada nos colossais comícios das Diretas Já que pela transição e pela mudança derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala.

A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.

20. Naturalmente, o compromisso visceral do constituinte com as eleições diretas foi vertido para o texto constitucional. Este não se contentou em consagrar o princípio do voto direto (art. 14, *caput*, CF). Mais que isso, pela primeira vez em nossa história, a Constituição elevou o voto direto à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso II), o que ressalta a extraordinária importância do instituto em nosso sistema constitucional.

21. Essa importância ímpar do voto direto na identidade constitucional brasileira justifica que se adote na matéria, com ênfase especial, o cânone tradicional da hermenêutica jurídica que prescreve a interpretação restritiva das exceções.⁶ Assim, uma regra como a contida no art. 81, § 1º, da Constituição, que institui exceção ao referido princípio, deve ser objeto de interpretação necessariamente restritiva.

22. O STF tem se valido desse parâmetro de interpretação restritiva das exceções a princípios constitucionais em diversos julgados. Utilizou-o, por exemplo, quando afirmou que, diante da relevância da garantia constitucional do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF), dever-se-ia interpretar restritivamente a regra que veda a impetração do *writ* em relação às punições disciplinares militares (art. 142, § 2º, CF). Em que pese a clareza

⁶ Sobre a aplicação do cânone da interpretação restritiva das exceções no domínio constitucional, veja-se Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Op. cit.*, p. 440-441.



do texto que proíbe, nessa hipótese, a impetração do remédio constitucional, o STF tem entendido que é possível o emprego do *habeas corpus* contra punições disciplinares militares, em casos de vícios de legalidade que não se relacionem ao mérito da sanção castrense.⁷

23. No mesmo diapasão, considerando o princípio da segurança jurídica que inspira o instituto da prescrição, o STF assentou que se deve atribuir interpretação restritiva à regra estabelecida no art. 37, § 5º, da Constituição, que consagra hipótese de imprescritibilidade de lesões ao Erário.⁸ Entendeu a Corte, em outras palavras, que diante do princípio geral da prescritibilidade das pretensões, as suas exceções têm de ser interpretadas de modo estrito.

24. No próprio tema das exceções à eleição direta, a referida orientação vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal. Sabe-se, com efeito, que a jurisprudência da Corte tem aplicado, de forma ampla e rigorosa, o princípio da simetria, para impor aos Estados e Municípios a escrupulosa observância de princípios e regras de organização previstos no texto constitucional para a União Federal.⁹ Porém, o STF tem firme entendimento, corretamente destacado na petição inicial desta ADI, assentando a inaplicabilidade do princípio da simetria à exceção ao voto direto para chefia do Executivo, consagrada no art. 81, § 1º, da Carta. Nesse tema, segundo a sólida jurisprudência desta Corte, Estados e Municípios gozam de liberdade para estabelecer eleições diretas para governador ou prefeito nos anos finais dos respectivos mandatos.¹⁰

⁷ Cf., e.g., STF. HC nº 70.648/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/03/1993.

⁸ STF. RE 669.069, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 03/02/2016.

⁹ Sobre a interpretação do princípio da simetria pelo STF, veja-se Leonardo Marins. “Limites ao princípio da simetria”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 689-710; e Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 330-336.

¹⁰ Cf., e.g., Supremo Tribunal Federal, ADI 4.298-MC, Rel. Min. César Peluzo, julg. 7/10/2009; ADI 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6/4/2001.



Certamente o justificado desconforto do STF diante do voto indireto ajuda a explicar essa exceção à sua jurisprudência tão rigorosa sobre o princípio da simetria.

25. Nesse contexto, é razoável a interpretação restritiva do art. 81, § 1º, da Constituição, adotada pelo legislador federal, ao excluir do seu campo de incidência a hipótese em que a dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República for decorrente de *causa eleitoral*, vale dizer, de “*decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda de mandato*” (art. 224, §3º, do Código Eleitoral).

