

ALCKMIN ADVOGADOS S/C

SRTN - ED. BRASÍLIA RÁDIO CENTER - SALA 1.020
TEL/FAX (61) 328-2900 - CEP 79.719-900
BRASÍLIA - DF

JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
JOSÉ AUGUSTO RANGEL DE ALCKMIN

ASSOCIADOS

ANTONIO CÉSAR BUENO MARRA
ANTONIO AUGUSTO ALCKMIN NOGUEIRA
RODRIGO OTÁVIO BARBOSA DE ALENCASTRO
OTÁVIO PAPAIZ GATTI
VIVIAN CRISTINA COLLENGHI CAMÉLO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

CÓPIA



O PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT,
pessoa jurídica de direito privado, partido político com registro definitivo no
Tribunal Superior Eleitoral e representação em ambas as Casas do Congresso
Nacional, por seu advogado (doc. 01), vem, com fundamento no artigo 102, §1º, da
Constituição da República e na Lei nº 9.882/99, propor ação de

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL
(COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR)

contra o colendo TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, pelas razões de fato e de direito a
seguir deduzidas.

ADPF 167-6

I – DA CONTROVÉRSIA RELEVANTE

A relevante controvérsia que busca a presente ação dirimir refere-se à orientação, expressa em diversas decisões do conspícuo Tribunal Superior Eleitoral, em que aquela Corte afirma-se competente para, em instância originária, processar e julgar recursos contra a expedição de diploma derivados de eleições estaduais e federais, vale dizer diplomas de governador, vice-governador, senador, deputados federais e estaduais e respectivos suplentes.

A viva controvérsia sobre o tema verifica-se em decisão recente daquele Tribunal, relativa a Questão de Ordem suscitada no Recurso Contra Expedição de Diploma nº 694 (acórdão anexo), em que, por escassa maioria de votos (quatro a três), reafirmou-se o entendimento de que seria o TSE competente para apreciar esse tipo de processo.

O intenso debate havido naquele julgamento, resultando inclusive em sucessivos pedidos de vista, demonstra à saciedade a existência da mais absoluta controvérsia sobre a matéria, sendo de se registrar que nada menos que dois dos mais ilustres Ministros desse Supremo Tribunal Federal, MARCO AURÉLIO e CEZAR PELUSO, ficaram vencidos.

Cabe anotar, ainda, que o referido processo acabou sendo extinto, sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, não permitindo que o tema viesse a ser examinado por esse Pretório Excelso em sede de recurso extraordinário.

Desde então, aquela Corte Eleitoral vem se permitindo processar e julgar os recursos contra expedição de diploma envolvendo todos os mandatos já mencionados.

É de se salientar que, somente em relação às eleições de 2006, foram protocolados diretamente no Tribunal Superior Eleitoral, ou remetidos pelos TRE's (onde são normalmente protocolados, para em seguida serem remetidos ao TSE), **127 (cento e vinte e sete) Recursos Contra Expedição de Diploma de deputados estaduais, federais, senadores e governadores.**

Merecem destaque aqueles envolvendo governadores de Estado (RCED 671/MA, RCED 736 e 737/PB, RCED 739/RO, RCED 778/RR, RCED 703/SC, RCED 661/SE e RCED 698/TO). São nada menos que **sete governadores de Estado respondendo originariamente no Tribunal Superior Eleitoral a Recursos Contra Expedição de Diploma.**

Ou seja, quer pelo aspecto jurídico, quer pelo aspecto político, trata-se de controvérsia da mais alta relevância.

II – DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Sustenta-se, na presente ação, violação à regra de competência em relação ao recurso contra expedição de diploma, advindo daí igual ofensa aos princípios do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, assim expressos pela Carta da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Com efeito, ao se fixar a competência do Tribunal Superior Eleitoral para a apreciação de recurso contra expedição de diploma, com todo o respeito, contrariam-se os incisos III e IV do § 4º do art. 121 da Constituição, que estabelecem:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

§ 4º. Das **decisões** dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

(...)

III - **versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;**

IV - **anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;**

Como resulta claro da leitura dos mencionados dispositivos, a interposição de recurso para o Tribunal Superior Eleitoral pressupõe **decisão** de Tribunal Regional, ou que verse sobre a expedição de diploma em eleições federais ou estaduais, ou que verse sobre anulação ou decretação de perda de mandatos eletivos federais ou estaduais.

