

EM REVISÃO

RE 630147 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Origem:	DF - DISTRITO FEDERAL
Relator:	MIN. AYRES BRITTO
RECTE.(S)	JOAQUIM DOMINGOS RORIZ
ADV.(A/S)	ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
RECTE.(S)	COLIGAÇÃO ESPERANÇA RENOVADA (PSC/PP/PR/DEM/PSDC/PRTB/PMN/PSDB E PT DO B)
ADV.(A/S)	ELÁDIO BARBOSA CARNEIRO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	ANTÔNIO CARLOS DE ANDRADE
RECDO.(A/S)	DIRETÓRIO REGIONAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE NO DISTRITO FEDERAL
ADV.(A/S)	ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	JÚLIO PINHEIRO CARDIA
ADV.(A/S)	NUARA CHUEIRI
RECDO.(A/S)	MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
PROC.(A/S)(ES)	PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Cuida-se de questão de ordem no recurso extraordinário, suscitada pelo Ministro Presidente, no que se refere à possibilidade de exame de vício de inconstitucionalidade formal na Lei Complementar nº 135/2010. Nos termos do que afirmado por Sua Excelência, a mudança redacional de tempos verbais ocorrida no Senado Federal implicaria desrespeito ao devido processo legislativo, o que contaminaria totalmente o exame material do dispositivo impugnado no RE.

Divido a questão em dois capítulos, referentes ao conhecimento e ao mérito.

A questão de ordem deve ser conhecida.

Primeiramente, há um elemento de natureza institucional. Qualquer membro da Corte tem a prerrogativa, só pautável por sua convicção de magistrado constitucional, de levantar matérias de ordem pública, procedimentais ou afins para exame prévio de seus partes. **Trata-se de direito e, mais que tudo, dever de um ministro do STF, tão antigo quanto as melhores tradições deste Pretório e tão respeitável quanto a própria dignidade da função jurisdicional aqui prestada.**

EM REVISÃO

Como fundamento jurídico deve-se recordar que qualquer magistrado brasileiro, de qualquer juízo ou grau de jurisdição, pode conhecer de ofício de matéria de ordem pública, ao exemplo de pressupostos processuais, condições da ação ou de nulidades insanáveis, especialmente aquelas ligadas ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Centrando-se a questão no *devido processo legal*, invoco o magistério de **Humberto Ávila**, em artigo publicado na **Revista de Processo** 163/50, intitulado precisamente “O que é devido processo legal?”, a fim de apresentar alguns subsídios de interesse para o conhecimento da questão de ordem. Para o autor, “o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’ deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.”

Se o devido processo é eminentemente *procedimental*, deve-se entender que a preservação do devido processo também – e com maior razão – há de ser feita no plano da elaboração legislativa. É possível, desse modo, falar de um *devido processo legislativo*. E sua preservação tem sido realizada nesta Corte, ao exemplo do MS 24041, Relator Ministro **Nelson Jobim**, Tribunal Pleno, DJ 11-04-2003, com a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MESA DO CONGRESSO NACIONAL. SUBSTITUIÇÃO DO PRESIDENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE MEMBRO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM FACE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO DESDE A ASSEMBLÉIA GERAL DO IMPÉRIO. ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO BICAMERALISMO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. INOVAÇÃO - ART. 57 §5º. COMPOSIÇÃO. PRESIDÊNCIA DO SENADO E PREENCHIMENTO DOS DEMAIS CARGOS PELOS EQUIVALENTES EM AMBAS AS CASAS, OBSERVADA A ALTERNÂNCIA. MATÉRIA DE ESTRITA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR NORMA INTERNA - REGIMENTO DO SENADO FEDERAL - PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.”

EM REVISÃO

O voto do relator, Ministro **Nelson Jobim**, que traz um excelente apanhado histórico da evolução do processo legislativo brasileiro, desde a famosa contestação do **Marquês de Caravelas** sobre o voto por cabeça (deputados e senadores com votos equivalentes) ou por estirpe (deputados e senadores computados separadamente) na Assembleia Constituinte de 1823. E admite a possibilidade de se afrontar disposição de norma interna do Senado Federal, sob o argumento de que essa “*não pode, no caso, ditar parâmetros de interpretação da Constituição*”.

Se um ato normativo regimental não pode condicionar a Constituição e seus intérpretes, que dizer de uma interpretação desse ato pelas autoridades legislativas. É certo, também, que o STF tem preservado – e com absoluta razão – a cláusula *interna corporis* como limite ao exercício de seu poder de sindicatizar a autonomia do Congresso Nacional. E essa conservação há de ser a regra, em nome da harmonia entre as funções do Estado.

Não se pode, contudo, vedar toda e qualquer forma de controle jurisdicional, o que, **n’alguns casos**, se daria *ex hipotesis* em favor dos próprios parlamentares. É clássico o exemplo do Direito Constitucional britânico de uma lei aprovada pelo Parlamento, que impusesse a pena de decapitação à Sua Majestade a Rainha. Ela, especialmente após o **Ato do Parlamento** de 1911, teria de sancionar a lei e pagar com sua vida o cumprimento de seus deveres constitucionais. No Brasil, essa lei, por certo, seria levada ao Supremo Tribunal Federal.

Algum ministro oporia óbice a seu exame em nome da cláusula *interna corporis*?

Logo, o exame do *devido processo legislativo* é possível e, mais que isso, não pode ser obstado por questões de forma, especialmente no que se refere à iniciativa do magistrado em seu exame. Essa limitação atende mais a um período já superado da história do controle de constitucionalidade no Brasil, que conviveu com uma demarcação forte entre as espécies difusa e concentrada. Hoje, tem-se uma nítida aproximação dos modelos europeu e norte-americano na *práxis* jurisprudencial da Corte.

Exemplifico essa nova óptica com vários prejulgados do STF, alguns dos quais não tão recentes, no sentido de que houve “*alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o*

EM REVISÃO

Tribunal a quo e o recurso extraordinário.” (RE 298695, Relator Ministro **Sepúlveda Pertence**, Tribunal Pleno, DJ 24-10-2003)

Sobre essa matéria, reproduzo histórico debate entre dois dos maiores ministros que já ocuparam cátedras neste Tribunal:

“O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas, ele julga a causa como foi posta, e não levantando questões que não foram discutidas nos autos. (...) No caso, teremos uma verdadeira **causa petendi** aberta em recurso extraordinário pela letra ‘a’, em que ele foi interposto sob o fundamento de ofensa ao direito adquirido, e se está conhecendo e provendo com base na irredutibilidade de vencimento como se no recurso extraordinário se observasse o princípio **iura novit curia**.

É certo que há esse problema do STJ, criado justamente pela impossibilidade de uma conjugação perfeita entre recurso extraordinário e recurso especial, recurso este que se adstringe a norma infraconstitucional, podendo aquela Corte, de ofício, negar-se a interpretá-la se a considerar inconstitucional, apenas para não conhecer do recurso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Veja a que situação paradoxal se chega. O STJ não está obrigado a manter um acórdão inconstitucional, mas o STF, guarda da Constituição estaria!

.....
O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas também leva a um paradoxo admitir-se que o relator possa levantar a questão constitucional e o recorrente não possa em sustentação oral, porque então será o caso de este ir ao gabinete do Relator para alertá-lo da existência dela.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Mas em memorial pode.”

Em sessão de continuidade deste julgamento, com os lamentos do Ministro **Sepúlveda Pertence**, relator do caso, o debate não prosseguiu ante a impossibilidade do Ministro **Moreira Alves** permanecer na Corte, mas ofereceu confirmação de seu voto, cujo excerto abaixo transcrito merece reflexão:

“A solução contrária, **data maxima vênia**, implicaria impor ao Tribunal – ao qual se confiou, ‘precipualemente, a guarda da Constituição’ (CF, art. 102) – constrangimento ao qual não se submetem outras instâncias.

EM REVISÃO

Basta pensar no caso do Superior Tribunal de Justiça, como recordei ao indicar o adiamento desta decisão.

.....
Constituiria paradoxo verdadeiramente *kafkaniano* que, diferentemente, ao STF – guarda da Constituição – não fosse dado, no julgamento do RE, declarar que a lei questionada é, sim, inconstitucional, embora por fundamento diverso do acolhido pelo acórdão recorrido, e, em consequência, estivesse vinculado a aplicar a norma legal que considera incompatível com a Carta Magna.

