

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO – PSD NACIONAL, pessoa jurídica de direito privado, partido político devidamente registrado no e. Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e com representação no Congresso Nacional (DOC.Nº01), inscrito no CNPJ nº 13.629.827/0001-00, com sede situada no Setor de Autarquias Sul (SAUS), quadra 1, bloco 'M', Ed. Libertas, 11º andar, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados (procuração e substabelecimento anexos – DOC.Nº02), com fundamento no art. 2º, I, da Lei 9.882/99, c/c art. 103, VIII, da Constituição Federal, propor

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
COM PEDIDO DE LIMINAR**

para dar aos art. 28, III, art. 32, V, e art. 45, todos da RESOLUÇÃO Nº 93, DE 1970, DO SENADO FEDERAL (REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL - DOC.Nº03) interpretação conforme à Constituição Federal, e, assim, reparar lesão a Preceitos Fundamentais expressamente nela previstos, quais sejam a Forma Federativa do Estado Brasileiro, arts. 1º e 60, §4º, I, e a seu corolário, o Princípio da Igualdade dos Estados quanto à representação no Senado Federal, art. 46, 1º, e, ainda, à Separação de Poderes, a teor dos art. 2º, art. 60, § 4º, III, e art. 44, nos termos seguintes.

1. PRELIMINARMENTE

I – Legitimidade ativa do Arguente

01. O Arguente, Partido da Social Democracia – PSD, é partido político registrado no Tribunal Superior Eleitoral e tem, atualmente, nove membros no Senado Federal e trinta e sete deputados federais, na Câmara dos Deputados (DOC.Nº01).

02. Além disso, o Arguente está, neste ato, regularmente representado pelo presidente do seu Diretório Nacional, conforme autoriza o seu Estatuto (DOC.Nº04).

03. Diante disso, o Arguente atende ao disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999 c/c o art. 103, da Constituição Federal.

II – Cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

04. A Lei 9.882/99, Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dispõe, em seu art. 1º, que a medida “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

05. Os preceitos fundamentais aqui apontados como violado são a Forma Federativa do Estado, prevista nos art. 1º e 60, §4º, inciso I, da Constituição Federal, e o princípio da igualdade dos Estados quanto à representação no Senado Federal, conforme o art. 46, 1º, também da Constituição.

06. A lesão a esses preceitos, por sua vez, decorre do fato de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro disposição normativa sobre as providências a serem tomadas para impedir que um Estado da Federação permaneça sub representado no Senado Federal até a realização das eleições previstas no art. 224, §3º, do Código Eleitoral e a posse do Senador por ela eleito, nas hipóteses em que a Justiça Eleitoral decreta a perda de mandato de um Senador eleito e a concomitante cassação dos diplomas dos seus suplentes.

07. No bojo da ADPF nº 402, esta Suprema Corte reconheceu a legitimidade da via eleita, para analisar aspectos referentes à linha de substituição do Presidente da República e decidir que os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, réus em ação penal perante a

própria Corte, não poderiam substituir o Presidente da República, embora pudessem se manter nos seus respectivos cargos.

E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PRETENDIDO AFASTAMENTO CAUTELAR DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL NO QUE SE REFERE AO EXERCÍCIO DESSA ESPECÍFICA FUNÇÃO INSTITUCIONAL EM RAZÃO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE RÉU NO ÂMBITO DE PROCESSO DE ÍNDOLE PENAL CONTRA ELE EXISTENTE (Inq 2.593/DF) – INADMISSIBILIDADE, NESSE PONTO, DA POSTULAÇÃO CAUTELAR – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O PARLAMENTAR DE PRESIDIR A CASA LEGISLATIVA QUE DIRIGE – A QUESTÃO DA APLICABILIDADE E DO ALCANCE DA NORMA INSCRITA NO ART. 86, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO QUE CONCERNE AOS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, art. 80) – CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO PREVENTIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM HIPÓTESE DE INSTAURAÇÃO, CONTRA ELE, DE PROCESSO DE ÍNDOLE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (“IMPEACHMENT”) OU DE NATUREZA PENAL (CF, art. 86, § 1º) – SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO QUE TAMBÉM ATINGE OS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO (PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL E PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), SE E QUANDO CONVOCADOS A EXERCER, EM CARÁTER INTERINO, A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO INTERINO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUE, NO ENTANTO, NÃO OBSTA NEM IMPEDE QUE O SUBSTITUTO EVENTUAL CONTINUE A DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE CHEFIA QUE TITULARIZA NO ÓRGÃO DE ORIGEM – REFERENDO PARCIAL DA DECISÃO DO RELATOR (MINISTRO MARCO AURÉLIO), DEIXANDO DE PREVALECER NO PONTO EM QUE ORDENAVA O AFASTAMENTO IMEDIATO DO SENADOR RENAN CALHEIROS DO CARGO DE PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL. – **Os substitutos eventuais do Presidente da República – o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 80) – ficarão unicamente impossibilitados de exercer, em caráter interino, a Chefia do Poder Executivo da União, caso ostentem a posição de réus criminais, condição que assumem somente após o recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime (CF, art. 86, § 1º, I).** – Essa interdição, contudo – por unicamente incidir na hipótese estrita de convocação para o exercício, por substituição, da Presidência da República (CF, art. 80) –, não os impede de desempenhar a Chefia que titularizam no órgão de Poder que dirigem, razão pela qual não se legitima qualquer decisão que importe em afastamento imediato de tal posição funcional em seu órgão de origem. – A “ratio” subjacente a esse entendimento (exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas) apoia-se no fato de que não teria sentido que os substitutos eventuais a que alude o art. 80 da Carta Política, ostentando a condição formal de acusados em juízo penal, viessem a dispor, para efeito de desempenho transitório do ofício presidencial, de maior aptidão jurídica que o próprio Chefe do Poder Executivo da União, titular do mandato, a quem a Constituição impõe, presente o mesmo contexto (CF, art. 86, § 1º), o necessário afastamento cautelar do cargo para o qual foi eleito.¹

¹ ADPF 402 MC-Ref, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018.

08. Portanto, a presente arguição atende ao requisito imposto pelo §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, haja vista que aqui, tal como na ADPF nº 402, o que se pretende é afastar compreensão, manifestamente inconstitucional, no sentido de que algum Estado da Federação pode permanecer sub representado perante o Senado Federal após decisão da Justiça Eleitoral que implique cassação de Senador eleito e seus respectivos suplentes.

09. Daí porque faz-se necessário atribuir interpretação conforme a dispositivos do Regimento Interno do Senado que tratam da matéria, a seguir indicados.

III - Dispositivos que constituem o objeto desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

10. A presente ADPF pede a interpretação conforme do art. 45, do Regimento Interno do Senado Federal. Antes, porém, confira-se a redação dos dispositivos do referido Regimento acerca do tema:

CAPÍTULO VIII DAS VAGAS

Art. 28. As vagas, no Senado, verificar-se-ão em virtude de:

(...)

III - perda de mandato.

(...)

Art. 32. Perde o mandato o Senador (Const., art. 55):

(...)

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral;

(...)

11. Os dispositivos citados acima deixam ausente de dúvida que a vacância no Senado pode se dar em virtude de decisão da Justiça Eleitoral que cassa a chapa senatorial eleita.