A diplomação, em si mesma, não encerra qualquer decisão por parte da Corte Eleitoral. Trata-se de mero ato administrativo que resulta da proclamação dos resultados verificados nos trabalhos de apuração e totalização dos votos. Com razão, assinala ADRIANO SOARES DA COSTA:

"(...) o diploma é expedido após o procedimento administrativo de apuração das eleições (em que não há requerentes, mas envolvidos ou participantes na qualidade de candidatos ou delegados de partidos políticos) e de proclamação dos resultados, como ato certificador do resultado eleitoral. O juiz eleitoral, na qualidade de administrador do processo eleitoral, apenas confirma o resultado sufragado nas urnas, como consequência da vontade dos eleitores"¹

Dáí resulta que a insurgência que se manifestar contra a diplomação, a despeito da designação de recurso, na realidade não é um apelo, mas, sim, verdadeira ação desconstitutiva do diploma.

Sobre o assunto, vaticinou com propriedade o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, quando de sua festejada passagem pelo TSE:

"Daí eu não ter dúvida alguma de que a expedição do diploma pode dar margem ao ajuizamento de uma verdadeira ação para se jurisdicionalizar matéria que é ação constitutiva negativa, visando fulminar o diploma. Essa ação, que não é recurso – a nomenclatura, a meu ver, é imprópria –, deve ser julgada no próprio órgão que expediu o diploma."²

Nesse sentido, também o respeitado Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE já teve oportunidade de anotar: "*o recurso de diplomação é a ação impugnatória de diploma em primeiro grau pelos tribunais*"³.

¹ *Op. cit.* p. 467.

² Voto proferido por ocasião do julgamento do RCED 694/AP, anexo.

³ JTSE 3/95/155-56.

Em igual sentir, a doutrina de ADRIANO SOARES DA COSTA:

“Destarte, se o ato contra o qual é exercitado o remédio jurídico não for uma decisão judicial, restará claro não se tratar ele de recurso, mas de uma verdadeira ação autônoma. Cabe-nos, então, metodicamente aferir se a diplomação é ou não uma verdadeira decisão judicial. (...)”

A atividade de julgar pressupõe que o juiz declare sua vontade através da cognição condicionada pelo pedido da parte requerente (art. 128 do CPC), aplicando o direito objetivo ao caso concreto deduzido. Na diplomação o juiz nada julga: *comunica conhecimento* quando proclama os resultados; e *certifica* tal resultado, para os candidatos eleitos e suplentes, através do diploma. A comunicação de conhecimento é afirmação de que algo ocorreu, reportando-se a fatos. Tem função de historiar sucessos ocorridos com relevo jurídico. Essa comunicação de conhecimento feita pela proclamação de resultados é certificada pela expedição do diploma”.⁴

Ora, evidente que, se o chamado “*recurso contra expedição de diploma*” é, na verdade, ação desconstitutiva ou constitutiva negativa, não há **decisão** da qual se possa recorrer. Como, então, entender, em face do art. 121, § 4º, III e IV, que cabe ao Tribunal Superior Eleitoral o exame originário da questão?

O preclaro Ministro ILMAR GALVÃO, então Presidente do TSE, no julgamento do Recurso Ordinário nº 61, de 6.11.97, de que foi relator o também insigne Ministro COSTA PORTO, observou:

“UM RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO, NA VERDADE, É UMA AÇÃO. É chamado de recurso e, na verdade, não é recurso, mas uma impugnação do diploma. Portanto, é uma ação que começa a correr perante o Tribunal competente.

Claro, quanto à diplomação do presidente da República, ela só pode ocorrer aqui, porque quem diploma o presidente e o vice-

⁴ *Instituições de direito eleitoral*. 6ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 466-467.

presidente é o TSE. Então, a competência para julgar o recurso, ou seja, a ação de impugnação do diploma, é do TSE.

(...)

Na verdade, a Constituição, no seu art. 121, diz que compete à lei complementar dispor sobre organização e competência dos tribunais, e a lei complementar no caso é o Código Eleitoral. E o inciso III, que foi invocado pelo eminente Ministro Néri da Silveira, confirma meu entendimento de que **ao Tribunal Superior Eleitoral só cabe julgar recurso contra a diplomação do presidente e vice-presidente da República**, quando diz que das decisões dos tribunais regionais eleitorais somente caberá recurso quando versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais, **o que mostra que a decisão é do Tribunal Regional Eleitoral, cabendo recurso para o Tribunal Superior Eleitoral**.