Advogado, Procurador-geral e juiz deste Tribunal, desde a sua chegada às sessões da Corte, como Procurador-Geral da República, faz 32 anos, acostumei-me a respeitar as manifestações do eminente Ministro **Moreira Alves**, indiscutível líder intelectual da Casa, nessas décadas.

Sirvo-me desta primeira oportunidade depois da aposentadoria de S. Exa., para reiterar o testemunho de sua grandeza.

Não obstante, neste caso, peço todas as vênias e persisto no meu voto para ou não conhecer do recurso extraordinário ou dele conhecer, mas, para negar-lhe provimento: é o meu voto.”

De par com o reconhecimento da grandeza de seu antigo companheiro de bancada do STF, as palavras do Ministro **Sepúlveda Pertence** revelam a compreensão da dignidade desta Corte, que não poderia ter sua jurisdição constitucional limitada por questões de ordem formal, especialmente quando nem juízes de graus inferiores assim se encontram limitados.

No caso ora em apreço, as partes não suscitaram a tese da inconstitucionalidade formal. Aqui, diversamente do citado RE 298695, a Corte é chamada a examinar esse tema não por haver identificado uma falha no sistema, uma situação *kafkiana*, como definiu o Ministro **Sepúlveda Pertence**, mas um lamentável descuido das partes que olvidaram uma tese de elementar percepção e de grande relevo para o exame da matéria do STF.

Apenas para reforçar, indico também como precedentes de idêntico sentido e teor: RE 172.058; RE 298.694; RE 298.695 e AgRg na SE 5.206.

Infelizmente, a Corte terá de suprir essa omissão, não porque o faça de ofício ou como forma de substituir a atuação das partes. É um dever que se lhe impõe o exercício da jurisdição constitucional, a mais importante das

EM REVISÃO

missões deste Pretório Excelso, como já salientara Hans Kelsen, em seu clássico **Jurisdição constitucional** (Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.182 e ss).

Recordo a Vossas Excelências do curioso caso da Lei nº 9.639, de 25.5.1998, publicada no DOU de 26-5-1998. Essa norma concedeu a anistia das infrações penais relacionadas com o não recolhimento, ao órgão da Seguridade Social, das contribuições ou outras importâncias retidas ou recebidas de terceiros. O artigo 11 e seu parágrafo único, que concederam a anistia, prescreviam o seguinte:

“Art. 11 - São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Parágrafo único - São igualmente anistiados os demais responsáveis pela prática dos crimes previstos na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.”

De uma anistia a agentes políticos, com a inclusão do parágrafo único, o benefício foi estendido aos empresários (*“titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, assim como o segurado que tenha obtido vantagens”*). Afirmei ser curioso esse caso, porque o parágrafo único foi introduzido no processo legislativo, mas retirado pelo próprio Congresso Nacional. Como que por um passe de mágica, o parágrafo único reapareceu no Diário Oficial da União, graças ao envio de autógrafos com erro material, e serviu de fundamento a centenas de *habeas corpus*, até que o erro fosse admitido pelo fosse levada a cabo a republicação da lei, no DOU de 27.5.1998, pelo Poder Executivo, com a supressão do parágrafo único.

Nesse ínterim, contudo, o STF foi levado a resolver os graves problemas jurídicos advindos dessa *mágica* criação normativa. Veja-se a ementa desse histórico acórdão:

“EMENTA: - Habeas Corpus. 2. Anistia criminal. 3. Paciente condenado como incurso no art. 95, letra "d", da Lei nº 8212, de 1991, a dois anos e quatro meses de reclusão, "pela prática do delito de omissão de repasse de contribuições previdenciárias aos cofres autárquicos". 4. Habeas corpus requerido em favor do paciente para que seja beneficiado pelo parágrafo único do art. 11, da Lei nº 9639 publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, em virtude do qual foi concedida anistia aos "responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8212, de 1991, e no art. 86 da Lei

EM REVISÃO

nº 3807, de 26 de agosto de 1960". **5. O art. 11 e parágrafo único foram inseridos no texto da Lei nº 9639/1998, que se publicou no Diário Oficial da União de 26.5.1998. Na edição do dia seguinte, entretanto, republicou-se a Lei nº 9639/1998, não mais constando do texto o parágrafo único do art. 11, explicitando-se que a Lei foi republicada por ter saído com incorreção no Diário Oficial da União de 26.5.1998. 6. Simples erro material na publicação do texto não lhe confere, só por essa razão, força de lei. 7. Caso em que o parágrafo único aludido constava dos autógrafos do projeto de lei, que veio assim a ser sancionado, promulgado e publicado a 26.5.1998. 8. O Congresso Nacional comunicou, imediatamente, à Presidência da República o fato de o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9639/1998 não haver sido aprovado, o que ensejou a republicação do texto correto da Lei aludida. 9.** O dispositivo padecia, desse modo, de inconstitucionalidade formal, pois não fora aprovado pelo Congresso Nacional. 10. A republicação não se fez, entretanto, na forma prevista no art. 325, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno do Senado Federal, eis que, importando em alteração do sentido do projeto, já sancionado, a retificação do erro, por providência do Congresso Nacional, haveria de concretizar-se, "após manifestação do Plenário". **11. Hipótese em que se declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9639/1998, com a redação publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, por vício de inconstitucionalidade formal manifesta, decisão que, assim, possui eficácia *ex tunc*. 12. Em consequência disso, indefere-se o "habeas corpus", por não ser possível reconhecer, na espécie, a pretendida extinção da punibilidade do paciente, com base no dispositivo declarado inconstitucional.**

(HC 77734, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/1998, DJ 10-08-2000 PP-00005 EMENT VOL-01999-03 PP-00525 RTJ VOL-00174-02 PP-00552)

Conquanto haja utilizado a técnica da inconstitucionalidade, o essencial é que se deu o reconhecimento de ofício dessa anomalia pela Corte. O ministro **Néri da Silveira, *na prática***, deu aplicação aos clássicos conceitos da **teoria da inexistência**, nascida no Direito Civil, graças ao jurista alemão **Zachariae von Lingenthal**, e divulgada no Brasil nas obras de **Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda**, **Marcos Bernardes de Mello** e de meu querido professor no Largo do São Francisco, **Antonio Junqueira de Azevedo**.

Se o reconhecimento de inexistência de uma norma pode ser feito *ex officio*, com a aplicação, por ausência de forma mais adequada, de juízo de inconstitucionalidade, o que se dirá do caso dos autos.

EM REVISÃO

Por último, ainda está viva em minha lembrança a polêmica em torno da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, cuja elaboração foi objeto de contestações por vício de inconstitucionalidade formal, dada a exclusão de expressões e palavras contidas na PEC e a promulgação do texto final, sem a necessária rediscussão nas casas competentes. Essa visão da Emenda Constitucional nº 20/1998 foi seguida por muitos constitucionalistas, sejam eles membros de Cortes judiciárias e acadêmicos, o que denota claramente a viabilidade de se discutir o alcance desses **desvios do devido processo legislativo.**

Não tenho dúvidas em votar no sentido de que deve ser conhecida a questão de ordem.

Em relação a seu conteúdo, todavia, não vislumbro como ser acolhida a tese da inconstitucionalidade formal.

De início, apresento um caso bastante similar, que cuidou da inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa. No julgamento da matéria, que teve a Ministra **Carmen Lúcia** como redatora para o acórdão, cujo relator era o Ministro **Marco Aurélio**, que findou vencido, o Plenário do STF entendeu que:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. **Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo**

EM REVISÃO

projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.”

(ADI 2182, Relator Min. **Marco Aurélio**, Relatora p/ Acórdão: Min. **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129)

No caso concreto, se observada a questão sob o aspecto da alteração de tempos verbais, ter-se-á que a mudança ocorreu em **estrita obediência ao que dispõe uma norma jurídica das mais importantes para a técnica legislativa e a boa conformação dos trabalhos normativos brasileiros**, que é a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, cuja edição em muito se deve ao hoje Ministro **Gilmar Mendes**.

