

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.104
Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra os arts. 3º a 13 da Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que “*dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais*”. Por facilidade, veja-se uma vez mais a redação dos dispositivos impugnados.

CAPÍTULO II

DA NOTÍCIA-CRIME ELEITORAL

Art. 3º Qualquer pessoa que tiver conhecimento da existência de infração penal eleitoral deverá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la ao Juiz Eleitoral (Código Eleitoral, art. 356).

Art. 4º Verificada a sua incompetência, o Juízo Eleitoral determinará a remessa dos autos ao Juízo competente (Código de Processo Penal, art. 69).

Art. 5º Quando tiver conhecimento da prática da infração penal eleitoral, a autoridade policial deverá informá-la imediatamente ao Juízo Eleitoral competente, a quem poderá requerer as medidas que entender cabíveis, observadas as regras relativas a foro por prerrogativa de função.

Art. 6º Recebida a notícia-crime, o Juiz Eleitoral a encaminhará ao Ministério Público Eleitoral ou, quando necessário, à polícia, com requisição para instauração de inquérito policial (Código Eleitoral, art. 356, § 1º).

Art. 7º As autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem for encontrado em flagrante delito pela prática de infração eleitoral, salvo quando se tratar de crime de menor potencial ofensivo, comunicando imediatamente o fato ao Juiz Eleitoral, ao Ministério Público Eleitoral e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (Código de Processo Penal, art. 306, *caput*).

§ 1º Em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao Juiz Eleitoral o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (Código de Processo Penal, art. 306, § 1º).

§ 2º No mesmo prazo de até 24 horas após a realização da prisão, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas (Código de Processo Penal, art. 306, § 2º).

§ 3º A apresentação do preso ao Juiz Eleitoral, bem como os atos subsequentes, observarão o disposto no art. 304 do Código de Processo Penal.

§ 4º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz Eleitoral deverá fundamentadamente (Código de Processo Penal, art. 310):

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 5º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único).

§ 6º Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o Juiz Eleitoral deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios constantes do art. 282, ambos do Código de Processo Penal (Código de Processo Penal, art. 321).

§ 7º A fiança e as medidas cautelares serão aplicadas pela autoridade competente com a observância das respectivas disposições do Código de Processo Penal.

§ 8º Quando a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade policial elaborará termo circunstanciado de ocorrência e providenciará o encaminhamento ao Juiz Eleitoral.

CAPÍTULO III DO INQUÉRITO POLICIAL ELEITORAL

Art. 8º O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.

Art. 9º Se o indiciado tiver sido preso em flagrante ou preventivamente, o inquérito policial eleitoral será concluído em até 10 dias, contado o prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão (Código de Processo Penal, art. 10).

§ 1º Se o indiciado estiver solto, o inquérito policial eleitoral será concluído em até 30 dias, mediante fiança ou sem ela (Código de Processo Penal, art. 10).

§ 2º A autoridade policial fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao Juiz Eleitoral (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º).

§ 3º No relatório, poderá a autoridade policial indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas (Código de Processo Penal, art. 10, § 2º).

§ 4º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade policial poderá requerer ao Juiz Eleitoral a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo Juiz Eleitoral (Código de Processo Penal, art. 10, § 3º).

Art. 10. O Ministério Público Eleitoral poderá requerer novas diligências, desde que necessárias à elucidação dos fatos.

Parágrafo único. Se o Ministério Público Eleitoral considerar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que possam fornecê-los, ressalvadas as informações submetidas à reserva jurisdicional (Código Eleitoral, art. 356, § 2º).

Art. 11. Quando o inquérito for arquivado por falta de base para o oferecimento da denúncia, a autoridade policial poderá proceder a nova investigação se de outras provas tiver notícia, desde que haja nova requisição, nos termos dos artigos 5º e 6º desta resolução.

Art. 12. Aplica-se subsidiariamente ao inquérito policial eleitoral as disposições do Código de Processo Penal, no que não houver sido contemplado nesta resolução.

Art. 13. A ação penal eleitoral observará os procedimentos previstos no Código Eleitoral, com a aplicação obrigatória dos artigos 395, 396, 396-A, 397 e 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei no 11.971, de 2008. Após esta fase, aplicar-se-ão os artigos 359 e seguintes do Código Eleitoral.