26. Recorde-se, a propósito, que o legislador também é intérprete da Constituição, cuja exegese não é monopólio do Poder Judiciário. As escolhas interpretativas do Poder Legislativo devem ser respeitadas pela jurisdição constitucional, a não ser quando se revelarem flagrantemente incompatíveis com a Lei Maior, o que não se dá no presente caso.

27. Com efeito, são bastante razoáveis as razões subjacentes à interpretação restritiva do art. 81, §1º, da Constituição, adotada pelo legislador. Por um lado, ele se deixou atrair pela *força gravitacional* da cláusula pétrea do voto direto, adotando *interpretação restritiva da exceção a esse princípio constitucional*, o que se afigura absolutamente correto e justificado, como antes ressaltado.

28. De acordo com a disciplina legislativa adotada, quando a segunda vacância ocorrer na metade final do mandato presidencial, e derivar de causas não eleitorais – *e.g.*, morte, renúncia, *impeachment*, condenação criminal – aplica-se o art. 81, § 1º, da Lei Fundamental, com a convocação de eleições indiretas. Nesse caso, a primeira eleição foi presumivelmente válida, mas ocorreram fatos supervenientes a ela, impeditivos da conclusão do mandato pelo Presidente e por seu substituto. Já quando o pleito tiver sido contaminado por vícios reconhecidos pela Justiça Eleitoral, o art. 81, §1º, não incide. Nesse último caso, diante da invalidade do resultado da eleição originária ou dos mandatos por ela conferidos, entendeu o legislador que se deveria, na medida do possível,



restituir ao próprio povo a prerrogativa de eleger validamente o seu Presidente da República, ao invés de se conferir esse poder tão importante ao Congresso Nacional. Em outras palavras, na ótica do legislador, a incidência do art. 81, § 1º, da Carta, pressupõe a validade do pleito eleitoral original e dos mandatos que dele resultarem.

29. Aliás, embora sem invocar a Constituição, a jurisprudência do TSE, no passado, já se baseou no mesmo critério – distinção entre causas eleitorais e não eleitorais geradoras de dupla vacância da chefia do Executivo, ocorridas na segunda metade do respectivo mandato – para estabelecer as hipóteses em que as eleições municipais deveriam ser diretas ou indiretas.¹¹

30. Ademais, apesar de adotar interpretação restritiva do art. 81, § 1º da Constituição, o legislador federal não fechou os olhos para os objetivos que tal preceito visa a salvaguardar. Sabe-se, com efeito, que o referido dispositivo constitucional é motivado por razões de ordem pragmática: ele objetiva evitar os dispêndios de recursos e de tempo envolvidos na realização de uma eleição direta, que podem não se justificar, quando for curto o tempo do mandato “tampão” a ser cumprido pelos candidatos eleitos. Ora, essa preocupação também se evidencia na ponderação realizada pelo legislador federal, que consagrou o pleito indireto quando a dupla vacância, de origem eleitoral, ocorrer nos últimos seis meses do mandato (art. 224, §4º, inciso I, Código Eleitoral). Portanto, a lei não foi insensível às razões pragmáticas que aconselham a não realização do pleito direto para mandato tampão muito curto.

31. Assim, o ato normativo impugnado é constitucional. Ele explicita uma legítima interpretação restritiva de regra constitucional formulada pelo legislador, que se afigura razoável e guarda plena sintonia com os princípios e valores mais encarecidos pela ordem constitucional de 88, em que o voto direto e a soberania popular têm papel de absoluto destaque.

¹¹Cf., *e.g.*, Tribunal Superior Eleitoral, AgReg no MS n. 3.427, Rel. Min. Gomes de Barros, julg. 9/3/2006; MS e AgReg no MS 3.644, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 18/12/2007; MS e AgReg no MS 3.649, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 18/12/2007.

III.B. A constitucionalidade de “devolução” congressual ao povo do poder de eleger o Presidente da República

32. Ainda que se considere inviável a interpretação restritiva do art. 81, §1º, da Constituição, acima sustentada, é possível reconhecer a validade da decisão legislativa de conceder ao próprio povo a prerrogativa de eleger o Presidente da República, na hipótese ora discutida.

