

FORA TEMER e DIRETAS JÁ

o que se pode esperar do TSE

Cristian Silva¹

O julgamento da ação eleitoral que pede a cassação da chapa Dilma/Temer é um fato político de extrema relevância para a conjuntura atual, para a disputa política do passado e para os embates legislativos e eleitorais do futuro. Longe de ser uma simples ação judicial, a abertura do julgamento representa o início da campanha eleitoral do terceiro turno das eleições presidenciais de 2014. E segundo antecipam os grandes jornais, essa campanha começará com uma acusação de abuso de poder econômico contra a candidata petista pelo uso ilícito de R\$ 112 milhões.

Nesse cenário, a leitura do voto do relator certamente reabrirá a narrativa da direita sobre a criminalização do PT, a falta de legitimidade do governo Dilma e o funcionamento regular das instituições democráticas em momentos de crise – o que pode representar a cereja do bolo da estratégia dos golpistas. Mas também pode criar oportunidades para que a história do golpe de 2016 seja lembrada e reafirmada, para desgastar o presidente de plantão e para combater suas reformas ultraliberais e os partidos de sua coalizão.

Contudo, essa tarefa não será fácil diante da complexidade da situação. Defender o Fora Temer no TSE, por exemplo, pode ser interpretado como um pedido de condenação da candidata Dilma, com reflexos negativos inexoráveis para o PT. A luta por Diretas Já (outro exemplo) pode ramificar por mais de um caminho, cada um com riscos e desafios para a nossa luta política.

Por isso, é importante que nos apropriemos do debate se será travado no TSE para impulsionar o debate que queremos fazer com a sociedade. A expectativa é que o julgamento se decomponha em atos midiáticos sucessivos... a cada voto, uma oportunidade para ataques, manchetes, discursos, notas... a cada pedido de vista, o suspense do que pode vir depois.

Menosprezar esse cenário é um erro; disputar essa narrativa, uma necessidade!

Esse texto busca nivelar informações, explorar as possibilidades do julgamento e fomentar o debate sobre a estratégia que deve ser adotada para abordar o assunto na conjuntura atual. Ele descreve minimamente o que está sendo julgado, os efeitos do julgamento para os envolvidos e as possíveis repercussões institucionais.

¹ Advogado com especialização em ciência política e assessor da Liderança do PT no Senado.

1) Ações do TSE

Um dos pontos da estratégia eleitoral do PSDB em 2014 foi o uso de variados instrumentos judiciais contra as ações do governo e da campanha do PT.

No caso específico da cassação do mandato presidencial, o PSDB ajuizou quatro ações com fatos e argumentos similares ou idênticos entre si – ações de investigação judicial eleitoral AIJE 194358 e 154781, ação de impugnação de mandato eletivo AIME 761 e a representação RP 846. Em todas elas, foram suscitados abusos de poder político pelo uso da máquina do governo e abusos de poder econômico por utilização de recursos via caixa 2, recursos oriundos de corrupção ou recursos que ultrapassavam o limite estabelecido para a campanha presidencial.

À medida que denúncias ou fatos novos apareciam no cenário nacional, o PSDB ajuizava uma nova ação onde repetia os fatos antigos e acrescentava os novos.

Entre idas e vindas de cada uma dessas ações, a presidência do TSE determinou a unificação delas, cabendo a relatoria, inicialmente à ministra Maria Thereza e depois ao ministro Herman Benjamin.

Em todas as ações, o pedido inicial do PSDB é para que o TSE:

- reconheça os abusos;
- promova a cassação do registro da candidatura ou do diploma;
- declare a inelegibilidade de Dilma e Temer e;
- **faça a diplomação da chapa Aécio/Aloysio.**

Ou seja, o efeito prático do pedido formulado pelo PSDB é para declarar a vitória do segundo colocado, viabilizando a posse do senador como presidente da república.