É uma regra do nosso sistema que os tribunais conhecem, por exemplo, de mandado de segurança contra seus próprios atos. A norma, portanto, não seria de causar espécie. Veja-se que **a Constituição, na verdade, ao dizer que cabe recurso contra decisões dos tribunais regionais eleitorais que julgarem recursos contra decisões de cassação de diploma, está reconhecendo, na verdade, que há competência do Tribunal Regional Eleitoral para proferir ditas decisões**".

O eminente Ministro CEZAR PELUSO trouxe novas luzes ao tema, na apreciação do citado RCED nº 694, ao aduzir⁵:

O RCED é meio de impugnação do ato que concede o diploma.

O art. 215 do Código Eleitoral estabelece:

Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Superior, do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Ao presidente do TSE compete, portanto, diplomar o presidente e vice-presidente da República.

E, nos termos do art. 22, 1, g, do Regimento Interno desta Corte, eventual impugnação a esse ato deverá dirigir-se ao Colegiado e por ele ser decidida:

Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:

1 - processar e julgar originariamente:

⁵ Trecho do voto vencido do Ministro CEZAR PELUSO, no RCED 694/AP, DJe 12/12/2008, p. 5

g) as impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República;

(...)

Logo, essa seria a competência originária da Corte para processar e julgar recurso contra expedição de diploma, vale dizer, a competência originária do TSE para processar e julgar RCED restringir-se-ia aos cargos de presidente e vice-presidente da República.

(...)

Quanto aos demais cargos eletivos federais e estaduais (governador e vice-governador, senador, deputado federal, deputado estadual e deputado distrital), cuja expedição de diploma é feita pelo presidente do TRE, a competência desta Corte seria recursal. Assim, a Corte Regional decidiria eventual impugnação ao ato de concessão de diploma, e, se houvesse recurso, caberia ao TSE rever a decisão do TRE. É o que se pode inferir dos arts. 121, § 40, III, da Constituição Federal, e 276, II, a, do Código Eleitoral:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

[...]

Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes, em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

[...]

II— ordinário:

a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais; [...] (grifos nossos).

Confira-se, ainda, a esse respeito, o que dispõe o Regimento Interno do TSE:

Art. 35. O Tribunal conhecerá dos recursos interpostos das decisões dos tribunais regionais:

c) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

[...] (grifos nossos).

3. Feitas essas considerações, voto no sentido de não conhecer do recurso, pois trata de impugnação à diplomação de deputado estadual a cujo respeito o Tribunal Regional Eleitoral ainda não se pronunciou.

Nos debates, o preclaro Ministro PELUSO acrescentou:

Eu considero essa questão decisiva, porque ou fixamos que é recurso, e daí tiramos conseqüências, ou fixamos que é ação, e tiramos outras conseqüências.

Se admitirmos que é recurso, excluimos toda a possibilidade de prova e afirmamos a competência do Tribunal e, portanto, está pré-excluída a admissibilidade de instauração de contraditório e de instrução submetida ao princípio do contraditório perante o Tribunal Superior Eleitoral. De contrário, vamos, sob o nome formal de recurso, admitir ação originária perante este Tribunal.

(...)

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, em, como de hábito, brilhante voto, posicionou-se de igual forma, assim se manifestando:

Daí eu não ter dúvida alguma de que a expedição do diploma pode dar margem ao ajuizamento de uma verdadeira ação para se jurisdicionalizar matéria que é ação constitutiva negativa, visando fulminar o diploma. Essa ação, que não é recurso – a nomenclatura, a meu ver, é imprópria -, deve ser julgada no próprio órgão que expediu o diploma.

E há mais, a meu ver: se considerarmos a alínea g do inciso I do artigo 22 do Código Eleitoral, veremos que só há competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar impugnação à diplomação quanto ao presidente da República e do vice-presidente da República. Como atrair para cá a impugnação quanto às eleições federais e estaduais?

Dessas judiciosas observações, resulta a proclamação de um incontornável problema sistêmico: sendo a ação de impugnação, que leva o nome de RCED, proposta originariamente no TSE, não resta caso concreto de cabimento ao recurso, vale dizer recurso ordinário, tal e qual previsto nos III e IV do § 4º do art. 121 da CF/88.

O nobre Ministro CAPUTO BASTOS agregou, ainda, uma arguta consideração no exame da matéria:

Pondero que na ação de impugnação de mandato eletivo, a competência é do TRE, pois é onde se dá a expedição de diploma. Essa é uma ponderação que faço quanto ao sistema, senão teríamos: impugnação contra o diploma, competência daqui, e, na ação de impugnação de mandato eletivo, lá? Para se dar organicidade ao sistema, a competência seria lá e, na originária, aqui, só naquilo que a norma fosse explícita.

