Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 221
julho a setembro de 2012

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Disponível também em: <http://stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>

Secretaria-Geral da Presidência
Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Andreia Fernandes de Siqueira

Equipe técnica: Gil Wadson Moura Júnior, José Carlos Bezerra de Siqueira Júnior (estagiário), Priscila Heringer Cerqueira Pooter e Valquirio Cubo Junior

Diagramação: Roberto Hara Watanabe

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Divina Célia Duarte Pereira Brandão, Patrícia Keico Honda Daher e Rochelle Quito

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva
Supremo Tribunal Federal
Anexo II-A, Cobertura, Sala C-624
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
livraria.cdju@stf.jus.br
Fone: (061) 3217-4780

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (25-6-2003), Presidente
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI (23-10-2009)
Ministro LUIZ FUX (3-3-2011)
Ministra ROSA Maria WEBER Candiota da Rosa (19-12-2011)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro LUIZ FUX
Ministra ROSA Maria WEBER Candiota da Rosa

SEGUNDA TURMA

Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro Antonio CEZAR PELUSO
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Ministro LUIZ FUX – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro LUIZ FUX

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro DIAS TOFFOLI
Ministra ROSA WEBER

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro CEZAR PELUSO
Ministro GILMAR MENDES
Ministro DIAS TOFFOLI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 637

ÍNDICE NUMÉRICO 649

ACÓRDÃOS

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 29 — DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Requerente: Partido Popular Socialista — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional

Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. LC 135/2010. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da LC 135/2010 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retro

mencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela LC 135/2010 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu,* não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela LC 135/2010, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico.*

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na LC 135/2010, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A LC 135/2010 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (*v.g.*, o art. 53, § 6º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius sufragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *c*, *d*, *f*, *g*, *h*, *j*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q* do art. 1º, I, da LC 64/1990, introduzidas pela LC 135/2010, vencido o relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de oito anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, rel. min. Gilmar Mendes (repercussão geral).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação.

Brasília, 16 de fevereiro de 2012 — Luiz Fux, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Trata-se de julgamento conjunto das ADC 29 e 30 e da ADI 4.578.

Requer-se na ADC 29 a declaração de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, de normas contidas na LC 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a LC 64, de 18 de maio de 1990, diploma legal que, editado em observância do art. 14, § 9º, da Constituição de 1988, estabelece hipóteses de inelegibilidades. Estes os dispositivos legais em apreço:

> Art. 2º A Lei Complementar n. 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 1º (...)
>
> I – (...)
>
> c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo 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 e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;
>
> d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
>
> e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
>
> 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
>
> 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
>
> 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
>
> 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (…)

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

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;

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

> n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;
>
> o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;
>
> p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;
>
> q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; (...)
>
> § 4º A inelegibilidade prevista na alínea *e* do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.
>
> § 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.

Postula o Partido Popular Socialista o reconhecimento da validade jurídica da aplicação das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela LC 135/2010 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenham ocorrido anteriormente à edição da lei em comento. Para tanto, invoca o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, com redação introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, *verbis*:

> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Argumenta-se que a expressa referência constitucional ao exame da vida pregressa do candidato é bastante para autorizar a previsão, pelo legislador complementar, de hipóteses de inelegibilidades que tomem em consideração fatos já passados e que raciocínio oposto esvaziaria o conteúdo da lei.

Sustenta-se, ademais, que a inelegibilidade não constitui pena, mas uma restrição do direito de ser votado (*ius honorum*). Por essa razão, afastar-se-ia a aplicação da regra constitucional de irretroatividade das leis penais no tempo, questão que, segundo seu relato, já teria sido objeto de enfrentamento na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Afasta-se, ainda, eventual óbice do princípio constitucional da segurança jurídica, pela afirmativa de que a verificação das condições de elegibilidade se dá no momento de registro da candidatura, sendo que não haveria direito "inato e inalienável" à candidatura.

O arguente anexou à peça vestibular, para fins de comprovação da controvérsia jurisprudencial relevante idônea a autorizar o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Sergipe (SE).