A tese das defesas da Dilma e do Temer são no sentido de não ter ocorrido os abusos mencionados. Cumulativamente, em caso de condenação, cada um deles sustenta não haver responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa) em eventuais irregularidades, o que, em tese, poderia abrandar ou excluir alguma penalidade pessoal que resulte em inelegibilidade. No caso do Temer, há o pedido para que haja o desmembramento da chapa eleitoral para fins de julgamento – tanto para a discussão dos possíveis abusos eleitorais, quanto para aplicação de eventual pena sobre direitos políticos.

Os grandes jornais divulgaram recentemente que o Ministério Público Eleitoral irá pedir a condenação da chapa Dilma/Temer pelo recebimento indevido de recursos da

Odebrecht. Seriam R\$ 50 milhões oriundos de propina via caixa-1, R\$ 45 milhões via caixa-2 e R\$ 17 milhões via caixa-3, numa triangulação de recursos da empreiteira com o grupo Petrópolis.

Esse é o panorama geral da ação e, dentre as muitas possibilidades para esse julgamento, há algumas que merecem atenção redobrada pelo impacto político que podem provocar no cenário atual:

A) anulação de provas por vazamento de delações;

Gilmar Mendes, nas críticas que fez ao vazamento da última lista do Janot, disse que chegou “a propor no ano passado o descarte do material vazado, numa espécie de contaminação de provas colhidas licitamente, mas divulgadas ilicitamente”. Se ele mantiver a posição e isso for debatido no TSE, será a primeira vez que um tribunal superior, com a presença de ministros do STF, abordará a possibilidade de anulação de provas decorrentes da Lavajato por vazamento ilegal.

B) improcedência da ação;

Nesse caso, o TSE teria de declarar que não houve abuso de poder político ou econômico, ou que isso não teria sido grave. Os interessados diretos nessa decisão seriam Dilma e o PT (já que há um procedimento judicial provocado pelo ministro Gilmar Mendes para cassar o registro do partido justamente pelo uso de recursos desviados da Petrobras). Outro beneficiado direto seria o atual presidente, que não teria mais a incerteza da cassação eleitoral e da instabilidade política que essa situação causa.

C) procedência da ação, com a cassação da chapa;

O reconhecimento dos abusos tem como efeito direto a anulação dos votos dados à Dilma e, por conseguinte, a cassação do registro e diploma da chapa Dilma/Temer.

Nesse caso, há uma discussão para cassar o diploma apenas da presidenta e manter o mandato do Temer – o que é uma monstruosidade jurídica bastante improvável, já que a anulação dos votos atinge a integralidade da chapa conforme a jurisprudência do TSE. Outro efeito direto da condenação é a inelegibilidade,

situação onde a defesa do Temer também discute o desmembramento para isentá-lo dessa penalidade – esse ponto foi mais divulgado na imprensa e há precedentes na corte eleitoral que divergentes, que contrariam ou que respaldam essa tese. No caso do governo do DF, o TCE aceitou a tese porque não foi provada a responsabilidade pessoal do vice nos atos de abuso de poder (RO 138069 – vice Tadeu Filipelli)

Outro efeito decorrente da cassação é a solução jurídica para suprir a vacância do cargo, podendo ser a diplomação do segundo colocado ou a realização de uma nova eleição presidencial (direta ou indireta). Segundo a redação atual do art. 224 do Código Eleitoral, deverá ser feita eleição direta nesses casos, exceto se a cassação ocorrer nos últimos seis meses do mandato. Segundo o art. 81 da Constituição, havendo vacância dos cargos presidenciais, a eleição será indireta se isso ocorrer nos dois últimos anos do mandato. Essa dualidade certamente será enfrentada nesse processo.

Qualquer que seja o resultado, é provável que haja recurso e/ou ação cautelar ao STF para evitar que os efeitos da decisão se materializem. Isto é, a expectativa é que o efeito concreto da decisão do TSE demore a ser implementado, podendo muito provavelmente ocorrer já no final do atual mandato presidencial – a não ser que haja muita pressão política social para que o TSE antecipe os efeitos da decisão (como nos casos do MA e PB) ou pressão para que o STF resolva o caso rapidamente.