Essa norma complementar, em seu artigo 11, determina que:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

.....

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;”

A tentativa de se uniformizar os tempos verbais obedeceu precisamente a um comando normativo, **segundo expediente que recebi há poucas horas**, oriundo da Presidência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, subscrito pelo eminente Senador **Demóstenes Torres**, é claramente vinculada ao texto da Lei Complementar nº 95/1998. É o testemunho histórico e autêntico de um parlamentar, dos mais respeitados deste País, seja por sua cultura jurídica, seja por sua probidade pessoal, sobre as razões e o alcance da emenda levada a efeito na Câmara Alta da República.

Em suas palavras, “(...) *as alterações, meramente redacionais, feitas no texto do Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2010 - Complementar (nº 168, de 1993, na origem) decorreram exclusivamente de exigência contida no que estatui a Lei Complementar n 95, de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal*”.

O honorável Senador é enfático quando afirma que o artigo 1º da Lei Complementar nº 95/1998 não dá alternativas ao Congresso Nacional,

EM REVISÃO

quando define que “a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar”. Conforme salienta:

“Como se vê, não há escolha. Para o aperfeiçoamento do processo legislativo, não há outro caminho que não o da estrita obediência à LC 95, de 1998, que, como já dito, regulamenta o artigo 59 da Constituição da República, sob pena de se incorrer, aí sim, em grave vício de inconstitucionalidade formal.”

Em seguida, traz elucidação muito oportuna sobre os trâmites congressuais da aprovação da Lei Complementar sob debate nesta questão de ordem:

“O citado PLC nº 58 de 2010 - Complementar, entre outras providências, alterou a redação do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64, de 1990, promovendo mudanças na redação das suas alíneas “a” a “i” e acrescentando as alíneas “j” a “q”.

Pelo texto vindo da Câmara dos Deputados, o tempo verbal das alíneas “e”, “f”, “g”, “h”, “l”, e “n” seria o futuro do subjuntivo (perderem, forem, tiverem, beneficiarem). Já as alíneas “j”, “m”, “o” e “q”, o tempo verbal seria outro, o presente do subjuntivo (tenham).

Ao Senado Federal não restava, assim, outra conduta que não fosse corrigir a grave vício de técnica legislativa, adequando o tempo verbal dos dispositivos, como determina a lei, sem, contudo, alterar o mérito. E, por essa razão, tendo sido a emenda meramente redacional, não havia exigência legal, nem mesmo a conveniência, do retorno da matéria à Casa iniciadora (Câmara dos Deputados)”

Desse modo, ainda com fidelidade ao teor do expediente que me foi endereçado, “(...) caso a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal não tivesse feito o ajuste, aprimorando o projeto quanto à técnica legislativa, a Comissão Diretora, necessariamente, teria que ter tomado a providência, em atendimento ao que determina o artigo 98, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), que dispõe:

‘Art. 98. À Comissão Diretora compete:

.....
V - elaborar a redação final das proposições de iniciativa do Senado e das emendas e projetos da Câmara dos Deputados aprovados pelo Plenário, escoimando-os dos vícios de linguagem, das impropriedades de expressão,

EM REVISÃO

defeitos de técnica legislativa, cláusulas de justificação e palavras desnecessárias.

.....’

Assim, prossegue o Senador **Demóstenes Torres**:

“Mas a CCJ, ao promover o ajuste redacional, não extrapolou suas competências. Ao contrário, foi zelosa. São neste sentido os artigos 101 e 234 do RISF:

‘Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

.....

IV - opinar, em cumprimento a despacho da Presidência, sobre as emendas apresentadas como de redação, nas condições previstas no parágrafo único do art. 234;

.....’

‘Art. 234. A emenda que altere apenas a redação da proposição será submetida às mesmas formalidades regimentais de que dependerem as pertinentes ao mérito. Parágrafo único. Quando houver dúvidas sobre se a emenda apresentada como de redação atinge a substância da proposição, ouvir-se-á a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.’

No caso em discussão, a CCJ antecipou-se à dúvida que, dificilmente, surgiria.

Encaminho, anexas, para sua análise, cópias dos apontamentos, inclusive manuscritos, que fiz por ocasião da discussão do PLC n° 58, de 2010, na CCJ.

Esta, senhor Ministro, é a contribuição para a discussão da matéria que, como presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, entendo cabível.”

Logo, não vejo como se censurar de formalmente inconstitucional a mudança ali operada, cujos ditames foram exatamente pautados pela Constituição e pela norma geral de elaboração de leis e atos afins.

A Corte, ao reconhecer essa inconstitucionalidade formal, para além de desmerecer o trabalho legislativo realizado em fidelidade ao imperativo da Lei Complementar n° 95/1998, assume o risco histórico de desencadear o reinício de uma discussão sobre a norma em sede parlamentar, cujos efeitos não seriam úteis, práticos e convenientes à República. Seja pelo fundamentalismo,

EM REVISÃO

seja pelo consequencialismo, o acolhimento da questão de ordem não deve ser procedido.

E, embora não se possa falar de uma *usucapião de constitucionalidade*, como bem gosta de ressaltar o Ministro **Gilmar Mendes**, quero crer que as Mesas Diretoras do Senado e da Câmara dos Deputados, que possuem legitimidade constitucional para a propositura de ADI's (artigo 103, incisos II e III, CF/1988), não renunciariam às suas competências republicanas e deixariam prosperar a referida inconstitucionalidade.

Se levada a questão para o campo filológico, também não me convence a tese da alteração como causa de inconstitucionalidade. **Os tempos verbais são elementos dêiticos**. Eles apontam para algum ponto de referência no eixo do tempo, sendo a partir dele calculados. Assim, por exemplo, o tempo verbal futuro pode estar ancorado no momento da enunciação ou em um ponto de referência no passado.

Qualquer dúvida interpretativa pode e deve ser levada ao Poder Judiciário, a quem cabe dar a última palavra sobre o tema. **A não modificação da alínea “k”, fato incontroverso, atendeu ao fato de que o uso de ‘tenham renunciado’ no lugar de “renunciarem” teria resultado em construção semanticamente anômala. E, reitero, essa disposição específica não foi objeto de mudança.**

Independentemente desse aspecto, tenho que a aprovação ou a rejeição da emenda do Senado pela Câmara não afasta o problema central deste RE: a aplicabilidade no tempo da norma não é ditada pelos tempos verbais, mas pela vigência (e eficácia) da lei. Dito de outro modo, o cerne de nossas preocupações é o artigo 16, CF/1988, **cuja inserção no texto constitucional decorreu de proposta da Comissão Afonso Arinos, tendo como mentor Sepúlveda Pertence, ministro sempre desta Corte. A finalidade e o alcance do artigo 16, CF/1988 é o que realmente interessa para o deslinde da controvérsia.**

Ante o exposto, voto pelo conhecimento da questão de ordem, mas por sua rejeição.

EM REVISÃO

VOTO MÉRITO

Cuida-se de recursos extraordinários de JOAQUIM DOMINGOS RORIZ e da COLIGAÇÃO ESPERANÇA RENOVADA em face do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL E OUTROS, com o objetivo de submeter ao Supremo Tribunal Federal o quanto decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral em acórdão que negou provimento a recursos ordinários e manteve o indeferimento de registro de candidatura do primeiro recorrente ao cargo político de Governador do Distrito Federal.

O acórdão recorrido, de relatoria do Ministro **Arnaldo Versiani**, possui a seguinte ementa:

“Inelegibilidade. Renúncia.

Qualquer candidato possui legitimidade e interesse de agir para impugnar pedido de registro de candidatura, seja a eleições majoritárias, seja a eleições proporcionais, independentemente do cargo por ele disputado.

Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).

As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.

Tendo renunciado ao mandato de Senador após o oferecimento de representação capaz de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição Federal, é inelegível o candidato para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura, nos termos da alínea k do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 135/2010.

Recursos ordinários não providos”.