Pela relevância social da questão, foi determinada por esta relatoria a aplicação analógica do procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999. Antes, porém, assinalou-se que o exame do caso envolveria, à luz da teoria da *causa petendi* aberta, pelo que foi determinado ao requerente que, em nome do contraditório, aditasse a exordial para oferecer manifestação quanto à eventual incidência não apenas das normas constitucionais por ele invocadas, como também do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), abordagem que se faria necessária, considerando o julgamento da ADPF 144 (rel. min. Celso de Mello).

O requerente apresentou petição em que afirma não ter discorrido sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais em face da presunção de inocência por não haver identificado controvérsia jurisprudencial relevante sobre a questão. De todo modo, reitera os argumentos expendidos na exordial e afirma haver debate doutrinário sobre o tema, salientando que o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisão colegiada, ainda que não definitiva, é compatível com a ordem constitucional vigente.

Nesse diapasão, sustenta que a previsão do art. 14, § 9º, relativamente à observância da *vida pregressa* do candidato denotaria o propósito do constituinte reformador de ampliar os casos de inelegibilidade para além das condenações definitivas. Demais disso, salienta a distinção entre a inelegibilidade e a perda ou a suspensão dos direitos políticos, que alcançam também o direito de votar. Assim, não faria sentido que a lei complementar restringisse a inelegibilidade às condenações transitadas em julgado, sob pena de inocuidade, uma vez que a própria Constituição Federal, no art. 15, III, determina a suspensão dos direitos políticos em virtude de sentença penal condenatória.

A ADC 29, ora em foco, foi distribuída por prevenção, considerada, para tanto, sua vinculação com a ADI 4.578. Nesta, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, *m*, da LC 64/1990, inserido pela LC 135/2010.

Nesta ação direta de inconstitucionalidade, alega a requerente que o dispositivo legal está inquinado de inconstitucionalidade formal, pois confere aos conselhos profissionais competência em matéria eleitoral, ao admitir que a violação a regimentos internos elaborados por esses conselhos possa ocasionar a imposição de sanções de cunho eleitoral. Afirma, ainda, a inconstitucionalidade material, traduzida em violação do princípio da razoabilidade, ao equiparar

decisões administrativas de conselhos profissionais a decisões colegiadas do Poder Judiciário para fins de imposição de inelegibilidades. Determinou-se a aplicação do procedimento do art. 12 da Lei 9.868/1999 também a este feito.

Prestaram informações a Excelentíssima Senhora presidenta da República, o Excelentíssimo Senhor presidente do Senado Federal e o Excelentíssimo Senhor presidente da Câmara, todos pela constitucionalidade do art. 1º, I, *m*, da LC 64/1990, introduzido pela LC 135/2010.

Opinou a Advocacia-Geral da União no sentido do não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de impugnação especificada – caracterizando inépcia da inicial – e por ausência de pertinência temática da CNPL. Eventualmente superadas as preliminares, pugnou pela improcedência do pedido.

A ambas as ações foi apensada a ADC 30, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Postula-se nesta a declaração de constitucionalidade de todos os dispositivos da LC 135/2010, o que se faz tendo em vista "a existência de divergência nos diversos Tribunais Regionais Eleitorais (...), não obstante as manifestações do eg. Tribunal Superior Eleitoral", demonstrada pelas transcrição parcial e anexação de acórdãos do TSE e dos TREs de Sergipe e Minas Gerais. A estes a requerente adiciona as manifestações desta Corte no julgamento do RE 633.703, no intento de demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante, capaz de ocasionar incerteza e insegurança jurídica quanto à aplicabilidade da LC 135/2010 às próximas eleições.

São repisados na ADC 30 vários dos argumentos que lastreiam a ADC 29, com ênfase na questão da aplicabilidade da LC 135/2010 com referência a fatos ocorridos anteriormente à sua edição, especialmente por força da distinção entre a inelegibilidade – à qual se recusa caráter sancionatório – e a suspensão ou perda de direitos políticos, bem como na restrição da presunção constitucional de inocência à esfera penal e processual penal. Concluir em sentido diverso, afirma-se na exordial, tornaria inócua a menção à *vida pregressa* do candidato no art. 14, 9º, da Constituição Federal. Alega-se, ainda, que a Lei de Inelegibilidades tenciona a depuração do sistema político-partidário e o fortalecimento do regime democrático.