2. Em síntese, a petição inicial aponta os seguintes vícios na Resolução questionada:

(i) inconstitucionalidade formal pela usurpação da competência da União para legislar sobre processo penal (CF/88, art. 22, I);

(ii) violação ao princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II), na medida em que teriam sido criados deveres para os cidadãos sem amparo legal;

(iii) violação ao princípio acusatório (CF/88, art. 129, I, VI e VIII), uma vez que o ato questionado teria limitado as funções institucionais do Ministério Público na condução das investigações criminais e para a formação do seu próprio convencimento;

(iv) violação ao princípio do juiz natural e da inércia da jurisdição (CF/88, art. 5º, LIII), bem como à competência do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial (CF/88, art. 129, VII), tendo em vista que os dispositivos impugnados instituiriam uma anômala supervisão judicial sobre as investigações e inquéritos, comprometendo a imparcialidade dos magistrados;

(v) violação ao princípio da eficiência (CF/88, art. 37, *caput*) e ao princípio mais específico da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), uma vez que a Resolução questionada daria ensejo a interferências desnecessárias do Poder Judiciário, criando entraves indevidos ao andamento das investigações.

II. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

3. Embora a matéria não pareça apta a suscitar maior controvérsia, procedo ao exame formal do cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. A legitimidade ativa e o direito de propositura por parte do Procurador-Geral da República são inequívocos, nos termos do art. 103, VI, da Constituição, que encerra hipótese de legitimação universal. O objeto, por sua vez, é idôneo para a deflagração do controle abstrato, tendo em vista que a Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, contém enunciados normativos, gerais e abstratos, destinados a regular a apuração de crimes eleitorais.

4. A possível objeção de que se cuidaria de mera regulamentação de dispositivos legais – o que, em rigor, não é o caso – confunde-se parcialmente com o próprio mérito da ação. Com efeito, um dos argumentos centrais da impugnação consiste justamente na tese de que a Resolução teria desbordado da atribuição regulamentar do TSE e, nessa condição, violado a competência privativa da União para legislar sobre processo, bem como o princípio da separação dos Poderes. Nesse ponto, na linha de precedentes do Plenário, não é necessário que o ato infralegal questionado seja desprovido de qualquer base legislativa, sendo suficiente que haja pontos de descolamento e inovação substancial contrários à reserva de lei¹.

¹ Nessa linha, dentre outros, v. ADI 3.664/RJ, DJe 21.09.2011, Rel. Min. Cezar Peluso: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. **Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.** 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre

5. No caso de que se trata, ademais, o cabimento é facilitado pela existência de causas de pedir diversas da violação ao princípio da legalidade. Vale dizer: o Procurador-Geral da República sustenta que parte dos dispositivos questionados seria inconstitucional não apenas pelo fato de haverem inovado indevidamente a ordem jurídica, mas também por sua incompatibilidade material com os comandos constitucionais que definem o papel institucional do Ministério Público na investigação criminal. O exame dessas alegações demanda, igualmente, o seu cotejo à luz da Constituição.

6. Não fosse por essas razões de ordem estritamente técnica, o conhecimento da ação se imporia pela necessidade premente de se superar a controvérsia acerca da aplicabilidade da Resolução nas eleições que se aproximam, afastando grave insegurança jurídica e o risco de que investigações e processos criminais venham a ser desenvolvidos com alguma nulidade. Vale o registro, nessa linha, de que há diversos precedentes quanto ao cabimento e à relevância da ação direta de inconstitucionalidade para o controle de resoluções normativas do Tribunal Superior Eleitoral, especialmente em contextos como o ora em exame².

Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ” (negrito acrescentado).

² A título de exemplo, cuidando de resolução também editada em período próximo às eleições e destinada a incidir no seu curso, v. ADI 4.467 MC, Rel^a. Min.^a Ellen Gracie, DJe 31.05.2011: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010. 1. A proximidade das eleições gerais de 3 de outubro de 2010 e a invulgar importância do tema enfrentado na presente ação direta, relativo ao livre exercício da cidadania pela expressão do voto, autorizam o procedimento de urgência previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito. (...) 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação

7. Com essas considerações, conheço da ação direta de inconstitucionalidade.

III. UMA PREMISSE TEÓRICA: A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelos sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública³ –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais⁴. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional.