12. Ocorre que o art. 45, também do RISF, ao tratar de vagas no Senado, olvidou-se dessa hipótese de vacância, na qual a cassação opera sobre a chapa, de modo a alcançar os suplentes nela eleitos. Confira-se:

CAPÍTULO XI DA CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE

Art. 45. Dar-se-á a convocação de Suplente nos casos de vaga, de afastamento do exercício do mandato para investidura nos cargos referidos no art. 39, II, ou de licença por prazo superior a cento e vinte dias (Const., art. 56, § 1º).

13. **Assim, a presente ADPF requer a concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 45, do RISF, para que nas hipóteses de vacância, em razão da cassação, pela Justiça Eleitoral, da chapa senatorial eleita, justamente porque não haverá suplentes, seja dada posse interina aos legítimos substitutos, quais sejam os candidatos imediatamente mais bem votados na eleição em que ocorreu a cassação, até que seja empossado o eleito no pleito suplementar previsto no art. 224, §3º, do Código Eleitoral.**

14. Isso porque é flagrantemente inconstitucional admitir-se a sub representação de um Estado no Senado da República, o que feriria a cláusula pétrea da Forma Federativa de Estado e vários dos seus consectários, conforme se verá adiante.

2. PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

15. O que se defende neste tópico é que o princípio federativo, decisão política fundamental adotada na nossa Constituição e essencial para a permanência e estabilidade da ordem jurídico-política por ela conformada em 05 de outubro de 1988, tem como um dos seus pilares a igualdade dos Estados e do Distrito Federal quanto à representação no Senado Federal.

16. Em razão dessa consubstancialidade entre o princípio federativo e a igualdade de Estados e do Distrito Federal quanto à representação no Senado Federal, qualquer ato ou omissão que diminua a representação dos Estados ou do Distrito Federal na Câmara Alta viola não apenas a própria regra segundo a qual os Estados e o DF devem ter o mesmo número de Senadores, mas também as demais disposições constitucionais sobre o Senado Federal (sua composição, seu funcionamento, suas competências) e sobre a própria opção política do Constituinte pela Forma Federativa de Estado.

17. Ocorre que, muito embora o texto constitucional determina que cada Estado e o Distrito Federal devem ter três senadores (art. 46, § 1º), dele não consta regra definidora de como fazer

a substituição temporária da vaga de senador em caso de cassação de mandato da chapa pela Justiça Eleitoral.

18. Isso, contudo, não traz nenhum embaraço para a pretensão ora veiculada. Em primeiro lugar, porque a existência de princípios implícitos é tão amplamente reconhecida em nosso direito que é desnecessário suportá-la com exemplos.

20. Em segundo lugar, porque as normas da nossa Constituição relativas à organização dos poderes, e à organização das instituições federais, mostram com facilidade que toda a mecânica do nosso federalismo e da nossa separação de poderes pressupõe a existência de um Senado Federal onde os Estados necessariamente devem ser representados com igualdade.

21. Em outras palavras, os dispositivos constitucionais que dão vida à Federação e à organização dos poderes na Constituição de 1988 dependem, para sua mera existência, de que nenhum Estado pode ter sua representação no Senado Federal diminuída.

22. É o que passamos a demonstrar.

I – A forma federativa do Estado brasileiro e o Senado Federal

23. A Forma Federativa do Estado, prevista no art. 1º, é cláusula pétrea, art. 60, §4º, I, da Constituição da República e, portanto, consubstancia preceito fundamental.

24. A opção política fundamental do Poder Constituinte por uma Federação não é apenas uma declamação vaga, mas irradia-se, como deve ser, em inúmeras disposições constitucionais de maior concretude, que dão corpo institucional à opção do constituinte pela Forma do Estado Federal.

25. Um desdobramento que a doutrina constitucional estima universal da decisão fundamental de optar pela Forma Federativa é a adoção do bicameralismo, com uma câmara representando os estados da Federação. É o que registra a lição de Carl Schmitt:

“3. Sistema bicameral instituído em razão das singularidades de uma organização federal. Aqui se forma, junto com a Câmara de Deputados surgida por sufrágio universal de todo o Povo, uma Câmara especial dos Estados membros, como Câmaras de Estados. Com isso, surge ao lado da Câmara de Deputados unitário-democrática, uma ‘Assembleia das individualidades estatais federadas’ (Bluntschli).

O Senado, nos Estados Unidos da América, forma, com a Câmara de representantes, o 'Congresso'; o Conselho de Estados da Confederação suíça, como representação dos Cantões, junto com o Conselho nacional; ambos formam (na qualidade de 'duas seções') a Assembleia federal; o §85 da Constituição de Frankfurt de 1849. O 'Reichstag' se compõe de duas Câmaras, a Câmara de Estados e a Câmara popular.

O 'Reichsrat' da Constituição de Weimar (arts. 60-67, C.a.) aproxima-se, na verdade, de uma segunda Câmara, no que toca a faculdades e atividade, mas não foi concebido como representação especial, e sim como um preposto dos países alemães na legislação e administração do Reich, além de, claro, como colegiado de mandatários dos governos do país. Através de seu direito de cooperação na obra legislativa (iniciativa de lei, segundo o art. 69, e direito de veto, segundo o art. 74, C.a.), pode adotar funções de segunda Câmara no sistema de uma concepção de divisão de poderes; mas não forma, com o 'Reichstag', um parlamento."²

26. De modo semelhante, Harmut Maurer afirma ser esta uma característica essencial das Federações:

“Uma característica essencial de todos os estados federados é a participação dos estados-membros na formação da vontade política do estado total. Em conformidade com isso, existe, em todos os estados federais democráticos, ao lado da representação popular imediatamente eleita, que representa a população federal em sua totalidade, um órgão federativo, que direciona para a estrutura dos estados, assim, por exemplo, nos USA, ao lado da casa dos representantes, o senado, na Schweiz, ao lado do conselho nacional, o conselho dos cantões, no Österreich, ao lado do conselho nacional, o conselho federal, na Belgien, ao lado da câmara dos deputados, o senado, para mencionar alguns exemplos mais evidentes”³

² Tradução livre de: 3. *Sistema bicameral a base de las singularidades de una organización federal. Aquí se forma, junto a la Cámara de Diputados surgida por sufragio universal de todo el Pueblo, una Cámara especial de los Estados miembros, como Cámaras de Estados. Con esto, surge al lado de la Cámara de Diputados unitario-democrática, una 'Asamblea de las individualidades estatales federadas' (Bluntschli).*

El Senado, en los Estados Unidos de América, forma, con la Cámara de representantes, el 'Congreso'; el Consejo de Estados de la Confederación suiza, como representación de los Cantones, junto al Consejo nacional; ambos forman (como 'dos secciones') la Asamblea federal; el §85 de la Constitución de Francfort de 1849. El Reichstag se compone de dos Cámaras, la Cámara de Estados y la Cámara popular.

*El Reichsrat de la Constitución de Weimar (arts. 60-67, C.a.) se encuentra en realidad cerca de una segunda Cámara, por lo que a facultades y actividad se refiere, pero no está construido como representación especial, sino sólo como una representación de los Países alemanes en la legislación y administración del Reich, y por cierto como Asamblea de mandatários de los Gobiernos de País. A través de su derecho de cooperación en la obra legislativa (iniciativa de ley, según el art. 69, y derecho de veto, según el art. 74, C.a.), puede adoptar funciones de segunda Cámara en el sistema de una construcción de división de poderes; pero no forma, junto con el Reichstag, un parlamento.” SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. Trad.: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 287-288.**

³ MAURER, Hartmut. *Direito do estado: fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais.* 6ª edição alemã revisada e complementada. Tradução e controle de Luís Afonso Heck. -Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2018. p. 721.