De fato, no caso das eleições estaduais ou federais, não há dúvida, os juízes naturais são os Tribunais Regionais. É lá que se processam, originariamente, as representações por violação da legislação da propaganda eleitoral, mesmo a propaganda antecipada, os pedidos de registro de candidatura e eventuais conflitos na formação das coligações no âmbito regional, representações por captação ilícita de sufrágio e por prática de condutas vedadas; ações de investigação judicial eleitoral, representações por captação e gasto ilícitos de recursos de campanha e a ação constitucional de impugnação de mandato eletivo.

Não há razão para retirar do rol de sua competência originária o conhecimento e julgamento dos recursos contra expedição de diploma referentes a essas mesmas eleições. Certamente, é o foro mais propício à análise sobre se os fatos, narrados na peça denominada por lei de recurso, possuem o condão de viciar a vontade popular a ponto de exigir a intervenção judicial para a declaração de nulidade da votação obtida pelo vencedor. O TSE, nesses casos, funcionaria apenas como instância revisora, em caso de recurso ordinário, com cabimento previsto expressamente na Constituição da República, se cassado o diploma (CR/88, 121, §4º, IV).

O entendimento atual permite que as partes, que pretendam impugnar o resultado das eleições por supostos vícios da manifestação da vontade popular, possam **escolher o foro** que julgará originariamente os fatos e decretará as suas conseqüências. Isso porque poderão ser propostas nos TRE's, ainda durante o processo eleitoral, representações e ações de investigação judicial eleitoral ou, depois da diplomação, a ação constitucional de impugnação de mandato eletivo. Ou, então, o recurso contra a expedição de diploma, para que a questão seja julgada originariamente pelo TSE.

Por tudo quanto exposto, vê-se com clareza, a violação do preceito fundamental garantidor do juiz natural (CR/88, 5º, LIII), garantia de que o julgamento se dará pelo órgão judiciário designado no texto constitucional ou no texto legal, quando assim autorizado pela Constituição.

Se decorre da própria Constituição que os chamados "*recursos contra expedição de diploma*", quando versarem sobre mandatos estaduais e federais, por serem verdadeiras ações desconstitutivas, devem ser julgados pelas Cortes Regionais, o desrespeito a tal mandamento encerra inegável desrespeito ao princípio do juiz natural.

A competência, enquanto medida da jurisdição, não se aparta da garantia do Juiz Natural; pelo contrário, reafirma-a. Juízo incompetente, assim entendido aquele que, por força de lei, não está revestido de jurisdição para o caso específico, não é o Juiz Natural da causa. Por isso afirma o ilustre Ministro GILMAR MENDES⁶:

⁶ *Op. cit.* p. 570.

“Entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos – CF, art. 95, I, II e III), **que decide segundo regras de competência** fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato”.

Destarte, ao considerar-se competente para esse tipo de ação, o TSE está a processar e julgar, em caráter originário, “*recursos contra expedição de diploma*”, *rectius*, ações desconstitutivas envolvendo expedição de diplomas em eleições federais e estaduais com infringência da regra de competência prevista no incisos III e IV do § 4º do art. 121 da Constituição Federal, violando a garantia do juiz natural (art. 5º, LIII) em razão da supressão da instância regional competente.

Sobre o referido julgamento (RCED 694/AP), aliás, cabe uma observação. O colendo Tribunal Superior Eleitoral, num primeiro passo, proclamou-se competente para o julgamento do **recurso**. Todavia, num segundo passo, considerou que, embora recurso, nessa via processual poder-se-ia realizar ampla dilação probatória, o que se revela, de certa forma, incongruente, *data venia*. Isso só acentua a absoluta necessidade de o colendo Supremo Tribunal Federal dirimir a controvérsia.

Após esse julgamento, o TSE reafirmou, em questão ordem suscitada em outro recurso, a possibilidade de se realizar ampla dilação probatória, como se verifica, v.g., do acórdão de Questão de Ordem no RCED 671/MA, *in verbis*:

(...)

5. No julgamento da questão de ordem no RCED nº 671/MA, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres de Britto, DJ de 25.9.2007, esta Corte ampliou o conceito de provas aptas a instruir o recurso contra expedição de diploma. [...] (TSE – RESPE 27884 – Rel. Min. José Delgado – DJ 18.12.2007, v. 1, p. 147)

Mas não é só.