EM REVISÃO

O recurso extraordinário de Joaquim Domingos Roriz apresenta as seguintes razões:

a) há repercussão geral na matéria, por dizer respeito a interesses *ultra partes* e com fortes implicações no processo eleitoral em curso;

b) o cerne da controvérsia de interesse geral está na aplicabilidade imediata ou não da Lei Complementar nº 135/2010, além do exame da constitucionalidade da inelegibilidade contida na alínea “k” do inciso I, do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, introduzida pela Lei Complementar nº 135;

c) o acórdão violou os princípios da anualidade da lei eleitoral (artigo 16, CF/1988) e da irretroatividade da lei (artigo 5º, inciso XXXVI, CF/1988);

d) o princípio da anualidade da lei eleitoral aplica-se à Lei Complementar nº 135/2010, que possui normas materiais e processuais, de clara conexão e que dependem da sujeição a esse primado exatamente por essa implicação-polaridade;

e) segundo salienta o recorrente, “*o fato de coexistirem na LC 135 normas de 'direito material' que dependem, para sua aplicação, das normas de 'direito processual' nela introduzidas, somente se poderia cogitar da eficácia plena das normas de 'direito material' quando se desse a eficácia plena também das normas de direito processual*”;

f) a inovação no campo de inelegibilidades afeta o processo eleitoral, por acarretar a participação menor de postulantes a cargos políticos, não sendo possível conferir a normas dessa natureza a imediata eficácia. A tanto, far-se-ia necessária a observância do artigo 16, CF/1988, ao estilo do que já decidiu o STF nas ADIs nº 3685, 3741, 4307 e 3345;

g) o recorrente, ao ter renunciado ao cargo de Senador da República, deu causa ao surgimento de verdadeiro ato jurídico perfeito, consumado e concluído antes da vigência da Lei Complementar nº 135/2010;

h) sua renúncia não pode ser considerada como ato ilícito, por efeito do artigo 55, § 4º, CF/1988. Só poderiam ser alcançados pela previsão da alínea “k” da Lei Complementar nº 135/2010 as renúncias que lhes fossem posteriores;

i) a pena de inelegibilidade por oito anos não pode ser aplicada em face de condutas não atingidas pela condenação com trânsito em julgado. É caso de afronta direta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Na situação do recorrente, com maior razão, porque ele nunca foi condenado em

EM REVISÃO

processo nessas condições, sendo a única razão de seu enquadramento na Lei Complementar nº 135/2010 um ato de renúncia, o que se revela desproporcional, irrazoável e manifestação de abuso do poder de legislar. Tem-se nessas hipóteses a contrariedade ao artigos 2º; 5º, *caput* e inciso LIV; 14, § 9º; 55, § 4º, e 59, inciso VI, CF/1988;

j) há tratamento assimétrico da lei, o que expressa sua falta de razoabilidade e proporcionalidade, quando ela limita a restrição ao *ius honorum* às pessoas nela indicadas (“*o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais*”), deixando os demais agentes políticos ou públicos a descoberto.

O recurso extraordinário da COLIGAÇÃO ESPERANÇA RENOVADA está assim fundamentado:

a) o artigo 1º, inciso I, alínea “k”, Lei Complementar nº 135/2010, é inconstitucional por ofender os princípios do devido processo legal, da isonomia e da presunção de inocência, além de ir de encontro ao artigo 55, § 4º, CF/1988;

b) ao caso deve-se aplicar o artigo 16, CF/1988, como já decidido pelo STF na ADPF nº 144 e na ADI nº 3685.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer da douta Procuradoria-Geral da República pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

A) AS TESES DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS: O PROBLEMA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO STF COMO FILTRO DA VONTADE DAS MAIORIAS CONTRA AS MINORIAS

O caso dos autos, não desconheço, apresenta profundas implicações com o anseio social por práticas políticas éticas e pela eliminação, no sistema eleitoral, de agentes que se mostraram desafiadores da moralidade, assim entendida não sob o prisma do Direito Administrativo, mas sob a óptica do conjunto de valores comuns em torno de condutas socialmente adequadas.

Esse discurso ético tem, por conseguinte, forte apelo nas instâncias extrajudiciais e nós, magistrados da Suprema Corte, não ficamos alheios a esses processos e ao impacto dessas emanações coletivas sobre nossa forma de enxergar os problemas trazidos ao Poder Judiciário.

EM REVISÃO

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e muitas vezes compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. São exemplos disso as decisões que abominam a pena de morte, o banimento ou a degradação moral dos presos. No Brasil, em relação a esses três aspectos, convém lembrar, a Constituição privou o Poder Legislativo de sobre eles deliberar, quando redigiu o artigo 60, § 4º, CF/1988. Essa pré-exclusão da capacidade legisferativa, chamada classicamente de “*técnica das cláusulas pétreas*”, é o melhor exemplo dessa postura defensiva contra as deliberações majoritárias. Algumas pesquisas de opinião pública indicam grande adesão do povo brasileiro à pena de morte no caso de crimes hediondos. Não fossem as tais “*cláusulas pétreas*”, o processo legislativo findaria por aprová-la e caberia ao Supremo Tribunal Federal o difícil papel de rejeitar essa potestade do legislador democrático.

Ainda que se diga que não se pode confundir a instituição de pena de morte com a criação de mecanismos de filtragem para o exercício do direito à candidatura a cargos políticos eletivos, é de se reconhecer que há o mesmo ingrediente da colocação, em posições antagônicas, do consenso social em torno da inelegibilidade de políticos com condenações por órgãos colegiados em face de princípios constitucionais da presunção de inocência e da anualidade. A diferença é que não existem barreiras constitucionais fundadas na pré-exclusão do poder legisferante. Houve o processo legislativo e seu resultado foi a Lei Complementar nº 135/2010, norma que dispõe de significativa legitimidade popular.

A despeito dessas considerações, existe a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal no caso concreto, uma ação de caráter subjetivo, conquanto possua nítida eficácia no âmbito *ultra partes*, dada a repercussão geral da controvérsia subjacente. E, nesse ponto, como não poderia deixar de ser, acompanho o relator quanto à existência do requisito constitucional do recurso extraordinário, que o torna apto ao conhecimento desta Corte.

Os recursos também ostentam os requisitos específicos, e tradicionais, do artigo 103, inciso III, CF/1988, o que também autoriza seu exame pleno.

Se fossem resumidas as longas e extensas teses neles contidas, ter-se-iam três tópicos argumentativos centrais, todos relacionados especificamente ao artigo 1º, inciso I, alínea “k”, Lei Complementar nº 64/90:

EM REVISÃO

a) violação do princípio da anterioridade da lei eleitoral (artigo 16, CF/1988);

b) ofensa ao princípio da irretroatividade da lei e da proteção ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, CF/1988)

c) desrespeito ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF/1988).

Nesse ponto, recomenda-se a leitura do dispositivo em torno do qual se ergue a controvérsia, a saber, o artigo 1º, inciso I, alínea “k”, Lei Complementar nº 64/90:

“Art.1º.....

I -.....

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, ***que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;***”

A observação do conteúdo dessa norma, como de resto de dispositivos outros da Lei Complementar nº 135/2010, é reveladora de profunda ausência de compromisso com a boa técnica legislativa e, mais ainda, com a adequada redação de normas jurídicas que tocam a órbita dos direitos fundamentais. Seria essa, a meu sentir, uma razão objetiva de tamanho debate sobre o conteúdo dessa nova lei. Parte significativa das censuras que se lhes pespegam nascem dessa assimetria entre os objetivos de quem a propôs, nobres e sinceros, com a forma como essa intenção assumiu no texto legal.

Leis mal redigidas corrompem o propósito dos legisladores e o próprio Direito.

EM REVISÃO

É também oportuno lembrar que leis restritivas do acesso ao que os romanos chamavam de *ius honorum*, o direito de disputar as honras das magistraturas, o equivalente moderno ao direito de ser votado, são também cerceadoras da ampla participação democrática no processo eleitoral. No passado, foram restrições censitárias, culturais, raciais e religiosas. A História humana, mesmo recentemente, apresenta diversos – e nada edificantes – exemplos de restrições ao direito de voto (e ao direito de ser votado, por consequência) destinadas a pobres, a indivíduos de etnias diferentes daquela apresentada pela classe dominante, a filiados a partidos políticos de ideologias não-conformistas e até a pessoas que se declaram fieis de certas denominações religiosas.