27. E essa compreensão, inerente a todo Estado Federal, segundo a qual deve existir uma câmara especificamente dotada do poder de representação dos Estados imbrica-se de tal forma à identidade da Constituição em questão, que chega a penetrar também o cerne da opção liberal do Constituinte originário, Consequentemente, há nesta forma de organização, mais um elemento a reforçar Separação de Poderes de molde a limitar internamente o exercício do Poder Legislativo. É o que afirma Olivier Beaud:

“Assim, os Pais Fundadores da Constituição americana quiseram criar com o Senado uma câmara capaz de reforçar a ‘segurança do povo’ ao exercer ‘um saudável freio sobre o governo’. Em consequência, é difícil separar analiticamente essa dupla dimensão do Senado, uma dimensão federal e uma dimensão liberal.”⁴

28. Nessa linha, o direito constitucional positivo do Brasil revela que as decisões políticas fundamentais liberal e federal também resultaram na adoção de um Poder Legislativo bicameral, composto por uma Câmara dos Deputados e um Senado Federal, conforme a própria Constituição:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

29. Esse legislativo bicameral está conformado pela opção Federal na medida em que ele prevê a existência de uma Câmara dos Deputados, representando o Povo e seguindo o sistema representativo proporcional, e de um Senado Federal, representando os Estados.

30. E cada uma dessas Casas parlamentares se constitui e se compõe de forma a refletir, uma, o princípio da representação do Povo, outra, o princípio da representação dos Estados. É o que declara a Constituição:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

(...)

⁴ BEUAD, Olivier. Teoría de la Federación. Madrid: Escolar y Mayo. 2009. p. 360

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

31. Essa forma de organização e composição bicameral, popular e federativa, do Congresso Nacional, se refletiu, ainda, em uma repartição de funções entre Câmara dos Deputados e Senado Federal, a testemunhar que a finalidade da Constituição foi estabelecer Casas legislativas que fossem essencialmente distintas e, ao mesmo tempo, complementares.

32. Assim, a Constituição de 1988 reservou diversas funções ao Senado Federal, seja agindo de concerto com a Câmara dos Deputados, mas exercendo essa função partilhada como Casa distinta por natureza, seja agindo singularmente, no exercício de funções que lhe são típicas justamente porque ele é a Casa da Federação.

33. A primeira dessas funções, que o Senado exerce de concerto com a Câmara, é a função de Casa legislativa revisora. Os projetos legislativos, na maior parte das vezes, começam a tramitar na Casa do Povo e, então, seguir para a Câmara alta:

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

(...)

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

34. Adotou-se, pois, em nossa ordem constitucional, aquilo que os cientistas políticos convencionaram chamar de *bicameralismo forte*, cuja síntese elaborada por Arend Lijphart muito auxilia no entendimento da questão que ora se coloca:

"7. *Bicameralismo forte*. A principal justificativa para se instituir um Legislativo bicameral, e não unicameral, é dar representação especial às minorias em uma segunda câmara ou câmara alta e incluir estados menores nos sistemas federativos. Duas condições devem ser atendidas para que a representação minoritária seja relevante: a câmara alta e a câmara baixa devem ser eleitas em bases diferentes e a primeira também tem que ter poder - de preferência o mesmo poder que a segunda. Ambas as condições são atendidas no sistema suíço: o Conselho Nacional é a câmara baixa e representa o povo suíço, e o Conselho dos Estados é a câmara alta ou federal e representa os cantões, cada cantão com dois representantes e cada meio cantão com um. Por isso os pequenos cantões têm

muito mais representatividade no Conselho dos Estados do que no Conselho Nacional. O bicameralismo suíço é também simétrico: "absoluta equidade em todas as questões legislativas" é a regra sagrada (Linder, 2010, p. 51)."⁵

35. É de se reconhecer, ademais, a partir do que se expôs até aqui, que o equilíbrio pretendido pela Constituição vai além daquele referente à representação dos Estados no próprio Senado, alcançando também a diferença de forças inerentes à própria origem da representação do povo dos Estados em cada Casa do Congresso Nacional, conforme leciona Dircêo Torrecillas Ramos:

"Os Estados-Membros de menor população sofrem uma desvantagem na Câmara de representação popular proporcional, mas são beneficiados no Senado de representação paritária dos estados, restabelecendo-se o equilíbrio."⁶

36. Não fosse bastante, atribuiu-se ao Senado outras funções jurídico-políticas de natureza específica.

37. Assim, é aquela Casa que julga o Presidente da República pelo cometimento de crime de responsabilidade, conforme o art. 52 e o art. 86, da Constituição Federal é o Senado Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

(...)

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. (destacamos)

⁵ LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. tradução Vera Caputo. -4° ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 63.

⁶ Ramos, Dircêo Torrecillas O Federalismo assimétrico. São Paulo : Plêiade, 1998. p. 146

38. Conforme a teoria constitucional, essa função julgadora foi atribuída ao Senado Federal justamente pela forma como ele é composto⁷. A Câmara dos Deputados, Casa do Povo, elaboraria a acusação, o Senado, representando os Estados, exerceria a função judicante.

39. No mesmo espírito, a Constituição deu ao Senado Federal a função de aprovar a indicação de nomes indicados pelo Presidente da República para o preenchimento de cargos de alta relevância constitucional.

40. Assim, a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal (parágrafo único do art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (parágrafo único do art. 104), a nomeação do Procurador Geral da República (§1º do art. 128), a nomeação do presidente e dos diretores do Banco Central (art. 52, III, d), entre tantos outros cargos essenciais para o funcionamento da República cuja nomeação depende do consentimento do Senado Federal, e não da Câmara dos Deputados.

41. Registremos, ainda, a longa tradição constitucional brasileira de reservar ao Senado Federal, não à Câmara, o papel de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

42. Portanto, a nossa Constituição atribui força normativa que começa com a opção política do Poder Constituinte Originário pela forma federativa de Estado (consagrada nas fórmulas dos art. 1º e 60, §4º, I, da CF), passa pelas normas de organização dos poderes que instituiu o bicameralismo (art. 44), se desdobra na consagração do Senado Federal à representação igualitária dos Estados (art. 46, *caput* e §1º) e se concretiza na investidura dessa Casa da Federação de um catálogo de funções distintas das da Câmara dos Deputados, seja em concertação com ela, seja singularmente.

⁷ Essa conexão teórica está presente tanto em Montesquieu quanto nos Artigos do Federalista. Ver, em Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis. Montesquieu. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996: "... é preciso, para conservar a dignidade do povo e a segurança do particular, que a parte legislativa do povo faça a acusação perante a parte legislativa dos nobres, que não tem nem os mesmos interesses, nem as mesmas paixões que ela", p. 175.

Em O Federalista, ver James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. Os Artigos Federalistas. 1787-1788. Edição Integral. Apresentação Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993: "Onde, senão no Senado, se poderia encontrar um tribunal suficientemente honrado ou suficientemente independente? Que outro corpo tenderia a ter confiança suficiente em sua própria situação para preservar, impávida e imune a influências, a necessária imparcialidade entre um indivíduo acusado e os representantes do povo, seus acusadores?", in O Federalista LXV, p. 420.