Além da ofensa ao princípio do juiz natural, preceito fundamental com expresse assento no rol de direitos e garantias fundamentais, tem-se ainda a ofensa ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, **pela indevida supressão do duplo grau de jurisdição ordinária**, previsto na Constituição (art. 121, §4º, III e IV) e no próprio Código Eleitoral (art. 276, II⁷).

Sobre esse princípio, é relevante a transcrição de ementa de julgado do Pretório Excelso, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO.
PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE
RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA
CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA
SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE
A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA

(...)

III - **A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição**, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP.

IV - **O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais**.

V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal.

⁷ Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

I - (...)

II - ordinário:

a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais;

VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

VII - Ordem concedida.

(STF - HC 88420, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 08-06-2007)

Como afirmado no precedente supra, o duplo grau não tem “*dignidade constitucional*”, não sendo, pois, direito fundamental do cidadão. Mas o próprio precedente esclarece que, havendo previsão, ele constitui garantia protegida pela própria Constituição. Por isso, no presente caso, tem-se, especificamente, duplo grau de jurisdição com assento no texto constitucional, o que lhe confere patamar de preceito fundamental a ser observado.

No caso, o entendimento firmado pelo TSE está conduzindo o julgamento desses RCED's à sempre indesejada **instância ordinária única** – e, na espécie, contrariando o texto constitucional (CD/88, 121, §4º, III e IV).

Essa constatação é observada pela doutrina especializada de ADRIANO SOARES DA COSTA, *in verbis*:

O que esse quadro comparativo pretende demonstrar é que, ao se impor à ação contra diplomação o rito de recurso, **suprimiram-se instâncias que, se fosse utilizado o rito de uma ação, não seriam suprimidas**. Assim, tomando-se a diplomação, feita pelo juiz eleitoral, como verdadeira decisão, e não apenas como ato certificador sem carga decisória, tirou-se dele a cognição ampla dos fatos ilícitos apontados (inelegibilidades, *v.g.*), jogando-a para o TRE. Perdeu-se, dessarte, uma boa oportunidade de conhecimento e julgamento do *thema decidendum*, por aquele que estaria mais rente aos fatos a serem julgados: o juiz eleitoral natural. Doutra banda, ficou o recorrente de diplomação apoucado de uma instância, que de modo mais apropriado curaria em julgar a impugnação. E, não é ocioso lembrar, tal impugnativa não se dá

contra a diplomação propriamente, mas sim contra fatos que lhe são anteriores.⁸

É preciso lembrar que o inciso LV do art. 5º da Constituição, que exige respeito à ampla defesa e ao contraditório, exige, também, respeito aos “meios e recursos a ela inerentes”.

Em razão desses fundamentos, cada um por si suficiente a autorizar a instauração da presente argüição, seja pela ofensa do princípio do juiz natural para decidir sobre anulação de diploma e perda de mandatos, no caso os TRE’s, seja pela supressão da instância recursal ordinária, malferindo a garantia do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, preceitos fundamentais violados.

III – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OUTRO MEIO EFICAZ DE SANAR A LESIVIDADE

É dever observar, ainda, que nos casos que se apresentam perante o TSE para o julgamento de RCED’s **não há “outro meio eficaz de sanar a lesividade”**.

Por certo, das decisões que julgarem os “recursos” no TSE caberá recurso extraordinário a esse Pretório Excelso. Entretanto, na linha do que vem decidindo aquela Corte Eleitoral, o mandatário que vier a ser cassado no julgamento de mérito de um recurso contra a expedição de diploma só permanece no

⁸ COSTA, Adriano Soares da. *in Instituições de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 315

cargo até o julgamento de eventuais embargos de declaração (nem mesmo ficará até a feitura do acórdão ou a sua publicação na imprensa oficial), como se verifica, v. g., da decisão proferida no RCED nº 671:

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares suscitadas, nos termos do voto do Relator. No mérito, por maioria, proveu o Recurso para cassar os diplomas do governador, Jackson Kepler Lago, e do vice-governador, Luiz Carlos Porto. Vencidos os Ministros Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, que o desproviavam. Por maioria, vencido o Ministro Felix Fischer, o Tribunal determinou que sejam diplomados nos cargos de governador e vice-governador do Estado do Maranhão os segundos colocados no pleito de 2006, nos termos do voto do Relator. **Também por maioria o Tribunal decidiu que a execução do julgado se dará com o julgamento de eventuais Embargos de Declaração**, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Vencidos os Ministros Eros Grau (Relator) e Felix Fischer.