A requerente sustenta, então, a adequação da LC 135/2010 ao princípio da proporcionalidade, e invoca o elemento histórico de interpretação do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, em particular quanto ao acréscimo das expressões "probidade administrativa" e "moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato", para assinalar o propósito do constituinte reformador de produzir a transformação dos costumes éticos e políticos.

Salienta-se a inaplicabilidade do art. 5º, LVII, da Constituição da República à questão das inelegibilidades, argumentando-se que as previsões da LC 135/2010 são de natureza eleitoral e não sancionatória; defende, ainda uma compreensão harmônica do art. 14, § 9º, da Carta Magna com o princípio constitucional da

presunção de inocência, de modo que o mesmo ceda espaço ao princípio da moralidade administrativa.

Frisa, por fim, que a própria LC 135/2010 ofereceu solução apropriada para a defesa do direito individual, ao inserir na LC 64/1990 o art. 26-C, que permite a atribuição de efeito suspensivo ao recurso contra a decisão colegiada que reconhece a inelegibilidade do candidato.

A ação também é instruída com cópias de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados de Tocantins e de Sergipe, confrontadas com acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral.

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer no sentido do conhecimento das ações e da procedência dos pedidos na ADC 29 e na ADC 30, bem como da improcedência do pedido na ADI 4.578, com a declaração da constitucionalidade da LC 135/2010 em sua integralidade.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Preliminarmente, conheço da ADI 4.578, porquanto já reconhecida a legitimidade da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, na forma do art. 103, IX, da Constituição Federal, em precedentes desta Corte (*v.g.*, ADI 1.590, rel. min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 19-6-1997). Afigura-se presente, ademais, a pertinência temática, uma vez que se vislumbra a relação entre as finalidades institucionais da mencionada Confederação e o teor do art. 1º, I, *m*, da LC 64/1990, introduzido pela LC 135/2010, norma impugnada na ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

De igual maneira, hão de ser conhecidos os pedidos de ambas as ações declaratórias de constitucionalidade ora em julgamento, mesmo porque ajuizadas por entidades expressamente referidas no art. 103 da Carta Magna e dotadas de legitimação universal, mas, quanto à ADC 30, apenas em parte. As exordiais atendem às exigências do art. 14, III, da Lei 9.686/1999, especialmente no que concerne à demonstração da existência de controvérsia judicial relevante sobre os dispositivos legais que constituem objeto da ação. De fato, há efetiva divergência jurisprudencial entre Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral quanto à aplicabilidade da LC 135/2010 em amplitude maior do que a examinada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 633.703 (rel. min. *Gilmar Mendes*).

Naquela oportunidade, esta Corte limitou-se a pacificar a jurisprudência no que dizia respeito à inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidades previstas na LC 135/2010 às eleições de 2010. Observe-se, por outro lado, que a controvérsia judicial demonstrada cuida exclusivamente das hipóteses de inelegibilidade introduzidas nas alíneas *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q* do art. 1º, I, da

LC 64/1990, por força da LC 135/2010. Não há demonstração dessa controvérsia para os demais dispositivos da LC 135/2010.

Vê-se que o pedido formulado na ADC 30 é de declaração de constitucionalidade "da Lei Complementar n. 135/10", o que poderia sugerir que se pretende atingir a totalidade do diploma legal em comento. No entanto, não foram declinados na peça vestibular da ADC 30 os fundamentos jurídicos do pedido de declaração de constitucionalidade de outros dispositivos da LC 135/2010 que não dizem respeito especificamente à previsão de novas hipóteses de inelegibilidades, com o que, relativamente a estes, não foi atendido o disposto no art. 14, I, da Lei 9.868/1999. Portanto, considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se há de conhecer da questão concernente à constitucionalidade dos demais dispositivos da LC 135/2010.

Cabe, então, passar-se ao exame de mérito, posto cuidar-se de exame de magnitude consideravelmente maior do que aquele submetido ao exame da Corte no julgamento do referido RE 633.703.