43. Esse contínuo começa no nível mais essencialmente político, ainda eivado do puro poder decisório, e vai ganhando concretude à medida que se desdobra em normas cada vez mais jurídicas.

45. Dessa forma, a Forma Federativa de Estado é preceito fundamental que perpassa toda a Constituição, de modo que rejeitar o princípio federativo ou seus delineamentos normativos essenciais seria solapar a República Federativa do Brasil e fazer ruir a sua Constituição.

46. Em razão dessa identidade entre a Forma Federativa de Estado e a Constituição de 1988, podemos dizer que elas são consubstanciais, ou seja, uma não existe sem a outra.

47. Em favor dessa afirmação, podemos citar até um fato histórico marcante na nossa história constitucional. Trata-se da Emenda à Constituição nº 26, de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988.

48. Essa Emenda, como se sabe, investiu de poderes constituintes a Câmara dos Deputados e o próprio Senado Federal. Ela determinou que os deputados e senadores que iriam ser eleitos para a 48ª legislatura, seriam especialmente investidos de poderes para elaborar a Constituição da República.

49. Embora se possa fazer ressalvas a essa via conciliatória adotada para o modo de exercício do Poder Constituinte, o fato permanece sendo que o Senado Federal e, com ele, a opção política fundamental pelo Estado Federal, está na própria base histórica da nossa Constituição.

II – O princípio da igualdade dos Estados quanto à representação no Senado ou da proibição da diminuição da representação estadual no Senado

50. Esse papel do Senado na vida constitucional do Brasil seria uma ficção se a composição do órgão não repousasse sobre um pilar essencial: a igualdade de representação dos Estados e do Distrito Federal no Senado.

51. Sem que a representação dos Estados reflita seus *status* de iguais entre seus pares, a frase do art. 46, 1º, seria uma mera declaração de intenções, assim como o seriam a própria opção pela Forma Federativa e as normas que tratam das competências do Senado. Diz o art. 46 da CF:

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

52. E seu §1º complementa:

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

53. A existência do Senado, portanto, e sua função representativa são garantidas pela mais estrita observância da igualdade na representação dos Estados na Casa.

54. Essa imbricação entre princípio federativo, Senado Federal e igualdade dos Estados quanto à representação senatorial fazem inclusive que essa previsão constitucional, de igualdade quanto ao número de senadores seja cláusula pétrea. Vejamos a lição de Benoit Jeanneau, conforme síntese de José Alfredo de Oliveira Barraco:

Benoit Jeanneau, após definir o Estado federal como um agrupamento de coletividades políticas que abandonam, sob uma base igualitária, parte de suas competências em benefício da comunidade, apresenta os seguintes caracteres que vão embasar a conceituação expedida:

A - Toda união verdadeiramente federal supõe três elementos:

a) uma repartição das competências estatais entre duas espécies de órgãos superpostos:

- uns situam-se em nível de Estados membros;
- os outros a nível da Federação.

Em decorrência dessa repartição, determinada pela Constituição, surgem variações entre os diversos Estados, devendo-se acentuar que a competência internacional permanece reservada ao governo federal.

b) A participação das coletividades integrantes nas decisões tomadas pelos órgãos comuns efetivam-se por meio de uma Câmara que representa especialmente os Estados:

Senado (Estados Unidos, Canada, Austrália, Brasil);

Conselho de Estados (Suíça, Índia);

Bundesrat (Alemanha Federal);

Soviet das Nacionalidades (U.R.S.S.).

c) Igualdade entre as coletividades que participam dessa união: consagrada na maioria dos Estados federais pela regra de que, em cada Estado membro qualquer

que seja a sua população ou a extensão de seu território, terá um número igual de representantes na Câmara dos Estados (77.).⁸ (destacamos)

54. Para além dessas considerações, suficientes para debelar qualquer dúvida acerca do que alegado até aqui, vale lembrar, para dar cor a essa interpretação que a sistemática da Constituição impõe, o testemunho do saudoso Ministro Paulo Brossard, em entrevista à TV Justiça, em 2013⁹:

“... do Senado se diz que a representação dos Estados é igual, e é cláusula pétrea, não pode ser mudada, para que um estado não possa prevalecer sobre o outro”

55. Na mesma entrevista, o Ministro Paulo Brossard chega a afirmar que a criação das suplências para o Senado, na Constituinte de 1933-1934, tinha justamente a finalidade de impedir que algum Estado pudesse perder a representação em razão da perda do representante.

56. Tal raciocínio está justamente dentro da lógica defendida nesta ADPF para a necessidade de se interpretar a ordem jurídica conforme a Constituição para que se aponte interinamente um senador até que o novo senador, eleito nos termos do §3º, do art. 224 do Código Eleitoral, tome posse definitiva do cargo. Ou seja, para impedir que a cláusula pétrea da igualdade quanto à representação senatorial dos Estados perca eficácia normativa em razão da destituição de algum representante.

57. Assim, a interpretação sistemática das disposições constitucionais em questão mostra como é impossível pensar o princípio federativo sem a existência do Senado Federal, e a existência do Senado sem que nele se imponha a igualdade de representação dos Estados.

58. Portanto, há uma consubstância normativo-constitucional que vai da Federação até a criação do Senado e a atribuição de competências, todas repousando sobre esse alicerce da igualdade de representação na Câmara Alta.

⁸ Baracho, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 47-48.

⁹ Disponível no endereço <https://www.youtube.com/watch?v=RHEyhqLQyq4&t=107s>

59. Conforme já aventado, esse elemento do Estado Federal e do Senado Federal estava presente na Constituição dos Estados Unidos, fonte de inspiração da nossa tradição constitucional desde o século XIX. O seu Artigo V, aliás, chega a declarar que nem por emenda a igualdade da representação dos Estados no Senado poderia ser abolida:

Artigo V

Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma Convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por Convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado. (destacamos)¹⁰

60. O quanto até aqui exposto demonstra, com clareza, que o preceito fundamental da Forma Federativa de Estado, bem como outras normas a ele relacionados, exigem que, à luz da Constituição Federal de 1988, nenhum Estado, ou o Distrito Federal, fique com representação senatorial diminuída, seja por que motivo for.

61. Caso isso aconteça, estaremos diante de uma violação desses preceitos.

3. DA LESÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

62. A Constituição Federal prevê os casos em que um Senador da República, e um Deputado Federal, poderão perder seus mandatos eletivos.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

¹⁰ Tradução disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (destacamos)

63. Isso mostra que a Justiça Eleitoral é instituição legítima para decretar a perda do mandato de um parlamentar, sem que isso signifique, *ipso facto*, violação ao princípio da igualdade dos Estados quanto à representação no Senado.

64. A Lei Eleitoral e o repositório de precedentes e normas que constituem o legado maior do Tribunal Superior Eleitoral, preveem várias hipóteses pelas quais um cidadão eleito pode vir a perder seu mandato.

65. Entre essas hipóteses, releva a da necessidade da preservação da higidez do pleito, como meio para a proteção da própria qualidade da representação democrática e da democracia. Assim, havendo a constatação de abuso de poder econômico ou político de algum candidato durante as eleições, a Justiça Eleitoral pode, legitimamente, decretar a sua perda do mandato.

66. Haveria aqui um paradoxo, felizmente resolvido de antemão pela Constituição: uma vez que a proteção da democracia exige a perda de mandato do próprio eleito, alguma forma de preenchimento do cargo vacante deverá ser encontrada, sob pena de a proteção da democracia converter-se em sua própria negação.