Esses embaraços ao direito à elegibilidade devem ser compreendidos nessa perspectiva histórica. Especialmente quando razões de natureza moral podem ser invocadas, no futuro, como no passado, para fins de exclusão política de segmentos incômodos ao regime. A participação de diversos brasileiros na vida pública foi obstada após o movimento militar de 1964 em nome de infamantes acusações de corrupção. O fundador desta capital federal, Juscelino Kubitschek de Oliveira, é apenas a face mais visível do uso do argumento moral (quase sempre incontestável) para exautorar expoentes políticos do processo eleitoral.

Dir-se-á que são argumentos para outras épocas, nas quais não havia independência judicial. Entendo que não. Esta Corte julga teses e não pessoas. Julga para o presente, mas suas decisões têm impacto para além de nossa permanência nestas cadeiras e do direito de ostentar a toga de juiz constitucional. Nossos julgamentos têm compromisso com o julgamento moral da História e esse, na maior parte das vezes, não é o mesmo das manchetes dos jornais do dia. Em 1º de abril de 1964, esses periódicos, em sua quase totalidade, cerraram fileiras em prol do novo regime, cuja apreciação pelo povo brasileiro só muito recentemente firmou-se de maneira adequada à pauta de valores humanísticos e universais.

O uso pelo regime autoritário de 1964 da improbidade e da moralidade administrativas como forma abusiva de restrição de direitos fundamentais dos cidadãos-candidatos foi denunciada no sólido voto-condutor do Ministro **Celso de Mello**, na ADPF 144. Como recordou Sua Excelência, o artigo 151, incisos II e IV, CF/1967, autorizavam que lei complementar estabelecesse casos de inelegibilidade visando à preservação da probidade administrativa e “*a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato*”, o que foi conservado pela Emenda Constitucional nº 8/1977, com ligeira alteração.

Nesse quadro constitucional, a Lei Complementar nº 5/1970 deu concretude às citadas normas magnas, ao estabelecer como causa de

EM REVISÃO

inelegibilidade a mera instauração de processo judicial contra qualquer potencial candidato que houvesse supostamente praticado infração criminal.

Veja-se que o problema atualmente submetido ao crivo deste Pretório Excelso não é novo e os fundamentos moralizantes, típicos de épocas de “salvação nacional”, estão de volta ao cenário político-jurídico da Nação. Ao menos por esse importante aspecto, julgo não ser ocioso avivar a memória coletiva sobre a correlação histórica e os riscos do discurso moralizante, quando ele chega ao extremo de desrespeitar o núcleo essencial de direitos fundamentais, ainda que de indivíduos pelos quais não se exprime uma opinião das mais favoráveis.

Feita essa ponderação, que considero relevante, passo ao exame do recurso em suas bases estritamente jurídicas.

B) O RESPEITO À ANTERIORIDADE (ANUALIDADE) DAS LEIS ELEITORAIS

O artigo 16, CF/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993, é tão nítido e inquestionável quanto a seu alcance e a sua finalidade, que surpreende a tentativa de se aplicar ao processo eleitoral em curso a norma do artigo 1º, inciso I, alínea “k”, Lei Complementar nº 64/90, com a redação da Lei Complementar nº 135/2010. Reproduzo a mencionada indicação:

“Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

A *lei que alterar o processo eleitoral*, afirma o artigo 16, CF/1988, não se aplica à eleição que ocorra até um ano de sua vigência. O texto não faz distinção entre espécies de leis, muito menos ao conteúdo de seus dispositivos. É genérica. É direta. É explícita.

O histórico da atuação do Supremo Tribunal Federal nesse ponto é revelador da opção da Corte pela preservação das situações jurídicas pré-constituídas à vigência da lei eleitoral.

Inicialmente, registro que não serve de precedente para este caso o que decidido no RE nº 129.392, Relator Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 17-6-1992 (embora vencido na preliminar do art. 16 da CF), que reconheceu a constitucionalidade do artigo 27 da Lei Complementar nº 64/1990, que declarava a vigência dessa norma a partir de sua publicação. Ora, a questão nesse julgado não foi de **interpretação jurídica**, mas de **interpretação lógica**. Se não fosse aplicada imediatamente a Lei Complementar nº 64/1990, não se teria como executar o artigo 14, § 9º, CF/1988, a *sedes materiae* constitucional das

EM REVISÃO

inelegibilidades. Como se destacou na ocasião: “*Cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição.*”

Prevaleceu o argumento **lógico** de que uma norma constitucional não poderia impedir a eficácia de outra norma constitucional cuja aplicabilidade era conexa e recíproca. Do contrário, ter-se-ia um típico exemplo do **Trilema de Münchhausen**, com as inelegibilidades tentando fundamentar-se em si mesmas, atoladas no pântano da anterioridade.

Não é, evidentemente, a situação atual.

Por uma questão de honestidade jurisprudencial, indico de plano que a ADI 354, Relator Ministro **Octavio Gallotti**, Tribunal Pleno, DJ 22-06-2001, admitiu expressamente que “*não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original) a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas à apuração de votos.*”

A razão para dele não se utilizar é o fato de que não criava hipótese de inelegibilidade e sim questões ligadas ao cômputo de votos. Essa diferenciação está assentada no voto do relator Ministro **Octavio Gallotti**, quando afirmou que “*não estava em causa a captação ou a elaboração de vontade do eleitor, mas sua interpretação, até porque a imperfeição da manifestação dessa vontade (indicação de nome de candidato, acompanhada do Partido pelo qual não foi apresentado) não pode ser tida como consciente, para alcançar determinado resultado.*”

Essa, porém, é uma questão superada, especialmente desde a ADI 3685, quando esta Corte associou o artigo 16, CF/1988, ao que se chamou de rol de “*garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal*”. A título de ilustração, transcrevo a ementa desse prejulgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR.

EM REVISÃO

ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). **4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello).** 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência." (ADI 3685, Relatora Ministra **Ellen Gracie**, Tribunal Pleno, DJ 10-08-2006)

Nessa ocasião, o Ministro **Gilmar Mendes** tocou diretamente o impacto da mudança de regras eleitorais em relação aos **candidatos**. Segundo

EM REVISÃO

ele, “a possibilidade de alteração das normas do processo eleitoral em descumprimento ao disposto no art. 16 da CF, importa em alterações imprevistas no período inferior a um ano antes da eleição subsequente.” Em seguida, ele apresenta algumas consequências concretas do que eu chamaria de **quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos**. Boa parte dessas externalidades negativas da lei que desrespeitasse os limites temporais do artigo 16, CF/1988, apontadas pelo Ministro **Gilmar Mendes**, no julgamento da ADI 3685, são válidas para este processo. Faço referência a apenas três delas:

a) “Se a alteração ocorresse em período inferior a seis meses da data da eleição, afetaria a situação jurídica dos cidadãos-candidatos em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei para desincumbibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos, bem como eventualmente de seu cônjuge ou dos respectivos parentes (consaguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção), que viessem a concorrer, no território de jurisdição do titular, para a mesma referida eleição subsequente (...)”

Comparando-se com a Lei em discussão, se imaginarmos que houvesse alteração no prazos de desincompatibilização para estas eleições, fica evidente o prejuízo para o direito fundamental do candidato ao exercício do *ius honorum*.

Haveria alguma diferença para a hipótese de instituição de uma causa extra de inelegibilidade, como se dá na espécie, ao processo eleitoral em andamento?

b) “Se a alteração ocorresse após 30 de junho do corrente ano, interferir-se-ia na situação jurídica dos candidatos já escolhidos ou preteridos, uma vez que já teria expirado o prazo máximo fixado em lei para realização das convenções partidárias destinadas à escolha dos candidatos, assim como na deliberação sobre as coligações a serem eventualmente realizadas (Lei nº 9.504/1997, art. 8º, caput).

É de se fazer a mesma observação para os efeitos da Lei Complementar nº 135/2010. Não estariam os candidatos preteridos em convenções sob a perspectiva de invocar que foram eles indevidamente alienados do processo eleitoral? Não foram admitidos a postular, como é o caso do recorrente, pessoas que não teriam esse direito subjetivo?