9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase

conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto”.

³ CF/88, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”.

⁴ CF/88, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (...)”.

de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar.

10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-juiz. Nesse contexto, cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento – quase sempre no sentido de um juízo condenatório.

11. Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral⁵, que o juiz não

⁵ STF, HC 82.507, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2002: “STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de

pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria⁶. Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição⁷.

12. Em suma, o sistema acusatório estabelece determinadas balizas para os procedimentos de investigação criminal, que devem ser desenvolvidos ordinariamente pela autoridade policial sob a supervisão do Ministério Público. Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de

arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido”.

⁶ STF, ADI 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22.10.2004: “(...) 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte”.

⁷ STF, AgR no Inq. 2.013, Rel. Originário Min. Dias Toffoli, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux: “(...)1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: “Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. (...)”.

conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual.

13. Feito esse registro teórico inicial, já é possível analisar a consistência das alegações deduzidas pelo requerente, ainda no âmbito restrito do juízo cautelar. O exame será feito na ordem que se considera mais adequada para o encadeamento do raciocínio.

IV. EXAME DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL GENÉRICA

14. Antes de ingressar nas impugnações materiais, o Procurador-Geral da República sustenta que a Resolução nº 23.396/2013 teria invadido a competência da União Federal para legislar sobre direito processual. A resolução em questão foi editada com base no poder normativo previsto no art. 23, IX, do Código Eleitoral⁸, bem como na previsão mais específica contida no art. 105 da Lei nº 9.504/97, que autoriza o Tribunal Superior Eleitoral a expedir, até o dia 5 de março de cada ano eleitoral, instruções para a fiel execução da própria lei⁹.

15. Essa última competência, em particular, permite que a Corte especializada sistematize as normas aplicáveis e padronize a sua interpretação, orientando o amplo conjunto de autoridades que terão o encargo

⁸ Código Eleitoral, art. 23: “Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...)”.

⁹ Lei nº 9.504/97, art. 105: “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

de aplicá-las. Tendo em conta essa previsão legal e a realidade que ela se destina a regular, inicialmente não me impressiona, com a devida vênia, o argumento de que a Resolução nº 23.396/2013 seria formalmente inconstitucional. No caso, sequer é necessário desenvolver um raciocínio mais sofisticado acerca da validade e dos limites do poder normativo conferido ao TSE, prestigiado por este Tribunal em diversas ocasiões¹⁰.

16. Isso porque a própria Procuradoria-Geral da República reconhece que parte dos dispositivos questionados limita-se a reproduzir a legislação pertinente, o que corresponde ao propósito de sistematização acima identificado. Faço o registro de que é necessário ter cautela com a reprodução de enunciados legais por autoridades desprovidas da respectiva competência normativa, ainda que a pretexto de esclarecimento didático. Na prática, tende a ser difícil distinguir, *a priori*, entre o que é mera repetição e o que seria inovação inválida, o que pode gerar insegurança jurídica e conflitos interpretativos diversos. Penso que isso não se aplica, porém, ao contexto específico do poder normativo atribuído ao TSE, pelas razões já expostas, relacionadas à sistematização das regras aplicáveis em matéria eleitoral.

17. **Com essas considerações, não verifico *fumus boni juris* na alegação de ofensa genérica ao art. 22, I, da Constituição, que atribui à União a competência para legislar sobre direito processual. Com base nisso, afasto, ao menos em sede cautelar, as impugnações aos art. 7º, 12 e 13, da Resolução.**

¹⁰ Nessa linha, reconhecendo uma competência normativa primária ao TSE, ainda que excepcional e desejavelmente transitória, v. STF, ADI 3999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.04.2009: "(...) 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. (...) 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente".

V. EXAME DAS IMPUGNAÇÕES MATERIAIS

18. Antes de ingressar na análise individualizada das impugnações materiais, enuncio um vetor interpretativo que considero aplicável à matéria. Em se tratando de atos editados no exercício de uma competência normativa atípica do Tribunal Superior Eleitoral, entendo que o juízo de compatibilidade com a Constituição deve ser feito de forma rígida, ainda mais quando se considera a alegação de que os dispositivos limitariam o papel institucional do Ministério Público na condução de investigações criminais. Ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída, sequer em tese, ao órgão jurisdicional.

