

***EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei 9.868/99, vem propor **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com pedido de medida cautelar, em impugnação ao art. 3º, I, da Emenda Constitucional 58, de 23 de setembro de 2009, que faz retroagirem os efeitos da alteração ao processo eleitoral de 2008.

O ATO IMPUGNADO E SEUS REFLEXOS

2. A Emenda nº 58 modifica o inciso IV do art. 29 e o art. 29-A da Constituição da República.

3. No julgamento do RE 197.917, o Supremo Tribunal Federal fixara a compreensão de que “[o] artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja **proporcional** à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas 'a', 'b' e 'c'...”¹.

4. Pelo novo texto, o número de vereadores indicado no inciso IV do art. 29 representa apenas um limite máximo, desvinculado, em termos proporcionais, da população do município.

5. Por sua vez, o art. 3º, I, da EC nº 58, aqui impugnado, trata da eficácia das novas regras e as faz retroagirem ao pleito de 2008. A redação é a seguinte:

“Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008; e

...”

6. Sem qualquer justificativa, a alteração constitucional promove imensa interferência em eleições já encerradas, pondo todos os municípios do país a refazer os cálculos dos quocientes eleitoral e

¹ Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 7/5/2004, p. 8. Ao fundo, a EC 58 é também uma reação às Resoluções nº 21.702/04 e 21.803/04 do Tribunal Superior Eleitoral.

partidário (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral²), com nova distribuição de cadeiras, a depender dos números obtidos, que podem, inclusive, trazer à concorrência partidos que não obtiveram lugares anteriormente (art. 109 do Código Eleitoral³).

7. A norma, da maneira que vem posta, provoca grau de instabilidade institucional absolutamente conflitante com os compromissos democráticos assumidos na Constituição da República. Revira procedimento público de decisão, tomada pelo povo em sufrágio, com a inserção intempestiva de novos padrões num modelo rígido de regras fixadas pelo constituinte originário.

8. O resultado inevitável de intervenção casuística dessa estatura é a crise de legitimidade da decisão tomada, que jamais poderá, num ambiente tal, ser dada como definitiva.

9. É esse o viés que o art. 16 da Constituição – aqui adotado como parâmetro de controle – pretende afastar do sistema, ao determinar que “[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**”.

² “Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

Art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.”

³ “Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;

II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

§ 1º - O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos.

§ 2º - Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.”

O ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO E SUA FUNÇÃO

10. Não há surpresa em se trazer a debate da Suprema Corte o teor de norma constitucional derivada, produto de alteração do texto original, para contraste com outras normas também constitucionais. E em matéria ligada a processo eleitoral é especialmente marcante a atuação do controle concentrado de constitucionalidade de normas constitucionais.

11. Temos precedentes da Corte Suprema a apontar que existem limitações materiais ao poder de reforma, num bom exemplo de aplicação da teoria das normas constitucionais ditas “inconstitucionais”⁴. É a existência de um núcleo duro na Constituição – que, alterado, faria dismantelar a própria decisão política fundamental – a justificar a ideia de identificar e conseqüentemente proteger de maneira peculiar as chamadas cláusulas pétreas, em preservação ao espírito e aos princípios constitucionais.

12. Com a consciência de que aos intérpretes coube o papel de desvendar essas cláusulas materiais, vê-se que o art. 16 da Constituição da República, conjugado ao art. 5º, LIV, foi colocado pela jurisprudência da Suprema Corte num regime absolutamente singular de tratamento

⁴ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*; tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. Toda a dogmática é bem apanhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em palestra proferida no I Congresso Brasileiro de Direito do Estado, publicada na *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003, p. 135-151.

constitucional, suportado pelo art. 60, § 4º, por preservar, como verdadeira garantia, o pleno exercício da cidadania popular⁵.

13. As argumentações nesse sentido estão consolidadas no julgamento da ADI 3.685⁶, e valem-se de articulações ligadas à retidão dos procedimentos públicos de decisão, como destacado, aliás, no parecer apresentado pelo então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

14. O Estado democrático tem estreita relação com os modelos procedimentais adotados. Afinal, é pela previsão e pela estabilidade das regras que coordenam os processos de decisões que se garantem a legitimação do resultado e a confiança do cidadão no Estado.