Veja-se, como bem salientou o Ministro **Gilmar Mendes**, ao dispor sobre diferentes momentos de alteração da norma eleitoral, **o que importa é a quebra da anterioridade e não o período no ano em que ela ocorreu**. A diferença está apenas no grau de intensidade do prejuízo, mas, em qualquer hipótese, ele se dará.

EM REVISÃO

E conclui Sua Excelência com palavras de inteira simetria ao que ora se debate nesta Corte:

“Em síntese, ao se efetuar um diagnóstico minimamente preocupado com as repercussões da admissibilidade, a qualquer tempo, de mudanças no processo eleitoral, constata-se que surgem complicações não apenas para a autonomia dos partidos políticos, mas também para a situação jurídica dos cidadãos-candidatos – os quais ficariam totalmente à mercê da aleatoriedade de eventuais mudanças legislativas.”

O propósito manifesto do Tribunal, ao apreciar a constitucionalidade da EC nº 52/2006, foi afirmar que a anualidade eleitoral era fundamento da igualdade e da defesa das minorias, cuja participação no processo político não deveria ficar submetida ao alvedrio das forças majoritárias. A intervenção judicial contramajoritária, tanto naquela ação direta, quanto neste caso, dá-se com respaldo em norma expressa da Constituição, instituída com o objetivo específico de interromper a ação casuística do legislador. É o que deixou claro a Ministra **Ellen Gracie**, com a opinião doutrinária de **Celso Ribeiro Bastos**:

“A preocupação fundamental consiste em que lei eleitoral deve respeitar o mais possível a igualdade entre os diversos partidos, estabelecendo regras equânimes, que não tenham por objetivo favorecer nem prejudicar qualquer candidato ou partido. Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão as suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral.”

Não se encerram aqui os prejulgados da Corte sobre o tema.

Na ADI 3345, relator Ministro **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, DJe-154 20-8-2010, os contornos do artigo 16, CF/1988, foram devidamente assentados como uma norma *“que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípua destinatário é o Poder Legislativo)”* e que se vincula, *“em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas*

EM REVISÃO

pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais.”

Ainda com base nos fundamentos do belíssimo voto do Ministro **Celso de Mello**, tem-se que “*a cláusula inscrita no art. 16 da Constituição – distinguindo entre o plano da vigência da lei, de um lado, e o plano de sua eficácia, de outro – estabelece que o novo diploma legislativo, emanado do Congresso Nacional, embora vigente na data de sua aplicação, não se aplicará às eleições que ocorrerem em até um ano contado da data de sua vigência, inibindo-se, desse modo, a plenitude eficaz das leis que alterarem o processo eleitoral.”*

O artigo 16, CF/1988, exerce, como gostava de afirmar **Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda**, *ação paralisante* sobre a eficácia jurídica da norma eleitoral, a despeito de não lhe obstar a vigência. Assim entendeu o STF na ADI 3345, ao prestigiar a tese do Ministro **Celso de Mello** no sentido de que “*a essência do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral reside, fundamentalmente, no seu caráter moralizador, ‘que impede mudanças ‘ad hoc’ no processo eleitoral (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, p. 134, 1990, Saraiva), a que se associa, ainda, a natureza salutar do preceito, ‘que busca proibir o casuísmo eleitoral, usado durante a época do Estado autoritário...’ (PINTO FERREIRA, Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1, p. 317, 1989, Saraiva.)”*

Creio ser desnecessário estender-me nesse ponto, em relação ao que já se decidiu na Corte sobre a **anterioridade da mutação legislativa em matéria eleitoral**.

Essa orientação do STF tem ampla acolhida na melhor doutrina nacional.

José Afonso da Silva (Comentário contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 234) define que “*a ratio legis está precisamente em evitar a alteração da regra do jogo depois que o processo eleitoral tenha sido desencadeado – o que se dá, em geral, dentro de um ano antes do pleito.”* O processo eleitoral, segundo o autor, além de outros atos, compreende **a apresentação de candidaturas e seu registro**.

Marco Aurélio Mello, aqui citado como doutrinador e não como magistrado da Suprema Corte, também anota que o artigo 16, CF/1988, tem por finalidade “*evitar manobras que desta ou daquela maneira possam beneficiar a este ou aquele segmento e prejudicar qualquer dos demais envolvidos na*

EM REVISÃO

disputa. Nesse sentido, a Carta impõe projeção no tempo de qualquer diploma legal que altere o processo legal.” (In. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura; BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 508).

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (**Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 750-751) doutrinam que “(...) *o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos, não podendo o legislador fazer tabula rasa, sob pena de ter uma violação ao art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.*”

Walber de Moura Agra (**Curso de direito constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 336) une-se aos posicionamentos citados para afirmar que “*a finalidade do princípio da anterioridade eleitoral é evitar que o Poder Legislativo possa introduzir modificações casuísticas na lei eleitoral para desequilibrar a participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, nos resultados das eleições.*”

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes (**Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212-213) posicionam-se no sentido de que “*o objetivo do dispositivo é claro, auspiciando evitar a mudança repentina das normas eleitorais, ao sabor das conveniências do momento. Importante notar que muitas vezes os tribunais eleitorais, mediante instruções ou resoluções, podem sedimentar interpretações dotadas de caráter normativo, muitas vezes modificando a normatização de uma eleição sem que houvesse mutação da legislação de regência.*”

Em idêntico sentido, tem-se ainda: **Celso Ribeiro Bastos** (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2. p.597); **Fávila Ribeiro** (**Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 93) e **Pinto Ferreira** (**Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1. p. 317).

O primeiro fundamento dos recursos extraordinários está suficientemente analisado e permite concluir por sua procedência.

Não se pode distinguir o conteúdo da norma eleitoral selecionadora de novas hipóteses de inelegibilidades. É ele alcançável pelo artigo 16, CF/1988 pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o **processo eleitoral** em curso.

Retomo o problema da **quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos** e proponho um teste de validade da alínea “k” em face do artigo 16, CF/1988.

EM REVISÃO

Com efeito, a lei claramente restringiu o universo de cidadãos aptos a participar do pleito de 2010. Imagine-se que ela fizesse o inverso, **ampliase o rol de concorrentes, por meio da subtração de hipóteses de inelegibilidade, com eficácia para as eleições atuais.**

Quais as consequências práticas dessa inovação legislativa?

A resposta é melhor compreensível a partir de exemplos práticos.

Na campanha presidencial, que tivesse quatro governadores estaduais como pré-candidatos. Dois deles, em clara obediência aos ditames do prazo de desincompatibilização, renunciaram a seus mandatos no período de seis meses e os outros dois não o fazem. Em maio de 2010, sancionada uma nova lei que exige a desincompatibilização apenas quatro meses antes do pleito, permaneceriam as coisas assim (*rebus sic stantibus*)? A nova lei não alteraria o quadro político-eleitoral, em claríssima afronta ao princípio democrático e à isonomia entre os postulantes?

Veja-se outra situação concreta. O Congresso Nacional aprova emenda à Constituição em 31.5.2010, que revoga o §7º do artigo 14, CF/1988. Tornar-se-ia lícita a candidatura do cônjuge do chefe do Poder Executivo para sucedê-lo na eleição subsequente. A esposa do presidente da República poderia ser candidata nestas eleições presidenciais?

Ressalto, por derradeiro, dois tópicos argumentativos.

O primeiro está na crítica ao posicionamento do STF, em relação ao que decidido na ADI 3685, no sentido de que a Corte adotou insustentável **posição consequencialista**. A despeito da baixa densidade teórica da censura feita ao acórdão dessa ação direta por alguns autores, é de se pontuar que o Tribunal não foi pragmático, muito menos abandonou técnicas **fundamentalistas** em nome de um suposto **consequencialismo**. Aqui, como alhures, deve-se preservar a previsibilidade do processo eleitoral. E, conjugadamente, conservam-se as prerrogativas das minorias, que não influenciaram decisivamente a aprovação da lei cuja eficácia se pretende imediata.

O segundo está em que a defesa das minorias é antes de mais nada um **trunfo**, como a moderna dogmática constitucional qualifica essa posição jurídica desses grupos em face das majorias. E, nesse aspecto, não se trata de mirar nas consequências da decisão judicial e sim cuidar de permitir que elas se habilitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em majorias.