19. Vale dizer: ainda que o poder regulamentar possa autorizar, em alguma medida, o desenvolvimento de conteúdos que não sejam tratados de forma analítica na legislação, disso certamente não decorre que o TSE esteja autorizado a introduzir inovações substantivas na atual forma de concretização do princípio acusatório. Essa constatação independe de qualquer juízo de valor quanto ao acerto ou desacerto das escolhas normativas encartadas na Resolução nº 23.396/2013. Estabelecida essa premissa interpretativa, passo ao exame específico dos dispositivos questionados.

V.1. Exame dos arts. 3º e 5º, da Resolução: comunicação das notícias-crime e providências iniciais

20. O art. 3º da Resolução estabelece que qualquer pessoa que tenha ciência de infração penal eleitoral deverá efetuar a comunicação ao juiz eleitoral, verbalmente ou por escrito. Segundo se depreende da petição inicial, o dispositivo seria incompatível com o sistema acusatório, uma vez que as comunicações deveriam ser endereçadas ao Ministério Público Eleitoral, encarregado de proceder às averiguações cabíveis.

21. Sem prejuízo da coerência técnica da impugnação, é possível dar ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, explicitando que ele não impede que as infrações sejam comunicadas diretamente ao Ministério Público e que, caso sejam informadas ao juiz, este se limitará a notificar o *Parquet* para que proceda como entender de direito. Em rigor, o artigo questionado parece reconhecer a percepção social mais corriqueira, no sentido de ser o juiz eleitoral a autoridade responsável pela regularidade das eleições. Considerando a abrangência do processo eleitoral e o interesse de que todos os cidadãos fiscalizem o seu desenvolvimento, seria excessivo proibir que estes se dirijam ao juiz encarregado para notificar infrações de que tenham ciência.

22. Vale notar, aliás, que a previsão impugnada contém remissão expressa e reproduz o conteúdo material do art. 356, *caput*, do Código Eleitoral, cuja suposta invalidade não foi sequer suscitada. Os parágrafos desse artigo explicitam que o juiz deverá repassar a notícia-crime ao Ministério Público, que poderá requisitar as informações complementares que julgar

necessárias, diretamente¹¹. Ou seja, a norma legal aplicável parece alinhada com a interpretação conforme ora proposta. **Com esse alcance limitado, verifico a existência de *fumus boni juris* em relação à tese de inconstitucionalidade do art. 3º, unicamente para o fim de que a ele se atribua interpretação conforme a Constituição, no sentido aqui proposto.**

23. O art. 5º da Resolução, por sua vez, determina que as próprias autoridades policiais, ao tomarem conhecimento de infrações, comuniquem o ocorrido ao juiz eleitoral, a quem poderiam requerer as medidas que entenderem cabíveis. A previsão contém dois problemas graves. Em primeiro lugar, não seria próprio reproduzir aqui o raciocínio desenvolvido em relação ao artigo 3º. Em se tratando de comando dirigido a agentes públicos, não faz sentido que as notícias-crime sejam endereçadas diretamente à autoridade judicial. É de se aplicar a lógica inerente ao sistema acusatório, concentrando-se as investigações na Polícia, com a participação do Ministério Público. A interferência judicial nessa fase é excepcional, na linha do que já foi exposto.

24. Em segundo lugar, é igualmente imprópria a previsão de que a autoridade policial teria de requerer ao juiz, genericamente, as medidas que considerar cabíveis. Isso estabeleceria uma direção judicial das investigações, inadmissível à luz do sistema acusatório. Em vez disso, a competência decisória do Judiciário deverá se limitar à análise das diligências sujeitas à reserva de jurisdição. **Por ambos os motivos, portanto, há consistência na impugnação ao art. 5º da Resolução.**

¹¹ Código Eleitoral, art. 356: “Todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal dêste Código deverá comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou. § 1º Quando a comunicação fôr verbal, mandará a autoridade judicial reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas, e a remeterá ao órgão do Ministério Público local, que procederá na forma dêste Código. § 2º Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que possam fornecê-los”.