33. Com efeito, mesmo que se entenda que cabe primariamente ao Congresso Nacional a realização de eleições presidenciais indiretas em tal situação, nada obstará que a instituição parlamentar, por livre decisão, “devolvesse” essa sua prerrogativa ao titular da soberania – o povo.

34. Cumpre não esquecer, nesse particular, a natureza da relação político-jurídica que se estabelece entre o Parlamento e o povo em uma democracia: trata-se de uma relação de representação, em que o povo é o mandante, e o Legislativo o seu mandatário. Portanto, é a vontade do povo o que o Congresso deve tentar captar e traduzir em decisões politicamente vinculantes.¹² Afinal, a democracia corresponde a “*um regime político em que o poder repousa na vontade do povo*”,¹³ pois é do povo que emana todo poder, nos termos do art. 1º, Parágrafo único, da Lei Maior. Nesse contexto, em Constituição profundamente comprometida com a democracia como a brasileira, não é razoável sustentar que o próprio Congresso não pode atribuir ao povo, por ato legislativo, a faculdade de deliberar sobre a escolha do Presidente da República em determinado contexto.

¹² Cf. Hanna Fenichel Pitkin. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 232-236.

¹³ José Afonso da Silva. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.



35. A interpretação sistemática da Constituição confirma o argumento. Com efeito, a Lei Fundamental arrola uma série de temas que são da competência do Congresso Nacional (arts. 48 e 49, CF), o que não exclui a possibilidade de o próprio Congresso transferir a deliberação sobre essas mesmas matérias para o povo, por meio de plebiscito ou referendo (art. 49, XV, CF). Assim, na ordem jurídica brasileira, a regra geral, que prestigia o princípio democrático, é a liberdade do legislador para conferir ao povo o poder de deliberar no seu lugar sobre temas que, por determinação constitucional, eram originariamente da alçada parlamentar.

36. Ora, se esse deslocamento de poder decisório é possível em relação a matérias de natureza intrinsecamente legislativa – como a aprovação de leis –, por mais razões ainda ele deve ser aceito no caso de competência que é tipicamente popular, como a eleição do Presidente da República.

37. Nem se diga que as possibilidades de atribuição ao povo do exercício de prerrogativas conferidas pela Constituição aos poderes do Estado se esgotam nos instrumentos de democracia participativa previstos no próprio texto constitucional, como plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis. Pelo contrário, o modelo democrático adotado pela Carta de 88 se revela aberto para outras possibilidades de exercício do poder popular. Um riquíssimo exemplo de prática dessa natureza é o instituto do orçamento participativo, adotado por diversos municípios brasileiros sem base expressa na Constituição, por meio do qual se concede à própria população local a possibilidade de realizar diretamente determinadas escolhas relativas à alocação dos gastos públicos.¹⁴

38. Portanto, ainda que se entenda que o art. 81, §1º, da Constituição confere ao Congresso Nacional o poder de eleger indiretamente o Presidente da República mesmo quando a dupla vacância da chapa presidencial, ocorrida na segunda metade do mandato, for decorrente de causa eleitoral, nada obsta que esse mesmo poder seja “delegado” pelo

¹⁴ Cf. Félix R. Sánchez. *Orçamento Participativo – teoria e prática*. São Paulo: Editora Cortez, 2002; Tarso Genro e Ubiratan de Souza. *Orçamento Participativo: A experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.



próprio Congresso ao povo. Sendo assim, também por essa razão não pode ser acolhido o pedido da PGR, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto das regras eleitorais que preveem a eleição presidencial direta nessa hipótese.

III.C. Interpretação e consequências: legitimidade das instituições e sentimento constitucional

39. O intérprete da Constituição não deve ser indiferente às consequências práticas das orientações que endossa, especialmente quando elas resultarem na imposição de soluções políticas ilegítimas no mundo real, ou tiverem o condão de comprometer o sentimento constitucional que começa a florescer na sociedade.