15. Seguindo o tom dos escritos de Niklas Luhmann sobre “Legitimação pelo Procedimento”⁷, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 354, quando ainda se desenhavam os contornos de um hoje bem marcado processo eleitoral, assim como de sua sujeição ao marco do art. 16, então dizia que, “[n]a democracia representativa, por definição, nenhum dos processos estatais é tão importante e tão relevante quanto o processo eleitoral, pela razão óbvia de que é ele a complexa disciplina normativa, nos Estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas...”. E daí conclui que, “...a exigência da disciplina normativa das regras do jogo democrático é que, evidentemente, está à base do artigo 16 da Constituição de 88...”.

⁵ Como foi identificado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI 3.685.

⁶ Em que foi examinada a imediata aplicação da EC 52/06, que trouxe nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CRF/88.

⁷ *Legitimação pelo procedimento*. tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

16. O pleno exercício dos direitos políticos, aqui pelo ângulo dos legitimados a votar e na compreensão dos partidos políticos, está atrelado à perspectiva de um *devido processo legal eleitoral*, organizado por regras constitucionais, como ressaltara o Ministro Gilmar Mendes em voto proferido na ADI 3.685.

17. Existe, na previsão de respeito às regras previamente delineadas para esse processo, a incidência do (sub)princípio da proteção da confiança nas leis, indispensável à estabilidade do sistema normativo, como destacado no voto do Ministro Cezar Peluso no mesmo julgamento.

18. Pela instituição do que se pode intitular de *devido processo legal eleitoral*, o art. 16 e o art. 5º, LIV, coordenam uma garantia política. Qualquer alteração constitucional deve ter atenção a esse regime.

A REGRA DE RETROAÇÃO DA EC 58 E A PATENTE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO ELEITORAL

19. A determinação de retornarmos ao pleito das eleições municipais de 2008 para fazer valer, desde então, as novas previsões constitucionais do art. 29, na redação dada pela EC 58, é ação do poder constituinte derivado que transborda o papel reservado ao Poder Legislativo.

20. Diz o Ministro Celso de Mello reiteradamente em suas manifestações: *o Poder Legislativo pode muito, mas não pode tudo*. Sua Excelência repetiu essa observação no julgamento da ADI 3.685, para indicar violação ao devido processo eleitoral naquele caso, notadamente pela regra que determinava a aplicação das mudanças constitucionais já às eleições daquele ano.

21. Aqui, as circunstâncias são ainda mais severas.
22. Não existe dúvida quanto ao âmbito material das normas alteradas. Revolvem o processo eleitoral, eis que, pela mudança do número de cadeiras nas Câmaras Municipais, interferem nos quocientes eleitoral e partidário. À revelia dos resultados homologados pela Justiça Eleitoral, não só o rol dos eleitos e dos suplentes, mas também a participação e o peso dos partidos será absolutamente modificado pelas regras que, em vista da norma de regência temporal, deverão retroagir e incidir sobre fatos do passado.
23. A partir da diplomação de candidatos que, pelas regras vigentes ao tempo da eleição, não foram realmente eleitos, existe severo risco de degradação do próprio art. 1º, parágrafo único, como do art. 14, da Constituição.
24. Toda a organização de um dos poderes políticos, ao menos no âmbito municipal, é atingida pela subversão do processo eleitoral que já havia sido definido, adotado e se exaurido no tempo. Seus efeitos não deveriam ser modificados de maneira nenhuma, ainda mais de modo abrupto como aqui verificado.
25. Uma série infindável de relações jurídico-políticas foi constituída nas eleições de 2008, sem possibilidade de revisão, ao menos nos padrões constitucionais que nos servem hoje.
26. A Constituição da República, ao contrário, e é assim que a jurisprudência da Corte tem recentemente entendido, é avessa a alterações abruptas de regimes jurídicos ou de estatutos de exercentes de mandatos eletivos. Na compreensão de alguns dos membros da Corte, normas que alteram determinados regimes jurídicos, pela expectativa legítima dos que

neles depositam sua confiança, devem, necessariamente, conter cláusulas de transição. A construção foi feita no julgamento do RE 597.994⁸.

27. Sem reformar a jurisprudência que enaltece a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao acompanhar o voto vencedor do Ministro Eros Grau, apresenta a “*ideia de que seria necessário, especialmente para aqueles que eram exercentes de mandato, que houvesse uma cláusula de transição*”. Ao tratar da aplicação da EC nº 45/2004, que veda a atividade político-partidária de membros do Ministério Público, foi garantido o direito de concorrer a reeleição a agentes que já exerciam mandato eletivo ao tempo de sua promulgação, tudo em consideração a padrões de segurança jurídica.

28. No presente caso, existem inúmeras relações jurídicas que são alcançadas pelas novas regras, mas não há justificativa plausível que fundamente o efeito imediato a fatos pretéritos.