67. Com isso, a proteção da democracia representativa não se degenera na negação da representação eletiva.

68. A nossa Constituição, como outras antes, anteviu esse problema e previu suas soluções. Assim, para o caso de vacância da presidência da República, a Constituição previu a sucessão presidencial (art. 80) e a eleição (art. 81). Para o caso de parlamentares, a Constituição previu expressamente a suplência dos Senadores (art. 46, §3º) enquanto a suplência dos deputados é reconhecida implicitamente, e disciplinada em lei (art. 112 do Código Eleitoral, por exemplo).

69. Assim como no caso da presidência da República (art. 81), a realização de novas eleições para o provimento do cargo de Senador, havendo falhas na suplência, é um mecanismo consagrado pela Constituição Federal (art. 56, §2º).

70. Registre-se, que o art. 56, §2º, da Constituição Federal, trata das hipóteses em que serão feitas eleições para o provimento do cargo vago de Senador, mas nada diz sobre a ocupação interina do cargo vago, tampouco, até porque inconstitucional, admite a permanência da vacância.

71. Portanto, a decretação da perda de mandato pela Justiça Eleitoral, a suplência e a realização de novas eleições para o provimento do cargo de parlamentar são medidas que se harmonizam, desde que orientadas pela sua finalidade norteadora: a proteção da democracia e o zelo pela qualidade do vínculo de representação entre eleitor e eleito.

72. Tudo funciona assim: a decretação da perda de mandato gera uma vacância representativa, que é preenchida por um suplente ou por novas eleições. Lembrando: o suplente, seja na Câmara, seja no Senado, é também alguém que participou com relativo êxito (próprio ou da chapa) das eleições em comento, de modo que a sua posse é uma forma de prestigiar aquelas eleições. Todo esse encadeamento gira com harmonia no objetivo de preservar a democracia.

73. Contudo, no caso do Senado Federal, justamente em razão da vedação à sub-representação dos Estados no Senado Federal, coloca-se o problema da ocupação interina do cargo de Senador da República até que as novas eleições supram a vacância gerada pela perda do mandato.

74. Esse problema existe justamente em razão da exigência constitucional, já demonstrada, da igualdade dos Estados quanto à representação no Senado Federal.

75. Registre-se que essa mesma exigência não existe no caso da Câmara dos Deputados, porquanto ali a igualdade da representação não é constitutiva da instituição, como o é no Senado.

76. O §1º do art. 45 da Constituição diz que o “*número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população*” (destacamos), de modo que a diferença na representação entre os estados é constitutiva da Câmara, razão pela qual não haveria, por si só, uma

inconstitucionalidade se a representação de um Estado na Câmara ficasse diminuída até que se realizassem novas eleições para o preenchimento do cargo de deputado federal¹¹.

77. Pois bem. Até recentemente a questão da sub-representação senatorial dos Estados no Senado em caso de vacância não se colocava.

78. Em primeiro lugar, porque cada Senador já era eleito com dois suplentes (numa demonstração clara de que a Constituição tomou providências até onde a sua antevisão lhe socorreu, para evitar que algum estado ficasse com menor número de representantes do que os demais), o que tornava raros os casos em que a destituição de um Senador ocorresse sem que houvesse suplência.

79. Em segundo lugar, porque o mecanismo da eleição para o suprimento de qualquer cargo majoritário, e o de Senador é um deles, em razão da vacância sem sucessão ou suplência era restrito aos casos em que a perda de mandato fosse concomitante à anulação da eleição, conforme interpretação que se fazia do art. 224 do Código Eleitoral.

80. Diz o caput do art. 224, do Código Eleitoral:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

81. Com base nesse texto, entendia-se que só era necessária a convocação de novas eleições caso mais da metade dos votos fossem anulados. Caso contrário, a eleição era considerada válida e o candidato mais bem colocado nela, logo após o cassado, era empossado definitivamente no cargo, sem a necessidade de convocação de novas eleições.

82. Em 2015, porém, foi promovida alteração no Código Eleitoral que mudou esse panorama normativo.

¹¹ Uma outra realidade se colocaria, aqui, caso a representação do Estado na Câmara caísse a menos de 8 deputados federais, porque, aí, sim, há regra constitucional explícita proibindo essa sub-representação. Mas no momento essa questão não se coloca e, portanto, não a abordaremos.

83. O §3º do art. 224 do Código Eleitoral, incluído no ordenamento pela Lei 13.165, de 2015, modificou substancialmente a forma do preenchimento dos cargos eletivos escolhidos em eleição majoritária, ao declarar que:

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

84. Essa legislação passou a exigir que, em caso de perda de mandato do candidato eleito em eleição majoritária, o preenchimento definitivo só poderia ser feito por meio de nova eleição.

85. De uma forma, como de outra, a finalidade das normas é a de prestigiar as eleições e proteger a democracia.

86. Antes da Lei nº 13.165, de 2015, porém, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral prestigiavam a eleição já realizada, nomeando um candidato já por elas sufragado (ainda que com menos votos do que o que perdeu o mandato). Apenas após a referida Lei, passou-se a prestigiar o instrumento democrático das eleições mediante a exigência de que novas eleições fossem realizadas, sempre que não houvesse suplentes ou sucessores.

87. Dessa maneira, no que toca à forma de preenchimento de vagas surgidas no Senado Federal em razão da decretação da perda de mandatos pela Justiça Eleitoral, a Lei nº 13.165/2015 não criou instrumento para essa finalidade, mas, apenas, universalizou a realização de eleições.

88. Assim, a Lei de 2015 se restringiu a disciplinar a questão do uso das eleições para o preenchimento de vacâncias entre períodos eleitorais.

89. Ocorre que, por força dos preceitos fundamentais relativos à Forma Federativa de Estado, e dos mencionados dispositivos constitucionais de onde se extrai que todos os Estados tenham a mesma representação no Senado Federal, pode ocorrer circunstância flagrantemente violadora de tais preceitos.

90. Isso porque entre a decretação da perda de mandato de um Senador e a posse do Senador eleito nos termos do art. 224, §3º, do Código Eleitoral, um Estado ficará com sua representação diminuída, em afronta ao que determina a Constituição, conforme já exaustivamente esmiuçado.

91. Caracteriza-se, aí, a lesão a preceito fundamental que é o cerne desta arguição.

92. Idealmente, para que essa lesão não ocorresse, seria preciso que alguma disposição normativa determinasse alguma forma de nomeação de um senador interino para compor a representação senatorial do respectivo Estado, ou do DF, até que seja empossado o senador eleito nos termos do art. 224, §3º, do Código Eleitoral.

93. Ora, é de conhecimento de todos que essa disposição normativa não existe. Só se sabe que é necessário preencher o cargo interinamente, tão logo seja decretada a perda de mandato do Senador eventualmente cassado, por força da exigência constitucional de que todos os Estados tenham a mesma representação no Senado Federal.

94. É aqui que submetemos a Vossas Excelências nosso pedido de interpretação conforme o qual se impõe como solução juridicamente lógica, sistêmica e histórica para deter a lesão arguida e recompor a higidez da ordem constitucional.

95. Por oportuno, vale mencionar aqui que esse pleito não é estranho à Corte, tratando-se de medida bastante semelhante com aquela adotada por oportunidade do julgamento da ADPF nº402, inicialmente mencionada.

4. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO VISANDO A DETER A LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL

96. Para pôr fim à lesão aos preceitos fundamentais apontados, entendemos que é necessário dar ao ordenamento jurídico interpretação conforme à Constituição para determinar a nomeação interina do candidato ao Senado Federal mais bem votado nas eleições em que concorreu o cassado.

97. Essa solução tem a seu favor o fato de, historicamente, ter sido utilizada pela Justiça Eleitoral em muitas vezes, conforme brevemente mencionado alhures.

98. Com efeito, antes da Lei de 2015, o Tribunal Superior Eleitoral costumava preencher definitivamente cargos majoritários em caso de vacância simplesmente nomeando o próximo candidato mais bem posicionado nas eleições.

99. O TSE apreciou em ao menos três oportunidades a questão alusiva à assunção do candidato remanescente de maior votação nominal nas eleições ao Senado, quando implementada a vacância por causas eleitorais.

100. O *primeiro* precedente é o **MS nº 2.987**, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ 09.08.2002. Nesse caso, o TSE cassou a diplomação do segundo colocado em pleito que alocava duas cadeiras ao Senado Federal, a fim de determinar a assunção, de forma definitiva, do **terceiro colocado ou de seus suplentes**.

101. Na espécie, verificou-se a cassação de uma das chapas vencedoras – do segundo colocado – em decorrência da procedência dos pedidos deduzidos em sede de ação de impugnação de mandato eletivo.

102. É dizer: foi decretada a vacância do cargo de Senador por causas estritamente eleitorais (*i.e.*, abuso de poder econômico, corrupção e fraude), que maculou integralmente a chapa vitoriosa.

103. O *segundo* precedente é o **REspe nº 21.264**, de relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, DJ 11.06.2004. Naquela oportunidade, foi determinada a cassação da chapa vitoriosa ao Senado pelo Estado do Amapá composta por João Capiberibe, Janete Maria Góes Capiberibe e Cláudio Pinho Santana.

104. Após a conversão do recurso especial eleitoral em ordinário, o TSE deu provimento ao apelo para cassar os registros e os diplomas expedidos, impondo-lhes, ainda, sanção pecuniária, ante a prática de captação ilícita de sufrágio.

105. Tal como no caso anterior, não houve a determinação de novas eleições para que se procedesse à recomposição da igualdade federativa do Estado do Amapá em decorrência da vacância por *causa eleitoral*. Verificou-se, também neste caso, a assunção do candidato remanescente de maior votação nominal – na espécie, Gilvam Borges, **terceiro colocado** no pleito ao Senado.

106. O *terceiro* precedente é **RO nº 2.098**, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, DJe 04.08.2009. Naquela assentada, esta Corte Superior Eleitoral asseverou a cassação integral do

diploma do Senador eleito Expedido Gonçalves Ferreira Júnior e de seus dois suplentes, Irineu Alberto Lazarin e Jábis Emerick Dutras.

107. A cassação do se deu pela prática de captação ilícita de sufrágio e de abuso de poder econômico. Afastou-se apenas a inelegibilidade quanto aos suplentes, mantendo-se a cassação de seus diplomas, em virtude da indivisibilidade da chapa.

108. Diante de vacância por *causas eleitorais* (abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio), o Tribunal Superior Eleitoral, de igual modo ao que decidido no MS nº 2.987, não determinou a convocação de novas eleições. Em vez disso, chancelou a assunção no cargo do **segundo colocado** (Acir Gurgacz) – tratava-se, naquela ocasião, de pleito para o preenchimento de apenas 1 (um) senador.

109. Eis, em síntese, a diretriz jurisprudencial do e. Tribunal Superior Eleitoral: em se tratando de vacância decorrente de causas eleitorais no pleito ao Senado, a remansosa jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral era no sentido de convocar o segundo ou o terceiro colocado no pleito ao Senado, a depender da eleição (*i.e.*, se para a distribuição de uma ou de duas cadeiras no Senado).

110. Interessante registrar que, em todos os três precedentes apontados, os parâmetros constitucionais são exatamente os mesmos do caso vertente: o art. 56, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, cuja redação não sofreu qualquer modificação desde a promulgação.

111. Até a entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015, portanto, jamais houve dúvida quanto ao fato de que a interpretação consentânea com a Constituição era aquela que determinava a assunção do cargo por aquele imediatamente mais votado nas eleições para o Senado da República.

112. O fato é que a jurisprudência do TSE foi extremamente bem construída visando a impedir, quando houvesse cassação de chapa de senador eleito, que a vaga ficasse desocupada. Assim, a Justiça Eleitoral sempre evitou a sub-representação de um Estado-membro no Senado.

113. O advento da Lei nº 13.165/15, com a determinação de que, independentemente do número de votos anulados nas eleições majoritárias, novo pleito deverá ser realizado gerou lapso

temporal entre a cassação do mandato pela Justiça Eleitoral e a posse do eleito em pleito suplementar.

114. A sub representação do Estado-membro durante esse lapso temporal é que viola a Constituição e requer a solução aqui alvitrada de que seja dada interpretação conforme à Constituição ao art. 45, do RISF, para que se entenda que, cassado o mandato de senador e não havendo suplentes, seja dada posse interina aos próximos colocados na eleição em que se verificou a cassação.

5. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO DOGMÁTICA ENTRE VACÂNCIA E MÁ-REPRESENTAÇÃO DERIVADA DE AUSÊNCIA E DE LICENÇA

115. É importante não confundir o princípio jurídico da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado com a mera presença dos representantes nas sessões.

116. A representação igualitária no Senado é um princípio constitutivo daquela Casa Legislativa, ligado à distribuição orgânica dos poderes e à forma Federativa de Estado. Nesse sentido, esse princípio consagra um direito de cada Estado e do Distrito Federal de poder contar com o mesmo número de representantes no órgão que corporifica a Federação.

117. Já a presença dos representantes é uma situação de fato, que pode ocorrer por inúmeras razões e que pode gerar consequências jurídicas para a pessoa revestida da função representativa, mas sem invalidar o princípio essencial da igualdade quanto à representação.

118. Assim, um ou mais senadores podem faltar às sessões da Casa, sem que, com isso, se esteja diante de uma inconstitucionalidade. Eles podem inclusive faltar a quase 1/3 das sessões ordinárias do Senado, sem, com isso, perder o cargo (art. 55, III).

119. Essas ressalvas são importantes para não confundir duas situações absolutamente inconfundíveis. Uma, a possibilidade de um parlamentar se ausentar da Casa, por vontade própria ou até por licença. Outra, a vacância do cargo de um senador.

120. A ausência e a licença não geram a vacância e, portanto, não obrigam à convocação nem do suplente nem de um outro representante para exercer interinamente o cargo de senador até que outro seja eleito. Elas são apenas um ato volitivo da pessoa que exerce o múnus de senador.

121. Já a vacância é o vácuo, a absoluta falta, que reclama, por força das coisas, o preenchimento, uma vez que nenhum sistema constitucional pode conviver com o vácuo de poder. O vácuo de poder é a anomia constitucional.

122. A Constituição Federal, reconhecendo a antijuridicidade da vacância, cuidou para que, caso ela ocorresse, fosse prontamente preenchida por autoridade definitiva ou interina.