2. Diplomação e posse do segundo colocado

O pedido de diplomação do segundo colocado feito pelo PSDB é totalmente coerente com a legislação e a jurisprudência existente em 2014.

O caput do art. 224 do Código Eleitoral dispunha, já naquela época, que “se a nulidade atingir mais da metade dos votos nas eleições presidenciais... julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o tribunal marcará novas eleições” e o tribunal marcará novas eleições entre 20 e 40 dias.

Colocando isso na prática, teríamos o seguinte cenário. Dilma obteve 41,59% dos votos válidos no primeiro turno das eleições. Com a anulação desses votos, não haveria nova

eleição porque não foi ultrapassado o percentual de mais de 50% dos votos. Por consequência, a votação do segundo turno estaria prejudicada.

A eleição de 2014 teve 104.023.802 votos válidos. Com a anulação dos votos dados à candidata do PT, o número total de votos válidos diminuiria para 60.756.134. Como o candidato Aécio obteve 34.897.211 votos, ele seria considerado eleito neste cenário, já que alcançaria 57,44% dos votos válidos do primeiro turno.

Essa metodologia era amplamente aceita na jurisprudência do TSE, como pode ser verificado em inúmeros casos de cassação de prefeito, e nos casos da cassação do ex-governador do Maranhão Jackson Lago (RCED 671) e do ex-governador da Paraíba Cássio Cunha Lima (RCED 736).

O julgamento do caso paraibano, inclusive, motivou o PSDB a ajuizar uma ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 155 no STF para questionar a validade constitucional da regra do art. 224 do código eleitoral. O partido sustentava que não se pode dar posse ao segundo colocado quando houver anulação de votos da chapa vencedora. A ADPF 155 ainda está pendente de julgamento, mas o relator Ricardo Lewandowski já se pronunciou, em outros julgamentos no TSE, que deveria se aplicar o art. 81 da Constituição Federal – realização de novas eleições.

Ocorre que, em 2015, ao aprovar a minirreforma eleitoral, o Congresso inseriu o seguinte dispositivo no art. 224 do código eleitoral:

§ 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, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

Ou seja, a partir de 2015, deverão ter novas eleições sempre que houver cassação de mandato por decisão da justiça eleitoral, independentemente do número de votos anulados. Nas eleições municipais de 2016, o novo dispositivo já foi aplicado em 12 municípios, que realizaram eleições suplementares no último final de semana.

A discussão que pode caber aqui é de natureza temporal. As eleições presidenciais foram realizadas em 2014 e a nulidade dos votos ocorreu em 2014. Sendo assim, qual é a

regra que deve ser aplicada nesse caso - a que vigorava em 2014 ou a regra em vigor na hora do julgamento (2017).

Essa não é uma discussão simples, principalmente se for considerado o art. 16 da Constituição, que proíbe a aplicação de lei aprovada menos de 1 ano antes das eleições e que altere o processo eleitoral. Cabem muitas interpretações nesse caso e é difícil prever um desfecho para esse tema específico.

Ainda que a conjuntura atual esteja desfavorável para esse tipo de desfecho, especialmente pelas denúncias que pipocam contra o senador tucano, é preciso colocar essa possibilidade no radar. Pode ser coincidência, mas é muito estranho surgir uma capa da Veja contra o senador mineiro justamente no momento que o julgamento será iniciado. Isso pode ser fogo amigo vindo de São Paulo para inviabilizar politicamente qualquer decisão que beneficie o segundo colocado nas eleições de 2014.

É importante lembrar que a posse no cargo de presidente faz com que todos os processos ou investigações criminais contra a pessoa fiquem paralisados, tendo em vista que a/o presidente não pode ser responsabilizada/o por atos estranhos ao cargo durante o mandato. Assim, nesse cenário, teríamos um peso maior do componente *Lavajato* nesse cipoal político do julgamento eleitoral.