Há três questões a responder neste julgamento, quais sejam: *(1)* se as inelegibilidades introduzidas pela LC 135/2010 poderão alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal e *(2)* se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *m*, da LC 64/1990, inserido pela LC 135/2010. Sucede que o exame dessas questões demanda, previamente, *(3)* a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidade criadas pela LC 135/2010, que podem ser divididas, basicamente, em cinco grupos, a saber:

(i) *condenações judiciais* (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado;

(ii) *rejeição de contas* relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso);

(iii) *perda de cargo* (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato;

(iv) *renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo*; e

(v) *exclusão do exercício de profissão regulamentada*, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional.

Primeiramente, é bem de ver que **a aplicação da LC 135/2010 com a consideração de fatos anteriores não viola o princípio constitucional da irretroatividade das leis**. De modo a permitir a compreensão do que ora se afirma, confira-se a lição de J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 261-262), em textual:

> *Retroactividade* consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os *efeitos jurídicos* de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor.
> (Os grifos são do original.)

O mestre de Coimbra, sob a influência do direito alemão, faz a distinção entre:

(i) a *retroatividade autêntica*: a norma possui eficácia *ex tunc*, gerando efeito sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente *ex nunc*, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado; e

(ii) a *retroatividade inautêntica* (ou *retrospectividade*): a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos (v. ADI 3.105 e ADI 3.128, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso).

Como se sabe, a retroatividade autêntica é vedada pela Constituição da República, como já muitas vezes reconhecido na jurisprudência deste Tribunal. O mesmo não se dá com a *retrospectividade*, que, apesar de semelhante, não se confunde com o conceito de *retroatividade mínima* defendido por *Matos Peixoto* e referido no voto do eminente ministro *Moreira Alves* proferido no julgamento da ADI 493 (julgamento em 25-6-1992): enquanto nesta são alteradas, por lei, as consequências jurídicas de fatos ocorridos anteriormente – consequências estas certas e previsíveis ao tempo da ocorrência do fato –, naquela a lei atribui novos efeitos jurídicos, a partir de sua edição, a fatos ocorridos anteriormente. Repita-se: foi o que se deu com a promulgação da Emenda Constitucional 41/2003, que atribuiu regimes previdenciários diferentes aos servidores conforme as respectivas datas de ingresso no serviço público, mesmo que anteriores ao início de sua vigência, e recebeu a chancela desta Corte.

A aplicabilidade da LC 135/2010 a processo eleitoral *posterior* à respectiva data de publicação é, à luz da distinção *supra*, uma hipótese clara e inequívoca de *retroatividade inautêntica*, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte.

Demais disso, é sabido que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal preserva o direito adquirido da incidência da lei nova. Mas não parece correto nem razoável afirmar que um indivíduo tenha o *direito adquirido* de candidatar-se, na medida em que, na lição de Gabba (*Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editore, 1981. v. 1, p. 1), é adquirido aquele direito

> (...) que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei vigente ao tempo em que se deu o fato, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.
> (Tradução livre do italiano.)

Em outras palavras, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos "negativos" (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica.

É essa característica continuativa do enquadramento do cidadão na legislação eleitoral, aliás, que também permite concluir pela validade da extensão dos prazos de inelegibilidade, originariamente previstos em três, quatro ou cinco anos, para oito anos, nos casos em que os mesmos encontram-se em curso ou já se encerraram. Em outras palavras, é de se entender que, mesmo no caso em que o indivíduo já foi atingido pela inelegibilidade de acordo com as hipóteses e prazos anteriormente previstos na LC 64/1990, esses prazos poderão ser estendidos – se ainda em curso – ou mesmo restaurados para que cheguem a oito anos, por força da *lex nova*, desde que não ultrapassem esse prazo.

Explica-se: trata-se, tão somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*. Observe-se, para tanto, que o legislador cuidou de distinguir claramente a inelegibilidade das condenações – assim é que, por exemplo, o art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990 expressamente impõe a inelegibilidade para período *posterior ao cumprimento da pena*.