De outro lado, como recentemente proclamou o eminente Ministro CELSO DE MELLO ao apreciar pedido de liminar na Ação Cautelar nº 2.283, em que foi requerente o Governador da Paraíba CÁSSIO CUNHA LIMA, a tutela somente se viabiliza se e quando for admitido o recurso extraordinário:

Tenho para mim, considerado o quadro processual ora delineado, **que se mostra prematuro** o ajuizamento, na espécie, desta demanda cautelar.

Com efeito, **entendo** que se revela **inviável** este processo cautelar, **eis que** o recurso extraordinário interposto contra o acórdão cuja eficácia se pretende paralisar **sequer** sofreu o **pertinente** juízo de admissibilidade.

Como se sabe, **a concessão de medida cautelar**, por este Tribunal, **quando** requerida **na perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **supõe**, para legitimar-se, dentre **outros** requisitos necessários, **que tenha sido instaurada** a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, **caracterizada** pela existência de juízo **positivo** de admissibilidade do apelo extremo, **consubstanciado** em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem **ou resultante** do provimento do recurso de agravo (**RTJ 174/437-438**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

(...)

Isso significa, portanto, que, **ausente** esse **necessário** juízo **positivo** de admissibilidade, **torna-se incabível** a própria

tramitação autônoma da medida cautelar **perante** o Supremo Tribunal Federal (**RTJ 116/428**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - **RTJ 127/4**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – **RTJ 140/756**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 172/419**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 176/653-654**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **Pet 914/PR**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - **Pet 965/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **Pet 1.841/RJ**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - **Pet 1.865/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

(...)

Vê-se, desse modo, **considerada** a diretriz jurisprudencial mencionada, **que se revela inacolhível** a pretensão ora deduzida, **eis que**, consoante já assinalado, **não se demonstrou** a existência do **necessário** juízo **positivo** de admissibilidade do apelo extremo em referência, **o que basta**, por si só, **para inviabilizar** a apreciação da postulação cautelar ora formulada.

(...)

Em suma: a ausência do necessário juízo de admissibilidade do apelo extremo **impede a instauração da jurisdição cautelar** do Supremo Tribunal Federal, **que não poderá**, assim, **agindo “per saltum”**, apreciar, **autonomamente**, e em caráter originário, a postulação cautelar deduzida na **presente** sede processual, **eis que** – **insista-se** – o recurso extraordinário em questão **sequer** constituiu objeto de controle prévio de admissibilidade na instância judiciária de origem (**o E. Tribunal Superior Eleitoral**, no caso).

(...)

Sendo assim, e tendo em consideração os aspectos de ordem processual ora invocados (**Súmula 634/STF**), **nego seguimento** à presente “*medida cautelar*”, **restando prejudicado**, em consequência, **o exame** do pedido de provimento liminar.

Desse modo, é inegável que a Súmula STF nº 634 representa obstáculo insuperável à concessão por esse egrégio Supremo Tribunal Federal de medida cautelar a salvaguardar o mandato.

Tampouco se pode imaginar que o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que participou do julgamento, conceda cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso ordinário. Exemplo recente é o caso de Santarém – PA, em que, malgrado a votação tenha se dado por quatro votos a três, versando registro de candidatura em que a controvérsia girava a respeito da possibilidade de membro do Ministério Público poder concorrer à reeleição ao cargo de Prefeito, o eminente

Presidente CARLOS BRITTO, tendo proferido voto vencido, deixou de conceder a tutela requerida, assinalando:

Decisão Monocrática em 18/12/2008 - AC Nº 3160 MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

DECISÃO

6. Por esse ângulo de visada, e tendo em vista que o registro de candidatura da requerente já foi submetido ao crivo do Plenário desta Casa e ali indeferido, acolho a orientação firmada na Consulta 1657 e nego trânsito à presente ação cautelar.

De tudo, resulta clara a possibilidade, senão a certeza, de lesividade insanável, pois inexoravelmente o mandatário cujo diploma for cassado pelo TSE deverá deixar o cargo, aguardando a feitura do v. acórdão e sua publicação no Diário Oficial para então interpor o recurso extraordinário ventilando essas questões constitucionais, tendo ainda de aguardar o processamento do recurso, com colheita de contra-razões, e a sua admissão pelo presidente do TSE, para só então poder buscar a prestação acautelatória desse Pretório Excelso. Nesse ínterim, certamente, haverá um hiato de pelo menos uns dois ou três meses, em que o mandato deixará de ser exercido por seu titular, cassado por juízo incompetente.