Apesar disso tudo, é preciso considerar o fator político do tribunal eleitoral, como a atuação do ministro Gilmar Mendes. A ascendência do ministro sobre os debates no Tribunal, suas declarações políticas ofensivas e desrespeitosas contra o PT e sua notória proximidade com o PSDB não deixam que esse cenário possa ser relativizado.

3. Eleições diretas

Durante a discussão da minirreforma eleitoral de 2015, foi dito expressamente que a mudança no art. 224 do código eleitoral tinha como escopo reduzir o protagonismo da justiça eleitoral na escolha dos candidatos vencedores. A excessiva judicialização do processo eleitoral e os parâmetros legais abertos davam margem para que os órgãos eleitorais aplicassem entendimentos diversos segundo suas próprias conveniências. Assim, em alguns casos, optava-se por novas eleições – em outros, dava-se posse ao segundo colocado.

Para atacar essa situação de extrema insegurança, optou-se por uma regra mais objetiva – cassada a chapa vencedora, faz-se novas eleições, independentemente do número

de votos anulados. Nesse caso, a eleição deve ser direta, exceto se faltar menos de 6 meses para o fim do mandato, conforme dispõe o § 4º do art. 224, também inserido na minirreforma de 2015.

Sendo assim, se o TSE optar pela redação atual do art. 224, §§ 3º e 4º, do código eleitoral, teríamos eleições presidenciais diretas se o processo terminar antes de julho de 2018. Essa tese já foi defendida publicamente por membros da REDE e é o centro do debate atual sobre a forma de escolha presidencial no caso de cassação da chapa.

O senador Humberto Costa, inclusive, fez uma consulta formal ao TSE questionando (em tese) qual regra deveria ser aplicada nos dois últimos anos do mandato presidencial: o mecanismo de eleição direta do código eleitoral ou a eleição indireta prevista no art. 81 da Constituição. A resposta do Tribunal foi no sentido de não poder responder a consulta, tendo em vista que há um caso concreto em julgamento onde esse conflito de interpretação pode ser debatido e arbitrado.

Ou seja, há uma grande imprevisibilidade sobre o desfecho prático desse julgamento, tendo em vista o ineditismo da situação. Além de ser a primeira vez que o TSE vai julgar uma eleição presidencial, não se sabe qual regra deve ser aplicada para a solução do conflito judicial.

Outro ponto relevante no caso do art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, é que a convocação de nova eleição presidencial só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão. Isto é, somente após o esgotamento de todos os recursos no TSE, e no STF, é que seria convocado um no pleito eleitoral. Na prática, o atual presidente poderia continuar presidindo o país até o final do atual mandato, mesmo que o TSE o condenasse.

Nesse cenário, a ilegitimidade jurídica do mandato presidencial reforçaria a tese da ilegitimidade política do atual governo, o que pode comprometer a agenda ultraliberal que está implementada. Por isso, é de se esperar que a direita que apoiou o golpe de 2016 mire seu discurso num apelo pela estabilidade política até 2018, algo como ruim com o Temer, pior sem ele.

Para apimentar ainda mais essa situação de insegurança e imprevisibilidade, a PGR ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5525 contra os §§ 3º e 4º do art. 224 do código eleitoral. Alega que a eleição presidencial é regulada pela regra do art. 81, que prevê eleição indireta no caso de vacância nos dois últimos anos do mandato. Sustenta também a inconstitucionalidade da regra que prevê o trânsito em julgado, nos processos de cassação,

como condição para convocação de novas eleições. Abstraindo um pouco dos elementos jurídicos, aqui parece haver um interesse político muito grande em manter a Justiça Eleitoral como o ator preponderante das eleições, com poderes para escolher os vencedores conforme o livre convencimento de seus julgadores – situação extremamente criticada na minirreforma eleitoral de 2015 e que motivou a alteração do art. 224 do Código Eleitoral.

Como há pedido cautelar na ADI 5525 para suspender os dispositivos do código eleitoral, o ministro-relator Roberto Barroso resolveu aplicar o procedimento abreviado para julgar diretamente o mérito da ação, que está disponível para julgamento no plenário do STF desde 26/10/2016.