40. Ora, ninguém desconhece que no pano de fundo da presente ADI existe uma situação real, potencialmente explosiva: o risco concreto de dupla vacância na Presidência da República, ainda no atual mandato; e a possibilidade de que o problema venha a ser “equacionado” por meio da realização de eleições presidenciais indiretas pelo Congresso Nacional. Interpretar a Constituição é também considerar a realidade subjacente sobre a qual incidem as suas normas.¹⁵ O juiz constitucional não pode se portar como “avestruz hermenêutico”, e pretender que está apenas a resolver problemas abstratos, ignorando os incêndios ao seu redor.

41. Pois bem, já é lugar-comum a afirmação da gravíssima crise de representatividade do Congresso Nacional, que vem se agravando a cada dia.¹⁶ Pesquisa

¹⁵ Cf., e.g., Friedrich Müller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p. 60, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1074-1075.

¹⁶ Cf. José Álvaro Moisés. “O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão”. In: José Álvaro Moisés (Org.). *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.



divulgada pelo Instituto Datafolha no final do ano de 2015, por exemplo, indicava que só 8% da população brasileira aprovava na ocasião o desempenho da instituição.¹⁷

42. Por outro lado, as eleições presidenciais são eventos valorizadíssimos em nossa cultura social – e a sociedade tem ótimas razões para fazê-lo, haja vista a relevância ímpar da função exercida pelo Presidente da República. Tais eleições costumam ser os momentos de maior engajamento político dos nossos cidadãos comuns, em que estes mais participam dos debates sobre as alternativas de poder existentes. Ter voz ativa nesses momentos, exercitando o direito de voto, é percebido na cultura política brasileira como elemento central e decisivo da nossa vida democrática.

43. Nesse contexto, seria praticamente impossível sustentar a legitimidade democrática de uma eleição presidencial indireta conduzida pelo Congresso Nacional. Em cenário de aguda crise política, como o que certamente resultaria de dupla vacância na Presidência da República, a eleição de um Chefe de Executivo com tamanho déficit de representatividade seria um gravíssimo problema para a nossa jovem democracia.

44. Mas não é só. A adesão espiritual do povo à sua Constituição se afigura essencial para o sucesso da empreitada constitucional. A força normativa da Constituição depende, em boa parte, dessa adesão, que se traduz na “vontade de Constituição” presente na sociedade.¹⁸ Em outras palavras, para a vitalidade da experiência constitucional, é importante a difusão de um *sentimento constitucional*¹⁹ na população, que ocorre quando o cidadão comum se identifica com os valores e princípios da sua Constituição, tomando-os como algo que também é seu, e pelo qual vale a pena lutar.²⁰

¹⁷ Cf. <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712977-congresso-nacional-recebe-pior-avaliacao-desde-anoes-do-orcamento.shtm>, acessado em 23/10/2016.

¹⁸ Cf. Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

¹⁹ Cf. Pablo Lucas Verdú. *El Sentimiento Constitucional*. Madrid: Réus, 1985; Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 200 ss.

²⁰ Cf. Jack Balkin. *Constitutional Redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; Juliana Cesário Alvim Gomes. *Por um Constitucionalismo Difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Editora Juspodium, 2016.



45. Desde o advento da Constituição de 88, a sociedade brasileira começou a desenvolver, pouco a pouco, esse sentimento constitucional, que é um bem precioso, que deve ser preservado e cultivado.

46. Contudo, se as eleições diretas para a Presidência da República, previstas em lei, vierem a ser afastadas em nome da Constituição, abrindo espaço para a eleição presidencial indireta pelo Congresso, os riscos de abalo a esse nascente sentimento constitucional seriam enormes. Em que pese o seu caráter profundamente democrático, a Constituição, paradoxalmente, tenderia a ser vista como um obstáculo para a expectativa popular mais do que legítima de eleger diretamente o seu Presidente da República.