Considerando a realidade do Sistema Judiciário pátrio, a improrrogabilidade dos mandatos e, acima de tudo, a própria soberania do voto popular (art. 14, caput, da CR), impõe-se reconhecer que a lesividade irreparável é manifesta.

E, de outro modo, não é razoável a consumação de violações de preceitos fundamentais em mais de centena de processos, principalmente naqueles que envolvem a discussão de validade dos votos manifestados pelos cidadãos para o exercício dos mais relevantes mandatos da República. Têm-se, já foi dito, 127 (cento e vinte e sete) Recursos Contra a Expedição de diploma de

deputados estaduais, federais, senadores e governadores, no TSE - o que se vê pelo espelho de acompanhamento processual do RCED 659, primeiro a desembarcar no TSE ainda em dezembro de 2006, ao RCED 786, o último referente ao pleito de 2006. Alguns deles já foram julgados, mas a Corte anuncia para esse ano o desfecho de boa parte desses processos.

Deve-se aplicar, aqui, o mesmo entendimento balizador da admissão da ADPF 130/DF, em que se discutia a não recepção de dispositivos da Lei de Imprensa pelo texto constitucional. Não era razoável aguardar que as questões constitucionais fossem sendo suscitadas caso a caso, percorressem as instâncias do Poder Judiciário, para só então serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, que certamente anularia ou reformaria os julgamentos, em grave prejuízo à autoridade da própria jurisdição.

III – A MEDIDA CAUTELAR

Demonstrada a violação de preceitos fundamentais, requer-se a concessão de medida cautelar.

O *fumus boni juris* foi amplamente demonstrado em capítulo anterior, em que se tem que o entendimento albergado, por maioria mínima, no colendo Tribunal Superior Eleitoral, na verdade, resulta em completo descumprimento de preceitos fundamentais.

De outro lado, o *periculum in mora* também se mostra presente. Toda a discussão gravita sobre a BASE E SEGURANÇA DO REGIME DEMOCRÁTICO, posto que se questiona a competência originária para o julgamento

de ação (denominada por lei de recurso) destinada à análise da validade da manifestação do voto popular no processo eleitoral de escolha dos governantes e dos parlamentares.

Com isso, não se pode admitir a permanência da situação, tal como hoje se apresenta, especialmente com o quadro próximo de julgamentos pelo TSE de diversos “*recursos contra expedição de diploma*” contra governadores, senadores e deputados federais e estaduais.

Não se há de admitir que cassações de tão relevantes mandatos sejam determinadas em processos eivados de nulidade pela inobservância de regra de competência a acarretar violação do princípio do juiz natural e, ainda, ofensa à garantia do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório.

Não se há de olvidar que a conseqüência desses processos é a gravíssima alteração da titularidade do mandato, com comprometimento da estabilidade institucional, especialmente se considerada a questionável legitimidade de candidatos que foram derrotados em segundo turno em eleição para os cargos do Poder Executivo (ADPF nº 155).

Somente para se compreender a situação presente, no âmbito dos Estados, **nada menos que sete dos vinte e sete governadores** respondem a RCED's no TSE: Santa Catarina – RCED 703; Roraima – RCED 739; Sergipe – RCED 661; Maranhão – RCED 671; Tocantins – RCED 698; e Rondônia – RCED 739, além da Paraíba (RCED 736 e RCED 737), que ficaram prejudicados uma vez que o Governador CÁSSIO CUNHA LIMA teve sua mandato cassado por via do RO nº 1.497.

É imperioso consignar que a concessão de medida acautelatória não produzirá o indesejável *periculum in mora inverso*. É que, exatamente por coincidirem as causas de pedir do RCED com aquelas previstas em outros instrumentos eficazes previstos no direito processual eleitoral, eventuais ilicitudes praticadas pelos vencedores continuarão a ser apuradas normalmente no âmbito dos TRE's, no período que perdurar a suspensão dos processos em trâmite no TSE.

É comum a propositura concomitante de ação de impugnação de mandato eletivo e do recurso contra a expedição de diploma, até porque o Tribunal Superior Eleitoral manteve por muito tempo o entendimento de que o RCED reclamava prova pré-constituída.

De outro lado, como pacífico na jurisprudência do TSE, essas ações não têm o condão de extinguir as representações fundadas em captação ilícita de sufrágio e prática de condutas vedadas, que igualmente possuem capacidade de cassar diplomas e, por conseqüência, mandatos, mesmo quando julgadas após as eleições.