Assim, pode haver mais novidades no meio desse caminho, já que o STF pode decidir pela não aplicação do dispositivo eleitoral que manda, em caso de cassação, realizar eleição direta até 6 meses antes do fim do mandato, ou do dispositivo que exige o trânsito em julgado para que essa eleição seja convocada.

Em suma, já há dispositivo legal que ampara o discurso das “Diretas Já” para o caso concreto (Código Eleitoral, art. 224, §§ 3º e 4º). Nesse particular, é importante que a luta política e social dispute essa narrativa, tendo em vista que essa regra eleitoral foi esquecida por formadores de opinião e meios de comunicação, podendo ser efetivamente relativizada pelo TSE ou pelo STF.

4. Eleições indiretas

A terceira hipótese, e talvez a mais difundida, é a possibilidade de haver eleição indireta em caso de cassação do registro ou do diploma da chapa vencedora em 2014. Nesse caso, estaríamos aplicando a regra prevista no art. 81 do texto constitucional.

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

Há, nesse ponto, uma divergência de interpretação que deve ser considerada. Nos julgamentos dos governadores do Maranhão, Paraíba e Tocantins, a maioria dos ministros do TSE entenderam que a primeira regra que deve ser aplicada é o art. 224 do código eleitoral. Se o tribunal concluísse pela necessidade de novas eleições, então seria necessário

discutir a aplicação do art. 81 do texto constitucional, isto é, a votação direta nos dois primeiros anos e indireta nos dois últimos.

A justificativa era que a cassação da chapa eleitoral vencedora não se enquadrava no conceito de vacância do art. 81 da Constituição, já que, com a anulação dos votos dados, o mandato e o exercício da presidência estavam viciados desde o início. Não haveria, nesse caso, um presidente legítimo de direito, não havendo também a vacância prevista no texto constitucional, que seria aplicável aos casos de renúncia, morte, impedimento, etc.

Contudo, alguns ministros, em especial o ministro Lewandowski, entendia que esse raciocínio não está alinhado à Constituição. Para ele, o art. 81 fala em vacância de forma genérica, não fazendo distinção entre os motivos que a geraram – se eleitorais ou não-eleitorais. Assim, ele e outros juízes do TSE opinavam pela aplicação do texto constitucional sempre que houvesse a cassação da chapa, devendo haver eleições diretas no primeiro biênio e indiretas no segundo.

Essa é uma discussão que ainda está em aberto nos tribunais, especialmente no STF, tendo em vista que ADPF 155, onde essas questões são abordadas, ainda não foi julgada pelo tribunal.

Mas se a opção for pela realização de eleição indireta pelo Congresso Nacional, há um grande problema que deve ser enfrentado – a ausência de regras sobre esse tipo de eleição. A Constituição prevê que a lei deve regular o assunto, mas essa lei nunca foi aprovada pelo Parlamento.

Há questões simples sem respostas. Afinal, quem pode se candidatar? Deve estar filiada/o a partido ou não? Precisa cumprir algum prazo de desincompatibilização? Haverá campanha eleitoral e como ela deve ser feita? Uma questão mais complexa é como funcionará o colégio eleitoral chamado Congresso Nacional – haverá uma votação unicameral com 594 parlamentares ou serão duas votações, uma em cada Casa, como ocorre na apreciação dos vetos, na matéria orçamentária e nos temas de competência exclusiva do Congresso.

Esses são pontos cegos da nossa institucionalidade que deverão ser colocados à prova, caso esse processo do TSE resulte na realização de uma eleição indireta.

Na ADI 1057, julgada em 1994, o Supremo Tribunal Federal enfrentou esse debate na análise de uma lei da Bahia. O colegiado entendeu, naquele momento, que a eleição

indireta prevista no art. 81 não tem natureza eleitoral, mas sim político-administrativa. “Trata-se de um ato eleitoral, mas não se trata de direito eleitoral” – disse a Suprema Corte.