O Tribunal Constitucional alemão, conquanto haja se pronunciado sobre o desequilíbrio de poder na propaganda política, no famoso caso do “Serviço de informação ao Cidadão” (*Öffentlichkeitsarbeit*), BVerfGE

EM REVISÃO

44, 121, de 2-3-1977, assentou que a Constituição (*Grundgesetz*) determina que as decisões fundamentais não de ser tomadas com base no princípio da maioria. Ora, é evidente que sim. O regime democrático é essencialmente ligado à prevalência da vontade majoritária do povo. No entanto, como ressaltou a Corte, as minorias devem ter preservados seus interesses, mormente para que não se lhes retirem ou reduzam o direito de exercitar a oportunidade de tornar-se maioria no futuro.

Quando analisamos a alínea “k”, deixamos de ver o outro lado da questão. Em nome de princípios moralizantes, que restringem a participação de indivíduos no processo eleitoral, não podemos esquecer que deixamos de lado um princípio abstrato e impessoal, veiculado no artigo 16, CF/1988, que protege a própria Democracia contra o casuísmo, a surpresa, a imprevisibilidade e violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos. Se admitirmos a eficácia imediata da Lei Complementar nº 135/2010, **no que se refere exclusivamente ao caso dos autos**, abriremos as portas para mudanças outras, de efeitos imprevisíveis e resultados desastrosos para o concerto político nacional.

B) O PROBLEMA DA IRRETROATIVIDADE E DA PRESERVAÇÃO DO ATO JURÍDICO PERFEITO

O segundo fundamento conecta-se com o problema do artigo 16, CF/1988, e é ancilar do que foi exposto na seção anterior do voto.

Há na tese da irretroatividade e da conservação do ato jurídico perfeito uma inegável correlação com o fato de que situações jurídicas pretéritas, consolidadas e intangíveis não podem ser utilizadas para servir ao enquadramento de tipos normativos supervenientes.

Qual a hipótese de fato aqui apreciada?

O recorrente Joaquim Domingos Roriz, após representação ao Conselho de Ética do Senado Federal, renunciou a seu mandato, antes da abertura de procedimento político-disciplinar.

O relator no Tribunal Superior Eleitoral, ao considerar essa conduta como suscetível de qualificação como causa de inelegibilidade, construiu sua argumentação com base em três eixos:

a) a jurisprudência do STF considera que a inelegibilidade não é uma **pena**, logo não se pode aplicar à espécie a teoria da irretroatividade da lei;

b) não há direito adquirido a regime jurídico de inelegibilidades, que se afere no ato do registro da candidatura sob o império da condição *rebus sic stantibus*;

EM REVISÃO

c) a renúncia não pode isentar o candidato, ora recorrente, de ser submetido ao crivo de legislação eleitoral superveniente, que qualifique essa atitude como causa de inelegibilidade.

Creio, Senhores Ministros, que os fundamentos acima expostos não podem ser confrontados com a hipótese de fato deste recurso extraordinário. Assim o afirmo porque não há **direito adquirido a regime jurídico de condições de elegibilidade**, muito menos se pode falar em **ato jurídico perfeito de renúncia**, capaz de gerar direito ao registro de candidatura por efeito de pedido de renúncia.

Os problemas de direito intertemporal (artigo 5.º, inciso XXXVI, CF/1988, e art. 6.º, LICC) regem-se por três hipóteses de eficácia das normas, segundo as antigas (e sempre atuais) lições de **Paul Roubier (Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)**. 2. ed. Paris : Dalloz, 1960. p. 9 e ss.):

a) *imediatidade*: cada norma deve estabelecer todas as consequências decorrentes de pressupostos que ocorrerem durante sua vigência, o que abrange até mesmo aqueles que se completarem no desenvolvimento de fatos ou situações jurídicas advindas do tempo anterior;

b) *retroatividade*: é possível que a norma em vigor seja aplicável *ainda* a pressupostos completados anteriormente, o que implica a modificação de consequências jurídicas que a norma revogada já havia atribuído;

c) *pós-atividade* ou *ultra-atividade*: é possível que a norma revogada permaneça aplicável a pressupostos que venham a se completar depois de sua substituição por uma nova norma.

A situação jurídica do recorrente Joaquim Domingos Roriz não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses. Não há aplicação retroativa a seu *status* jurídico da norma eleitoral superveniente. A renúncia continua a produzir seus efeitos materiais. Ao optar pela renúncia, ato necessariamente *incondicionável* e estritamente *unilateral*, ele dispôs legitimamente de seu mandato, fazendo com que sua condição de renunciante produzisse todos os efeitos compatíveis com seu ato. Ele simplesmente passou à condição de *renunciante a mandato eletivo de Senador da República*.

Com a nova causa de inelegibilidade, não houve retroação para desconstituir, interferir ou modificar o regime jurídico do recorrente. Criou-se um novo requisito para o exercício do direito de candidatar-se a cargo eletivo. Assim, uma lei nova poderá estabelecer que somente os brasileiros que efetivamente prestaram serviço militar obrigatório (e não os dispensados) poderiam estar aptos ao *ius honorum*. Independentemente da razoabilidade dessa

EM REVISÃO

nova regra, o que não se confunde com matéria de direito intertemporal, em nada aproveitaria aos que não atendessem esse novo requisito a alegativa de que possuiriam ato jurídico perfeito ou direito adquirido.

Em verdade, a ideia de que o acórdão do TSE ofendeu o ato jurídico perfeito é contraditória com a tese da anterioridade do artigo 16, CF/1988. Só existe a previsão de se resguardar os efeitos da nova legislação às eleições posteriores porque o constituinte entendeu que essas disposições supervenientes, **ao criarem novas exigências**, hão de ser marcadas pela previsibilidade. De tal modo, os que não mais atenderem os novos requisitos legais saberiam de sua incompatibilidade e, com isso, não perturbariam a ordem eleitoral com pretensões contrárias ao que se tornou, não só vigente, mas também eficaz.

O primeiro capítulo do recurso é contraditório com a arguição de ofensa ao artigo 5.º, inciso XXXVI, CF/1988.

Logo, é impertinente esse tipo de argumento para o caso concreto deste recurso extraordinário.

C) VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O terceiro capítulo recursal diz respeito à aparente violação do princípio constitucional da presunção de inocência, cuja sede material é o artigo 5º, LVII, CF/1988, cuja redação é clássica nas Constituições brasileiras: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”*

O caso dos autos também não se conforma a esse princípio constitucional.

A alínea “k” prevê a inelegibilidade para os agentes ali assinalados que *“renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município”*. Renunciar a mandato não é o mesmo que ser considerado culpado, **com ou sem trânsito em julgado**. A hipótese de fato contida na norma é inerente à qualificação jurídica de uma conduta, de natureza voluntária, unilateral e de cunho político-constitucional, que vem a ser a disposição do direito de exercer o mandato eletivo em toda sua extensão, com o objetivo de se evadir de eventual responsabilidade político-disciplinar.

Discussões em torno da proporcionalidade ou da razoabilidade dessa previsão normativa não se confundem com o debate constitucional, de

EM REVISÃO

enorme relevo, sobre a presunção de inocência. E tal se dá porque não há aproximação entre as duas realidades fáticas ou entre as teses jurídicas envolvidas.

A presunção de inocência é historicamente ligada à condição de réu em processo criminal. Sua origem conecta-se aos brocardos latinos “na dúvida deve o juiz absolver o acusado” (*in dubiis reus este absolvendus*); “na dúvida, absolve” (*in dubiis, abstine*) e “na dúvida, sempre devem ser preferidas soluções mais benignas” (*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*, Gaius, D. 50.17.56).

Sua reprodução em documentos jurídicos modernos e contemporâneos é praticamente universal. O artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já proclamava que “todo o acusado presume-se inocente até ser declarado culpado e, se for indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.” (“*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*”) Da mesma forma, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, em seu art. 11.1, também proclama que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa*”.