123. No caso dos parlamentares, a Constituição estabeleceu as eleições como forma de provimento definitivo do cargo vacante. E, conforme argumentamos, no caso do Senado Federal o preenchimento interino é necessidade decorrente da interpretação sistemática da Constituição, tendo em vista a ligação natural constitutiva entre o elemento federal que o Senado representa, as suas funções na mecânica dos poderes e o princípio da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado Federal.

124. Outra coisa, completamente distinta, até prosaica, é o comparecimento dos parlamentares às sessões do Senado ou da Câmara.

125. Prova da diferença de natureza entre presença nas sessões e licença, de um lado, e vacância, de outro, é que a Constituição tratou dos dois assuntos de forma radicalmente diferente, em dispositivos separados.

126. A questão do absentismo foi tratada junto com as licenças, sendo que essas seriam uma forma de justificar o absentismo. Isso está no inciso III do art. 55 e no inciso II do art. 56:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

§ 1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.

§ 2º Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato

O próprio §1º do art. 56 mostra que a vacância e a licença são situações que se excluem mutuamente. Se há licença, não há vacância. Se há vacância, não há licença.

127. Essa distinção se reflete no Regimento Interno do Senado Federal. Neste, a “licença” é tratada novamente junto com "ausência". O capítulo que regra o assunto, Capítulo X do Título II, chama-se "Da ausência e da licença". A vacância é tratada no Capítulo VIII, “Das vagas”, e diz expressamente:

Art. 28. As vagas, no Senado, verificar-se-ão em virtude de:

I - falecimento;

II - renúncia;

III - perda de mandato.

128. Esse texto mostra com clareza que a vacância se dá em caso de falecimento, renúncia ou perda de mandato. Não se confunde, portanto, com o mero não comparecimento às sessões.

129. Igualmente, o art. 45, do RISF, inserido no capítulo chamado “Da convocação de suplente”, assim como a Constituição, trata a “vacância” e a “licença” como mutuamente excludentes:

Art. 45. Dar-se-á a convocação de Suplente nos casos de vaga, de afastamento do exercício do mandato para investidura nos cargos referidos no art. 39, II, ou de licença por prazo superior a cento e vinte dias (Const., art. 56, § 1º).

130. Ou seja, ou há licença, e não há vacância, ou há vacância, e não há licença.

131. Para os fins desta Arguição, o que se pretende é resolver, de forma constitucionalmente adequada, a hipótese de vacância por perda de mandato decretada pela Justiça Eleitoral, hipótese textualmente prevista no art. 55 da Constituição, e não de licença do mandato, ou, ainda, de um Senador que esteja meramente faltando às sessões do Senado. Em tais casos o povo é quem decidirá acerca do comportamento desidioso, se for o caso, do parlamentar.

132. Com efeito, trata-se aqui das hipóteses em que os Senadores perdem o mandato por decretação da Justiça Eleitoral, e, portanto, assim que cessar a jurisdição da Justiça Eleitoral,

estar-se-á diante de uma situação de vacância que reclama solução compatível com a Constituição da República.

133. Com o devido respeito, a prevalecer a compreensão de que o cargo deve permanecer vago até a realização das eleições suplementares, haverá flagrante violação ao princípio da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado Federal. Daí porque é necessário o preenchimento interino do cargo de Senador quando a vacância ocorrer por decisão da Justiça Eleitoral.

134. Conseqüentemente, não cabe nenhuma analogia com a situação de licença ou de ausência, que não pressupõem vacância, mas, ao contrário, pressupõem que o cargo está preenchido.

135. Na ausência ou na licença, há o oposto de vacância. Ali, a Constituição e as Leis reforçam que o cargo está preenchido, ao dizerem que o absenteísmo físico justamente não se confunde com a vacância.

136. É evidente, *data venia*, a impossibilidade de se usar, assim, um permissivo que estipula o prazo máximo de licenciamento para, justamente, negar o preenchimento do cargo e perpetuar a violação ao princípio constitucional da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado.

137. Não se pode, com o devido respeito, interpretar a permissão para que um senador fique de licença por 120 dias, como uma mitigação da regra da representação igualitária no Senado. São coisas absolutamente diferentes.

138. A representação igualitária no Senado exige tanto a realização de eleições quanto o preenchimento interino da vaga até que o novo eleito seja empossado. As duas soluções, ao contrário do que assentou o e. TSE, se complementam, em vez de serem contraditórias.

139. A vacância no Senado não precisa significar uma afronta ao princípio da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado. Seria uma interpretação absurda, aquela que exigisse que a garantia de uma norma constitucional se desse às expensas de outra. É preciso aplicá-las de forma harmônica e congruente.

140. A lógica do direito brasileiro demanda, portanto, é que recomenda a nomeação do candidato mais bem posicionado no pleito em casos que tais.

141. A decretação da perda de mandato de senador eleito sem a anulação da eleição é possível pelo ordenamento jurídico (entre outras normas, pelo que prevê o próprio caput do art. 224 do Código Eleitoral).

142. Dessa forma, se há a decretação da perda, sem a anulação da eleição, significa que aquelas eleições permanecem válidas. O mesmo se pode dizer do seu resultado. Até porque, no caso de eleição para preenchimento de dois terços das vagas do Senado, a cassação de uma chapa não implica a destituição da outra chapa eleita.

143. Ora, para deter a lesão ao preceito fundamental que impede a desigualdade quanto à representação dos Estados no Senado em caso de perda de mandato por ordem da Justiça Eleitoral, deve-se interpretar o art. 45, do RISF, em combinação com as normas constitucionais que dispõem sobre a Federação e o Senado Federal, para nomear interinamente o candidato mais bem posicionado naquelas eleições. Essa interpretação prestigia a antiga jurisprudência do e. TSE, as eleições passadas e a sistemática do ordenamento jurídico.

144. Assim, a lógica dos dispositivos da Lei nº 13.165/2015, que instituiu as eleições como mecanismo para preencher os cargos vagos independentemente do número de votos anulados, também se veria prestigiada. É que o objetivo daquela lei foi justamente garantir a precedência das eleições sobre outras formas de preenchimento de cargos eleitorais, mesmo em caso de vacância sem anulação das eleições.

145. Ora, a interpretação que permitiria convocar o próximo colocado para preencher interinamente a vacância do cargo de Senador, segue a lógica de reforçar o mecanismo eleitoral, afinal, a legitimidade da nomeação interina seria, também, eleitoral, pois seria nomeado um candidato sufragado e votado (e, na prática, comumente mais bem votado que a maioria dos deputados). Assim, mesmo o candidato interino participaria desse substrato de legitimidade que, depois, será conferido ao novo senador eleito nos termos do art. 224, §3º, do Código Eleitoral (DOC.Nº06).

146. A interpretação que se pretende dar ao ordenamento jurídico para que, interinamente, seja nomeado o candidato subsequente ao cassado nas eleições, veicula uma solução que se impõe por sua própria lógica, que prestigia o elemento eleitoral. De forma direta, tal interpretação se impõe inclusive no critério relativo, quando a comparamos às outras soluções possíveis (incluindo a solução inconstitucional, qual seja, a de deixar o estado sub-representado) ela é a melhor.

147. Além disso, é importante lembrar que a própria regra da suplência para o preenchimento de cargos de deputados vacantes obedece à lógica do prestígio das eleições anteriores. Isso porque o suplente de deputado nada mais é do que o deputado mais votado na coligação a que pertencia o deputado cassado (art. 112 do Código Eleitoral e jurisprudência do TSE). Só após o esgotamento dessa lista é que se convocam novas eleições, aliás. É evidente que nesse caso se trata de uma opção legislativa clara e expressa (art. 113 do Código Eleitoral).