Tem-se ainda a reforçar a presença do *periculum in mora* relevante observação feita pelo Ministro CEZAR PELUSO no amplamente citado julgamento do RCED 694/AP, *in verbis*:

Senhor Presidente, não é argumento jurídico, eu reconheço, nem o invoco a título *ad terrorem*, mas preocupa-me o fato de a Corte reconhecer a competência para julgar todas as ações de impugnação a diplomação de deputados estaduais.

A preocupação tem razão de ser. Se antes de se admitir a possibilidade de ampla produção de provas, inclusive oral, em sede de Recurso

Contra Expedição de Diploma, o protocolo do Tribunal Superior Eleitoral já recebera 127 (cento e vinte e sete) processos desse tipo, quantos não virão após a mudança de jurisprudência? Será impossível ao TSE, em centenas de “recursos”, realizar instruções probatórias. Certamente, a se manter o entendimento, estar-se-ão inviabilizando as ações do Tribunal, que deveria se limitar a conhecer dos recursos especiais ou ordinários contra as decisões dos TRE’s referentes às eleições estaduais ou federais.

Recorde-se que as eleições de 2010 porão em disputa pelo menos **1.653 (um mil, seiscentos e cinqüenta e três) cargos eletivos** (número alcançado pela leitura da Resolução TSE nº 22.144/06, sem contar os suplentes de deputados, que também poderão responder a RCED).

Aliás, essa situação certamente já começa a ser enfrentada pelos TRE’s, que estão recebendo a cada dia incontáveis RCED’s contra prefeitos e vereadores dos municípios sob a sua jurisdição.

É de todo prudente estancar cautelarmente a violação dos preceitos fundamentais o quanto antes, com urgência. Mostra-se aplicável, no caso, o disposto no artigo 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99⁹, a permitir a suspensão cautelar da tramitação dos recursos contra expedição de diploma no TSE, referente às eleições estaduais ou federais (do RCED 659 ao RCED 786), fixando prazo razoável ao julgamento de mérito da presente ADPF.

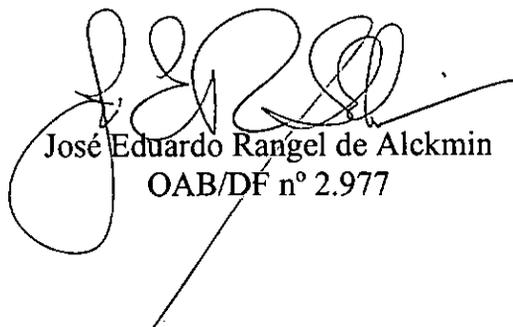
⁹ Lei nº9.882/99, artigo 5º, §3º - A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

IV – DOS PEDIDOS

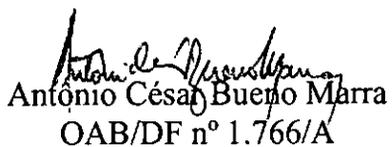
Por todo exposto, requer-se respeitosamente que seja conhecida a presente ADPF para que, com urgência, seja apreciada a medida cautelar pleiteada, reconhecendo-se, após o devido processamento, com a colheita de informações por parte do TSE e a audiência do Procurador Geral da República, a procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelecendo-se a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para julgarem originariamente os recursos contra expedição de diploma que versarem sobre diplomas expedidos nas eleições federais e estaduais

Termos em que
Pede Deferimento.

Brasília, 2 de abril de 2009.



José Eduardo Rangel de Alckmin
OAB/DF nº 2.977



Antônio César Bueno Marra
OAB/DF nº 1.766/A

DOCUMENTOS:

- 1) Inteiro teor acórdão QO - RCED 694/AP;**
- 2) Inteiro teor acórdão QO-RCED 671/MA, que ampliou o conceito de provas;**
- 3) Relatório de movimentação processual do RCED 659 e RCED 786;**
- 4) Relatórios de movimentação processual do RCED 703/SC; RCED 739/RR; RCED 661/SE; RCED 671/MA; RCED 698/MA; e RCED 739/MA, a comprovar que SEIS governadores poderão ser cassados diretamente pelo TSE em RCED's;**
- 5) Proclamação do resultado de julgamento do RCED nº 671;**
- 5) Decisão do Ministro CELSO DE MELLO na Ação Cautelar nº 2283/STF;**
- 6) Decisão do Ministro CARLOS AYRES BRITO na Medida Cautelar nº 3.160/TSE;**
- 7) Resolução TSE nº 22.144/06, que fixou o número de vagas nas assembleias e na Câmara de deputados**