Como bem explicita o constitucionalista chileno **Humberto Nogueira Alcalá** (Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocência. **Ius et Práxis**, v.11, n.1, Talca 2005), “*o direito à presunção de inocência constitui um estado jurídico de uma pessoa que se encontra imputada, devendo orientar a atuação do tribunal competente, independente e imparcial, preestabelecido por lei, enquanto tal presunção não se perca ou destrua pela formação da convicção do órgão jurisdicional através da prova objetiva sobre a participação culposa do imputado ou acusado nos fatos constitutivos do delito, seja como autor, cúmplice ou acobertador, condenando-o por esse (delito) através de uma sentença firmemente fundada, congruente e ajusta às fontes do direito vigentes.*”

A presunção de inocência nas construções pretorianas do STF está fortemente ligada ao problema da aferição do trânsito em julgado da condenação como elemento prévio à formação do juízo de culpabilidade e à perda do *status* jurídico assegurado aos que não sofreram tais cominações definitivas.

Desse modo, a Corte afirma que “*a existência de inquérito e de ações penais em andamento não caracteriza a existência de maus antecedentes,*

EM REVISÃO

pena de violação do princípio da presunção de inocência.” (HC 96618, Relator Ministro **Eros Grau**, Segunda Turma, DJe-116 25-6-2010).

Identicamente, “*o princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.*” (HC 95886, Relator Ministro **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJe-228 4-12-2009).

Em termos de Direito Comparado, veja-se que o Tribunal Constitucional de Espanha desenvolveu fortemente sua jurisprudência no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental à presunção de inocência radica-se na situação jurídica de um indivíduo “*até o momento em que uma sentença, pronunciada por um tribunal legal e independente no âmbito de um processo no qual se conservam todas as garantias constitucionais, condena o processado em relação a um ou vários delitos concretos.*” (PÉREZ-PEDRERO, Enrique Belda. La presunción de inocencia. **Parlamento y Constitución**. Anuario, nº 5, 2001, p.179-204. p. 180).

Em sede doutrinária, chega-se ao limite de associar esse princípio com a questão do tratamento respeitoso, digno, humanitário ao indivíduo que se encontra submetido às forças policiais, como se lê do excerto da obra clássica sobre o tema de **Antônio Magalhães Gomes Filho (Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 45):

“Sob outro aspecto, o princípio da presunção de inocência, visto como garantia do *status* do cidadão impõe às autoridades e ao pessoal administrativo em geral, que intervêm nas atividades processuais, tratamento respeitoso à pessoa do acusado, o que não se revela apenas no plano formal e abstrato, mas sobretudo nas pequenas práticas em que seja possível sua assimilação com a condição de culpado; assim, o uso de algemas deve ser restrito aos casos de absoluta necessidade, do mesmo modo que certas praxes, como a de realizar o interrogatório com o réu em pé, merecem ser revistas, em face da regra constitucional.”

Em suma, o debate sobre presunção de inocência é fortemente marcado pela possibilidade de se aplicar aos simples acusados as medidas sancionadoras típicas dos que se encontram em estado de condenação irreversível. Como referência, confira-se na doutrina internacional: **Louis Favoreu** (La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel penal. In. **Droit penal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu**. Paris: Cujas, 1989. p.169-209); **Luigi Ferrajoli**

EM REVISÃO

(**Derecho y razón:** teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p.555-559); **Alexandra Vilela (Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 105) e Américo A. Taipa Carvalho (**Sucessão de leis penais.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 315).

E, se for transposto esse princípio para o campo administrativo-disciplinar, tem-se de admitir que é necessária a existência de um juízo condenatório ou, em casos extremos, a instauração de um procedimento sancionador para que se ponha em causa a aplicabilidade ou não desse princípio. Dito de outro modo, **até para se discutir o alcance da presunção de inocência, é necessária a existência de alguma forma de constrição procedimental contra o arguido.**

No caso dos autos, nem isso existe.

Finalmente, não é possível abordar, em relação ao direito do candidato-recorrente, o princípio da presunção de inocência sob o prisma da distribuição das cargas probatórias no processo. O debate aqui não é sobre o ônus probatório ou a presunção da certeza do que contra ele se alega, como tem admitido parte da doutrina com vistas a conferir amplitude ainda maior ao primado da inocência presumida (cf. CARMONA RUANO, Miguel. Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocência. **Jueces para la democracia**, nº 9, 1990, p. 22-30).

Nesse aspecto, como teve a oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional de Espanha, a sanção proveniente dos órgãos públicos, seja de caráter judicial, seja de caráter administrativo, aplicada em decorrência de sentença ou ato administrativo equivalente, “(...) *não pode suscitar nenhuma dúvida de que a presunção de inocência rege, sem exceções, o ordenamento sancionador e há de ser respeitada na imposição de quaisquer sanções, sejam penais, sejam administrativas (...)*” (8ª Sala do Tribunal Constitucional 76/90, caso *Ley General Tributaria*).

O problema aqui é bem mais restrito. Reside propriamente na qualificação jurídica de uma renúncia, o que, rigorosamente, não guarda a menor correlação com os elementos acima destacados.

No acórdão-paradigma para as questões eleitorais relativas à inelegibilidade e o poder legislativo, firmado na ADPF 144, relator Ministro **Celso de Mello**, DJe-035 26-2-2010, tem-se claramente a associação do primado da presunção de inocência ao caso da **condenação do candidato sem trânsito em julgado**. Transcrevo passagem da ementa, que é autoexplicativa:

EM REVISÃO

“REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, "N"), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

EM REVISÃO

PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, C/C O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, "G") - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE

EM REVISÃO

PROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE.”

Em suma, o recorrente Joaquim Domingos Roriz não foi condenado, não se submeteu a inquérito, não se enquadra nas situações descritas na ADPF 144 como típicas de observância do primado da presunção de inocência. Sua renúncia constitui hipótese de fato não subsumível ao âmbito de eficácia do artigo 5º, LVII, CF/1988. Imaginar algo diverso seria o mesmo que baratear a importância dessa cláusula constitucional de proteção dos direitos fundamentais, estendendo-a a circunstâncias tão alheias quanto inúteis.

Rejeito a tese contida nesse capítulo dos recursos extraordinários.

D) A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE DA NORMA

Por coerência com minhas convicções técnico-jurídicas, que, como já salientei em meu voto na ADI do Humor, passam ao largo do neopositivismo e de do neoconstitucionalismo, não julgo ser essa a forma adequada de cotejar a alínea “k” com padrões de inconstitucionalidade tão fluídos quanto plásticos. É o eterno retorno ao que **William Shakespeare** nos revela na obra “Medida por medida” (*Measure for measure*), no trágico exemplo da noviça Isabela.

Tenho por suficiente o confronto com o artigo 16, CF/1988, cuja eficácia não pode ser obnubilada pela imediata aplicabilidade da alínea “k” ao processo eleitoral em curso.

D) CONCLUSÕES

As considerações que desenvolvi pautam-se pela ideia central de que a soberania reside na Constituição, na qual se materializa a própria soberania popular. Qualquer forma de limitação aos princípios constitucionais, especialmente advinda do legislador, deve ser combatida em nome da guarda da Constituição.

Como bem salientou o jurista alemão Christian Starck, em texto originalmente apresentado em castelhano, intitulado “A legitimação da Justiça Constitucional e o princípio democrático” (**Anuario Iberoamericano de**

EM REVISÃO

Justicia Constitucional. n. 7, p. 479-493, 2003. p. 489), “*em uma Constituição que reivindica superioridade frente às leis ordinárias não há espaço para sonhos ou castelos no ar. Podem também ter efeitos prejudiciais os programas e os apelos contidos em uma Constituição, quando o Tribunal Constitucional serve-se deles para obrigar o legislador hic et nunc como o requer o direito em termos estritos. Os Tribunais Constitucionais devem agir com moderação, procurando não estender nem condensar o conteúdo jurídico da Constituição criando pretensões exageradas.*”

No caso dos autos, o STF exerce a jurisdição constitucional em seu ambiente clássico. Cuida-se de simplesmente reconhecer a aplicação do artigo 16, CF/1988, ao plano da eficácia da Lei Complementar nº 135/2010, **no que se refere ao caso concreto do candidato recorrente.**

Assim como assim, conheço dos recursos extraordinários para lhes dar provimento, exclusivamente no que se refere à violação do artigo 16, CF/1988.

É como voto.

Ministro **DIAS TOFFOLI**