148. Portanto, o que aqui se pede, para deter e corrigir a lesão ao preceito fundamental da Forma Federativa de Estado (art. 1º e 60, §4º, I) e à igualdade da representação dos Estados no Senado (art.46, § 1º), é que o art. 45, do RISF, seja interpretado de forma a dele se extrair a determinação para que, em caso de perda de mandato de Senador da República por ordem da Justiça Eleitoral, e não havendo suplência, seja nomeado interinamente para o cargo o candidato mais bem votado nas eleições anteriores, desde que aquelas eleições sejam válidas (art. 224, do Código Eleitoral).

6. DAS RAZÕES PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

149. Em razão da lesão aos preceitos fundamentais da forma federativa do Estado (art. 1º e art. 60º, §4º, I, da CF) e dos princípios de organização dos poderes e de da federação que lhes servem de amparo (art. 44, art. 46, §1º, art. 52, entre outros da CF) é importante a concessão de medida liminar por esta Suprema Corte para o fim de determinar que: em todos os casos nos quais seja decretada a perda de mandato de um Senador da República pela Justiça Eleitoral, não havendo suplente, seja convocado o candidato que obteve o maior número de votos nas eleições em que concorreu o candidato cassado, até que o Senador da República eleito nos termos do art. 224, §3º, do Código Eleitoral, tome posse.

150. A plausibilidade do pedido de liminar está presente em razão da clareza do princípio da igualdade quanto à representação dos Estados no Senado Federal, que faz parte do núcleo essencial da Forma Federativa do Estado Brasileiro. Foi demonstrado com clareza que a igualdade quanto a representação senatorial dos Estados é uma norma consagrada na nossa Constituição.

151. Aliás, por representar característica imprescindível do princípio federativo, tal disposição é formadora da identidade e da continuidade da nossa Lei Fundamental¹² razão pela qual podemos considerar que a igualdade da representação senatorial é cláusula pétrea.

152. O perigo na demora, outro requisito para a concessão da liminar, evidencia-se pela existência de decisão do Tribunal Superior Eleitoral declarando a perda do mandato da Senadora da República pelo Estado de Mato Grosso, Senadora Selma Arruda, sem a consequente convocação de substituto para representar o Estado interinamente, até que o novo eleito esteja em condições de desempenhar esse encargo representativo. Registre-se que o acórdão (DOC.Nº05) do TSE deliberou expressamente o cumprimento imediato da decisão:

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em deferir o pedido de ingresso do Podemos (PODE) - Nacional na condição de assistente simples da recorrente/recorrida Selma Rosane Santos Arruda e acolher a preliminar de indevida quebra de sigilo bancário apenas quanto a Clérie Fabiana Mendes e rejeitar as demais e, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso ordinário de Clérie Fabiana Mendes somente para determinar a exclusão dos documentos referentes à violação do seu sigilo bancário, negar provimento aos recursos ordinários de Selma Rosane Santos Arruda, de Gilberto Eglair Possamai, do Partido Social Liberal (PSL) e de Carlos Henrique Baqueta Fávaro e outros e determinar a renovação do pleito e indeferir o pedido de assunção temporária da chapa terceira colocada no intervalo entre a cassação dos eleitos e a realização de pleito suplementar, e também **determinar a execução imediata do acórdão a partir de sua publicação, com a expedição de ofício ao Senhor Presidente do Senado Federal para que efetue** o afastamento dos mandatários cassados, com a comunicação da decisão ao Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso para que adote as providências cabíveis quanto à renovação do pleito, nos termos do voto do relator. (destacamos)

153. Como o acórdão foi publicado no dia 19.12.2019, a decisão está produzindo efeitos plenamente e a representação do Estado de Mato Grosso está inferior aos mandamentos constitucionais.

¹² “Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta” (CANOTILHO, p. 1.031).

154. Além disso, caso o presidente do Senado Federal não tenha dado cumprimento ao acórdão (cuja execução é imediata desde sua publicação) o próprio Senado Federal está funcionando de forma inconstitucional, porquanto, além de o Estado de Mato Grosso estar juridicamente sub representado, um cidadão sem mandato está oficiando no órgão contra expressa decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

155. Diante disso, o risco da demora na decisão é patente. Note-se que a próxima Sessão Legislativa deve se iniciar com votações de marcantes questões de viés federativo: a PEC do Pacto Federativo e a Reforma Tributária.¹³ Desse modo, os prejuízos advindos de eventual sub representação de um Estado no Senado Federal são incalculáveis e, possivelmente, irreparáveis.

156. Até que o Supremo Tribunal Federal decida definitivamente sobre o mérito desta ADPF, é preciso que todos os cargos de Senador, cuja vacância tenha ocorrido por decisão da Justiça Eleitoral que declara a perda de mandato da chapa, sejam preenchidos interinamente pelo candidato mais bem votado nas eleições, em seguida ao cassado ou ao segundo eleito (caso as eleições em questão tenham mais de um senador eleito).

157. Por fim, a concessão da medida cautelar pleiteada é plenamente reversível, não implicando qualquer prejuízo definitivo à ordem pública, ainda que tomada em sua esfera estritamente jurídica. Pelo contrário, garante-se, assim, o pleno funcionamento do Senado Federal e, por conseguinte, do Congresso Nacional.

7. PEDIDO

Em face do exposto, requeremos:

I – A admissão desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ante o atendimento de todos os seus pressupostos processuais;

II – Caso assim não se entenda, porém, requer-se que esta medida seja conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, haja vista a não existência de qualquer óbice para tanto;

¹³ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/30/senado-deve-votar-plano-mais-brasil-nos-primeiros-meses-de-2020>

III – A concessão de medida cautelar para, dando-se interpretação conforme à Constituição ao art. 45, do RISF, nos termos descritos acima, determinar que todos os cargos de Senador, cuja vacância tenha ocorrido por decisão da Justiça Eleitoral que declara a perda de mandato da chapa, sejam preenchidos interinamente pelo candidato mais bem votado nas eleições, em seguida ao cassado ou ao segundo eleito (caso as eleições em questão tenham mais de um senador eleito), nos termos do art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99;

IV – A posterior oitiva do Senado Federal, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei 9.882/99;

V – A procedência dos pedidos constantes desta ADPF para interpretar o art. 45, do RISF, de forma a determinar que em todos os casos em que seja decretada a perda de mandato de Senador da República, não havendo suplentes, e desde que as eleições em questão permaneçam válidas, seja nomeado interinamente o candidato mais bem colocado nas eleições para exercer o cargo até que o novo senador eleito nos termos do art. 224, §3º, do Código Eleitoral, seja empossado, evitando, assim, lesão ao preceito fundamental da Forma Federativa de Estado e normas dele decorrentes.

Pelo deferimento.

Brasília, 06 de janeiro de 2020

Sérgio Antônio Ferreira Victor
OAB/DF 19.277

José Eduardo Martins Cardozo
OAB/SP 67.219

Thiago Fernandes Boverio
OAB/SP 321.784
OAB/DF 22.432

Antônio Pedro Machado
OAB/SP 422.248
OAB/DF 52.908

Shelly Giuleatte Panncieri
OAB/DF 59.181

Renato F. Moura Franco
OAB/DF 35.464