29. A transição para um novo regime jurídico eleitoral de tamanha dimensão – a interferir não só no resultado das eleições, mas também no direito dos eleitos e na participação dos partidos políticos – deve ocorrer sem sobressaltos, o que implica dizer que suas regras não podem retroagir.

30. E aqui, ao contrário das preocupações que emergiram no RE 597.994 com a potencial quebra da jurisprudência da Corte, por se tangenciar no tema do direito adquirido a regime jurídico, vale a lembrança de que não é propriamente a alteração do estatuto legal que interessa, mas a

⁸ Não é preciso concordar com o resultado prático que, naquele caso, se apontou. A concepção de regras de transição para regimes jurídicos estáveis, especialmente para relações que, dentro de padrões singulares, devem receber alguma consideração normativa peculiar, é uma construção dogmática de princípios constitucionais que merece respeito em si mesma. Dá razão a considerações de segurança jurídica e de proporcionalidade em sentido estrito nobremente encampadas por nossa Constituição. Veja-se que, por exemplo, o voto do Ministro Cezar Peluso, vencido, adere, em algumas passagens, à ideia geral, recusando-a apenas para o caso concreto ali tratado.

sua retroação a fatos jurídicos consolidados no passado. O que se tem então, além da violação apontada acima, é a patente ofensa a atos jurídicos perfeitos, regidos todos por normas previamente conhecidas, que agora são substituídas, após terem sido integradas à regência dos fatos jurídicos em curso.

31. São essas as razões que levam o Procurador-Geral da República a apontar a patente violação, pelo inciso I do art. 3º da EC nº 58, dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, XXXVI e LIV; 14; 16; e 60, § 4º, II e IV, da Constituição da República⁹, ao tempo em que traz o tema ao exame do Supremo Tribunal Federal.

PEDIDO DE LIMINAR

32. A aplicação imediata das novas regras está em curso, o que torna ainda mais necessária a formulação de **pedido de concessão de medida liminar**, para efeito de se obter, até o desfecho desta ação, a suspensão da eficácia do inteiro teor do inciso I do art. 3º da EC nº 58, de 23 de setembro de 2009.

33. A par da plausibilidade jurídica dos pedidos, evidenciada pela argumentação exposta, está presente o risco na demora de se aguardar o provimento definitivo na adoção das novas diretrizes constitucionais, com reflexos graves sobre o exercício do Poder Legislativo municipal.

34. Existe anúncio, confirmado pelos meios de comunicação¹⁰, de que as regras da EC nº 58 têm ganhado imediata

⁹ Absolutamente todos, em conjunto, comandam valores que devem ser considerados mesmo em alterações constitucionais.

¹⁰ www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ acesso em: 28/9/09; www.g1.globo.com/noticias/politica, acesso em: 28/9/2009. Tomaram posse na Câmara de Bela Vista de Goiás (GO), na sexta-feira, dia 25, os dois primeiros suplentes beneficiados pela emenda constitucional.

execução em isolados municípios, por aplicação do ato aqui impugnado. Logo o impulso ganhará localidades mais extensas e populosas, com sério agravamento do estado de inconstitucionalidade. Situações tais geram risco, ao menos na formulação da Teoria Constitucional e do Estado, de *crise constituinte*, assim conceituada por Paulo Bonavides em numerosos estudos, num dos quais tem o cuidado de apontar o perigo desse fenômeno em temas que tocam a soberania popular e a democracia na conjuntura brasileira¹¹.

35. Tal *crise constituinte* se caracteriza pela impossibilidade de determinados sistemas políticos manterem íntegra a Constituição. Essa incapacidade, evidenciada, faz com que as instituições venham a submergir, tornando vulneráveis os fundamentos constitucionais.

36. Em suma, o risco de imediata aplicação das regras a eleições encerradas, a atingir legislaturas em curso, é bastante para que se acione o juízo cautelar da Suprema Corte.

37. Pede-se a concessão de medida liminar, **com efeito *ex tunc***, a suspender a eficácia do inciso I do art. 3º da EC nº 58/09 até definitiva deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

PEDIDO FINAL

38. O requerente pleiteia que, colhidas do requerido as informações necessárias, seja ouvido o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República, e, em seguida, seja aberta vista dos autos ao Procurador-Geral da República.

¹¹ *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da CF*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; Grau, Eros Roberto (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional - em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.71-88.

39. Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido, a fim de se declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da EC nº 58, de 23 de setembro de 2009.

Brasília, 29 de setembro de 2009

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AMC