A natureza jurídica da eleição indireta do art. 81 da Constituição estaria ligada ao princípio da auto-organização ou do autogoverno, isto é, seria matéria de organização político-administrativa, não se aplicando a Lei das Eleições ou o Código Eleitoral – daí a necessidade de uma lei específica para regular o assunto.

O risco desse precedente é que ele confere uma ampla liberdade política para o Congresso Nacional disciplinar a eleição indireta, podendo decidir, por exemplo, por regras próprias de desincompatibilização ou pela votação aberta ou secreta, dentre tantas outras coisas. No atual ambiente político, isso parece ser mais um risco do que uma oportunidade, já que o baixo nível de consenso político e social pode levar a impasses institucionais.

Ainda nesse julgamento, o STF ponderou que as condições de elegibilidade e de inelegibilidade previstas no art. 14 devem ser observadas. Sendo assim, são condições para a candidatura: a nacionalidade brasileira, o pleno gozo dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, a filiação partidária, o domicílio eleitoral, a idade mínima de 35 anos.

Pelo mesmo raciocínio, não pode se candidatar: o cônjuge ou parente do presidente em exercício nos seis meses anteriores à eleição; os governadores e prefeitos que não se desincompatibilizarem do cargo seis meses antes do pleito; os atingidos pela lei da Ficha Limpa; os analfabetos e os inalistáveis.

Os fundamentos e as conclusões do julgamento da ADI 1057 têm servido como *leading case* para discussões semelhantes no STF, sendo reafirmados sem mudanças significativas. No julgamento da ADI 4298, em 2009, o STF esclareceu que, por não se tratar de matéria eleitoral, não incide o princípio da anualidade da lei eleitoral, podendo o legislativo fixar a regra da eleição indireta a qualquer tempo.

Partindo desses pressupostos, entendo que o tempo de filiação partidária e o prazo de desincompatibilização para os demais agentes públicos não referidos no art. 14 da Constituição, podem ser livremente estabelecidos em lei ordinária específica para a eleição indireta. O mesmo pode ser dito sobre o tempo e a forma de campanha eleitoral, e outras questões tangentes a esse processo eleitoral específico.

Com relação ao colégio eleitoral, entendo que o modelo constitucional para o Congresso Nacional prevê a deliberação separada em cada uma das Casas, o que resultaria em duas eleições – uma na Câmara e outra no Senado. Apesar de ser um procedimento

totalmente anômalo, não há previsão constitucional ordinária para uma votação num colégio único de 594 congressistas. A única vez que isso ocorreu foi no processo de revisão constitucional em 1993, mas por expressa disposição de norma constitucional.

Sendo assim, seria necessária a criação de uma norma especial para viabilizar uma eleição unicameral dentro do Congresso Nacional – havendo muita dúvida sobre a natureza dessa norma, se constitucional ou infraconstitucional.

A eleição indireta de 1985 não pode ser utilizada como paradigma para a conjuntura atual. Primeiro porque foi uma eleição regida por uma Constituição não democrática do final do regime militar.

Segundo porque o texto constitucional da época não outorgava ao Congresso Nacional a prerrogativa de eleger indiretamente o presidente. O art. 77 dizia que o “Presidente será eleito, entre os brasileiros maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos, pelo sufrágio de um colégio eleitoral, e sessão pública e mediante votação nominal. Esse colégio eleitoral era composto pelos parlamentares do Congresso Nacional (mas não se confundia com ele). Tanto é verdade que esse colégio eleitoral também tinha delegados escolhidos pelos Estados.

Nesse caso, a própria Constituição regulava o processo, já que cada membro do colégio eleitoral tinha direito a um voto e o presidente podia ser eleito, em segunda votação, pela maioria simples dos votantes. Ou seja, as regras constitucionais de 1985 são muito diferentes das regras de hoje.

Diante de tudo isso, é difícil não ver que o quadro geral é de extrema imprevisibilidade... quanto mais se aprofunda o assunto, mais questões não respondidas surgem pelo caminho.