V.2. Exame dos arts. 6º, 8º e 11, da Resolução: a instauração de inquérito penal-eleitoral

25. O ar. 6º determina que o juiz remeta as notícias-crime ao Ministério Público ou à Polícia, com requisição para a instauração de inquérito. Por força da interpretação conforme conferida ao art. 3º, já se assentou que o papel do magistrado limita-se ao encaminhamento das informações recebidas ao *Parquet*, para que este proceda na forma que entender cabível. Não parece válida, portanto, a previsão de que o juiz efetuará *requisições* para a instauração de inquérito. Como visto, o sistema acusatório segrega as fases de investigação, acusação e julgamento, não sendo admissível que a autoridade judicial determine o rumo das investigações, em prejuízo de sua própria neutralidade.

26. Com maior razão ainda, há forte consistência na impugnação ao art. 8º, da Resolução, segundo o qual “*o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante*”. Esse dispositivo condiciona as investigações a uma autorização do juiz eleitoral, instituindo uma modalidade de controle judicial inexistente na Constituição e claramente incompatível com o princípio acusatório. A titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial.

27. Pelos mesmos motivos, também se verifica plausibilidade na impugnação ao art. 11, que exige uma nova autorização judicial para a retomada de investigações que hajam sido arquivadas por falta de prova. Na

linha do que se acaba de expor, não é válido que se condicione o exercício das funções institucionais da Polícia e do Ministério Público a uma autorização judicial prévia. Isso vale tanto para a instauração originária de inquérito quanto para eventuais atos adicionais de averiguação.

28. Apenas para evitar qualquer dúvida, faço a ressalva das hipóteses em que o arquivamento haja sido deferido por já se haver assentado a inocorrência de crime. Nesses casos, na linha da jurisprudência do STF, a decisão de arquivamento terá a eficácia de coisa julgada material, sendo inviável, portanto, a reabertura das investigações¹². Essa situação não é afetada pelo art. 11, ora em exame, que faz referência explícita ao arquivamento por *falta de base para o oferecimento da denúncia*.

29. **Considero presente, portanto, o *fumus boni juris* em relação à impugnação dos arts. 6º, 8º e 11, da Resolução.**

V.3. Exame do art. 4º, da Resolução

30. O Procurador-Geral da República sustenta a invalidade do art. 4º, da Resolução, segundo o qual caberá ao juiz eleitoral verificar desde logo

¹² A título de exemplo, v. STF, AgRg no HC 100.161, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli: “Agravado regimental em habeas corpus. Arquivamento de termo circunstanciado ordenado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, por ausência de tipicidade penal do fato sob apuração. Reabertura do procedimento fundada em alegação de existência de novas provas. Impossibilidade. Eficácia preclusiva da decisão que determina o arquivamento da investigação, por atipicidade do fato. Regimental provido. Ordem concedida. 1. Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial – porque definitiva – revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da persecutio criminis, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF (HC nº 84.156/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 11/2/05). 2. Agravado regimental provido. Ordem concedida”.

sua eventual incompetência – notadamente em razão da existência de foro por prerrogativa de função –, hipótese em que deveria remeter os autos ao juízo competente. Interpretada de forma isolada, não haveria qualquer vício na previsão, que se limita a expressar a regra geral de que a incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo. Essa constatação deve ser harmonizada, contudo, com a conclusão a que se chegou nos tópicos anteriores, no sentido de que não é cabível o controle judicial prévio das investigações e, menos ainda, a exigência de autorização do juiz para a instauração de inquérito.

31. Nesse sentido, entendo que também aqui basta conferir ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, deixando consignado que o exame quanto à competência há de ser feito nas situações em que seja exigível a participação da autoridade judicial no curso das investigações, como nas hipóteses em que seja requerida diligência submetida à reserva de jurisdição. **Com esse alcance limitado, reconheço o *fumus boni juris* da impugnação ao art. 4º, da Resolução.**

V.4. Exame do art. 10, da Resolução

32. A petição inicial questiona a previsão de que o Ministério Público poderá *requerer* diligências, uma vez que o termo adequado seria *requisitar*. Embora se possa verificar a imprecisão terminológica, é preciso interpretar o dispositivo à luz das normas legais aplicáveis. Nesse sentido, tal como destaca o próprio autor da ação, o parágrafo único do art. 10 explicita que o Ministério Público detém competência para efetuar a requisição direta de documentos e informações que considere necessários para a elucidação dos fatos investigados, ressalvadas as providências submetidas à reserva

jurisdicional. Assim do ponto de vista substancial, não se deve supor que o emprego do verbo *requerer* tenha afetado as atribuições do *Parquet*.