47. Assim, diante da existência de interpretações razoáveis da Constituição e da lei que permitem a manutenção da hipótese de eleição presidencial direta impugnada pela PGR, seria absolutamente insensata e injustificada a adoção de exegese contrária. A imposição, em nome da Constituição, de possível eleição presidencial indireta, especialmente no quadro de grave crise de representatividade do Congresso Nacional, representa um risco inadmissível à legitimidade democrática das nossas instituições republicanas e ao prestígio social da própria Lei Fundamental.

III.D. Autocontenção Judicial e Democracia

48. O exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos deve se pautar, via de regra, pela autocontenção, por conta especialmente da deferência devida pelo Judiciário às decisões tomadas por representantes eleitos pelo povo. Essa é uma orientação geral, que deve ser aplicada de modo ainda mais reforçado no tema abordado nesta peça.



49. Isto porque, em primeiro lugar, a atuação do Congresso Nacional deu-se no caso na direção do fortalecimento do poder popular, por meio da adoção de uma exegese ampliadora das hipóteses de eleições presidenciais diretas. Portanto, o elemento democrático – central na calibragem da intensidade do escrutínio judicial²¹ – incide duplamente na hipótese, pois diz respeito não apenas à fonte da qual provém o ato normativo, como também ao seu conteúdo.

50. Ademais, a hipótese não envolve direta ou indiretamente qualquer lesão a direitos fundamentais ou a interesses de grupos vulneráveis ou minoritários, o que também poderia justificar uma intervenção jurisdicional mais enérgica. Pelo contrário, a realização de eleições presidenciais diretas tende a favorecer os grupos desprivilegiados, por diminuir a influência dos conchavos e das elites partidárias na escolha do supremo mandatário da Nação.

51. Aliás, não se vislumbra qualquer argumento moral, de princípio, contra a possibilidade de realização de eleições diretas na situação em discussão. Ao inverso, as razões invocadas contra tal possibilidade se ligam sempre aos custos e ao tempo dispendidos nessas eleições, supostamente excessivos em razão da menor extensão do mandato “tampão” em disputa. Ora, a natureza dessas razões as situa na esfera decisória típica da política ordinária, praticada cotidianamente pelas instituições representativas, de modo a repelir qualquer intervenção mais incisiva da jurisdição constitucional nessa seara.

52. Por tais razões, este Supremo Tribunal Federal deve ser extremamente deferente à decisão do legislador no tema discutido nesta peça.

²¹ Veja-se, a propósito, John Hart Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; Luís Roberto Barroso. “A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p. 3-34; Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. “Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de atuação”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Op. cit., p. 73-114.



IV - DO PEDIDO

53. Diante do exposto, requer a ora Postulante:

- a) A sua admissão nesta ADI 5.525, na qualidade de *amicus curiae*, para participar especificamente dos debates atinentes à constitucionalidade da hipótese de eleição direta para Presidência da República, prevista no art. 224, § 3º e 4º do Código Eleitoral, na redação dada pelo art. 4º da Lei 13.165/2015, e impugnada pela PGR;
- b) No mérito, seja julgado improcedente o pedido formulado na petição inicial, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 224, § 3º e §4º, do Código Eleitoral, para que não sejam afastados do âmbito de incidência do referido ato normativo as eleições para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.

Nesses termos,

P. deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 25 de outubro de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Sarmiento', is written over a light blue circular stamp.

DANIEL SARMENTO
OAB/RJ 73.032



Lista de Documentos

Anexo 1: Ato do Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro aprovando a criação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

Anexo 2: Ata do Conselho Deliberativo da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ aprovando seu ingresso como *amicus curiae* no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.525 em curso perante o Supremo Tribunal Federal.

Anexo 3: Procuração da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ em que esta nomeia e constitui como seus procuradores os advogados Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Carina Lellis Nicoll Simões Leite, Clara Iglesias, Eduardo Lasmar Prado Lopes e Wallace de Almeida Côrbo.

Anexo 4: Comprovante de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).