33. Assim, também aqui de forma limitada, **considero presente o *fumus boni juris* apenas para o fim de se explicitar que o Ministério Público dispõe de atribuição para *requisitar* diligências. Nesse contexto, a competência decisória do Judiciário limita-se às medidas submetidas à reserva de jurisdição.**

V.5. Exame do art. 9º, da Resolução

34. Em linhas gerais, o Procurador-Geral da República sustenta que o art. 9º teria reproduzido dispositivos legais vigentes, aduzindo ainda uma alegada imprecisão técnica na referência ao “*indiciado solto*” (art. 9º, § 1º). Isso porque o indiciamento formal seria uma providência do delegado de polícia, dispensável, efetivamente dispensada em muitos casos e, de qualquer forma, não vinculante para o Ministério Público. Nada disso é infirmado pelo dispositivo impugnado, de modo que inexistente vício a ser sanado. Ademais, na linha do argumento que já desenvolvi no início do voto, não verifico consistência na tese de inconstitucionalidade formal genérica.

35. A questão é mais complexa em relação ao art. 9, § 2º, que determina a remessa do inquérito concluído à autoridade judicial, acompanhado de relatório minucioso do que haja sido apurado. Nesse ponto, o Procurador-Geral suscita a tese de que o sistema acusatório exigiria, como regra, a tramitação direta do inquérito entre a Polícia e o Ministério Público, sendo anacrônica e desarrazoada a previsão de passagem necessária pelo juiz, transformando-o em “*mero repassador de autos*”.

36. No mérito, registro que estou de acordo com essa compreensão teórica. Considero inválida a exigência de intermediação judicial necessária na tramitação do inquérito, cujo destinatário imediato é o Ministério Público. É o *Parquet* que deve formar a *opinio delicti* e, com base nisso, oferecer denúncia ou requerer arquivamento. A lógica do sistema acusatório é a de preservar ao máximo a neutralidade judicial até esse momento, o que não se harmoniza com o encaminhamento de um relatório policial minucioso – produzido em um ambiente de ampla defesa mitigada – diretamente ao magistrado.

37. Coerente com essa visão, entendo que o art. 10, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Penal¹³, deve ser tido como não recepcionado pela Constituição de 1988¹⁴, fato que aqui pronunciou incidentalmente, como questão prejudicial à suspensão cautelar do art. 9º, § 2º. Observo que, embora sem reconhecimento expresso, tal premissa é subjacente às manifestações do Conselho Nacional de Justiça recomendando a tramitação direta e à Resolução nº 63/2009, do Conselho da Justiça Federal, que autoriza o procedimento. Esse último ato, como se sabe, é objeto de impugnação na ADI 4.305, sob a relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

¹³ Código de Processo Penal, art. 10: “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. § 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente. (...) § 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz”.

¹⁴ Faço o registro, inclusive, de que proferi voto nesse sentido no recente julgamento da ADI 2.886, na qual se discutia a validade de lei estadual que instituía a chamada tramitação direta. Fiquei vencido, porém, na honrosa companhia dos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Sem qualquer pretensão de insistir obstinadamente em entendimento supostamente afastado pelo Plenário, penso que não ficou inteiramente claro, na ocasião, qual foi o fundamento utilizado pela maioria: a eventual inconstitucionalidade material da tramitação direta ou a mera inconstitucionalidade formal pela incompetência do Estado-membro para tratar da matéria. Contribui para a dúvida o fato de se cuidar da continuação de julgamento iniciado anteriormente, com votos já proferidos em Sessão anterior e substituição do próprio relator originário, Ministro Carlos Velloso.

38. Sem prejuízo da análise mais detida da questão jurídica, que poderá ser realizada no âmbito dessa outra ação direta, entendo que a presente impugnação dispõe de consistência jurídica suficiente para o deferimento do pedido cautelar quanto a esse ponto.

V.6. Exame do art. 7º, § 8º, da Resolução

39. Embora já tenha afastado a tese de inconstitucionalidade formal do art. 7º – por conter mera reprodução de normas legais vigentes – resta apreciar a alegação de que haveria inconstitucionalidade material no art. 7º, § 8. O artigo em questão trata dos casos em que haja prisão em flagrante, sendo que o parágrafo questionado diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, determinando que seja remetido ao juiz o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO). Segundo a petição inicial, haveria *“ofensa aos princípios acusatório, da finalidade, da eficiência e do julgamento com prazo razoável”*, uma vez que inexistiria qualquer providência a ser tomada pelo magistrado. Assim, o correto seria a remessa do termo diretamente ao Ministério Público, a fim de que avalie a possibilidade de se propor transação penal, ofereça denúncia ou adote outra medida apropriada.

40. Ainda que o procedimento descrito pelo Procurador-Geral da República pudesse ser considerado adequado e suficiente, não vislumbro, ao menos em juízo cautelar, inconstitucionalidade na determinação de que todos os casos de prisão sejam comunicados ao juiz competente, mesmo quando a constrição não haja se efetivado em razão do menor potencial ofensivo da conduta. A comunicação de que se trata pode ser justificada com base direta no

art. 5º, LXII¹⁵, que determina o controle judicial sobre todos os casos que envolvam prisão. Nesse contexto, a referência aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo não parecem suficientes para conferir maior consistência à impugnação do art. 7º, § 8º, da Resolução.

VI. Verificação do *periculum in mora*

41. Demonstrados os fundamentos relevantes da impugnação, não há maior dificuldade na constatação do inequívoco *periculum in mora*, apto a justificar a concessão de medida cautelar. Com efeito, a Resolução nº 23.396/2014, do Tribunal Superior Eleitoral, destina-se a produzir efeitos nas eleições nacionais que terão início em 1º de outubro do ano corrente. É essencial, portanto, que este Supremo Tribunal Federal proceda ao exame das alegações e, se assim entender a maioria, que paralise a eficácia das disposições que se afigurem incompatíveis com a ordem constitucional. O fato de se tratar de tema tão relevante como a apuração de eventuais infrações corrobora a urgência da medida, até mesmo para evitar eventuais alegações de nulidade dos atos que viessem a ser praticados com base na Resolução.

42. Em princípio, a concessão de medida cautelar não teria o condão de criar lacuna constitucional ameaçadora, na medida em que a matéria continuaria a estar regida pelas disposições constitucionais e legais pertinentes, sem vazio normativo que impeça as necessárias investigações. Sem prejuízo disso, é a própria lei que atribui à Corte especializada competência normativa em relação a cada processo eleitoral, o que se justifica, sobretudo, pela

¹⁵ CF/88, art. 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

abrangência do esforço conjugado de numerosas autoridades e da própria sociedade. Tendo isso em conta, apressei-me em trazer a matéria ao Plenário, inclusive para que, caso a liminar seja deferida, o TSE tenha tempo hábil para avaliar a conveniência de editar nova Resolução, incorporando as balizas que venham a ser fixadas no presente julgamento.

VII. CONCLUSÃO

43. Por todo o exposto, voto no sentido de que seja deferida parcialmente a medida cautelar requerida, a fim de determinar as seguintes providências em relação aos dispositivos impugnados da Resolução nº 23.396/2014, do Tribunal Superior Eleitoral:

(i) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, explicitando que as notícias-crime podem ser encaminhadas diretamente ao Ministério Público Eleitoral ou à autoridade policial, bem como que, nos casos em que sejam encaminhadas ao juiz, a este caberá tão somente efetuar a remessa do material ao *Parquet*;

(ii) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 4º, assentando que a verificação da competência jurisdicional deverá ser efetuada pelo juiz eleitoral, como é próprio, apenas no momento em que deva efetivamente atuar nos autos de inquérito;

(iii) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 10, explicitando que a competência do juiz eleitoral para deferir diligências requeridas pelo Ministério Público limita-se às hipóteses submetidas à reserva de jurisdição; e

(iv) suspender a eficácia dos arts. 5º, 6º, 8º e 11.

44. É como voto.