Tendo em vista essa observação, haverá, em primeiro lugar, uma questão de isonomia a ser *atendida*: não se vislumbra justificativa para que um indivíduo que já tenha sido condenado definitivamente (uma vez que a lei anterior não admitia inelegibilidade para condenações ainda recorríveis) cumpra período de inelegibilidade inferior ao de outro cuja condenação não transitou em julgado.

Em segundo lugar, não se há de falar em alguma afronta à coisa julgada nessa extensão de prazo de inelegibilidade, nos casos em que a mesma é decorrente de condenação judicial. Afinal, ela não significa interferência no cumprimento de decisão judicial anterior: o Poder Judiciário fixou a penalidade, que terá sido cumprida antes do momento em que, unicamente por força de lei – como se dá nas relações jurídicas *ex lege* –, tornou-se inelegível o indivíduo. A coisa julgada não terá sido violada ou desconstituída.

Demais disso, tem-se, como antes exposto, uma relação jurídica continuativa, para a qual a coisa julgada opera sob a cláusula *rebus sic stantibus*. A edição da LC 135/2010 modificou o panorama normativo das inelegibilidades, de

sorte que a sua aplicação, posterior às condenações, não desafiaria a autoridade da coisa julgada.

Portanto, não havendo direito adquirido ou afronta à autoridade da coisa julgada, a garantia constitucional desborda do campo da regra do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna para encontrar lastro no princípio da segurança jurídica, ora compreendido na sua vertente subjetiva de proteção das expectativas legítimas. Vale dizer, haverá, no máximo, a expectativa de direito à candidatura, cuja *legitimidade* há de ser objeto de particular enfrentamento. Para tanto, confira-se a definição de *expectativas legítimas* por Søren Schønberg (*Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003, p. 6):

> Uma expectativa é razoável quando uma pessoa razoável, agindo com diligência, a teria em circunstâncias relevantes. Uma expectativa é legítima quando o sistema jurídico reconhece a sua razoabilidade e lhe atribui consequências jurídicas processuais, substantivas ou compensatórias.
> (Tradução livre do inglês.)

Questiona-se, então: é *razoável* a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser **negativa**. Da exigência constitucional de **moralidade** para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, **há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, *a priori*, apto a exercer mandato eletivo**.

Nessa linha de raciocínio, é de se pontuar que, mesmo sob a vigência da redação original da LC 64/1990, o indivíduo que, condenado em segunda instância ou por órgão colegiado, por exemplo, teria, ao menos, a perspectiva de, confirmando-se a decisão em instância definitiva ou transitando em julgado a decisão desfavorável, de, no futuro, tornar-se inelegível e, caso eleito, perder o mandato. **Razoável, portanto, seria a expectativa de *inelegibilidade* e não o contrário**, o que permite distinguir a questão ora posta daquela examinada no RE 633.703 (rel. min. *Gilmar Mendes*), em que havia legítimas expectativas por força da regra contida no art. 16 da Constituição Federal, que tutelava, a um só tempo, o princípio da proteção da confiança e o princípio democrático.

Sob a mesma justificativa, **a *presunção constitucional de inocência*** não pode configurar óbi**ce à validade da LC 135/2010**. O debate demanda a análise dos precedentes desta Corte, dentre os quais o da ADPF 144 (rel. min. Celso de Mello) é certamente o mais adequado ao exame, sem prejuízo de outros julgados em que o STF reconheceu a irradiação da presunção de inocência para o direito eleitoral (*v.g.*, o RE 482.006, rel. min. Ricardo Lewandowski).

Naquela oportunidade, o STF, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, que se

prestava ao reconhecimento da inconstitucionalidade – *rectius*, da não recepção – de parte das alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, naquilo em que exigiam a irrecorribilidade ou definitividade das decisões capazes de ensejar a inelegibilidade. Conforme a profunda análise do eminente ministro Celso de Mello, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não poderia ser acolhida porque, em síntese:

(i) propunha-se, na verdade, a criação de novas hipóteses de inelegibilidades, ao arrepio da exigência constitucional de lei complementar para tanto; e

(ii) violava-se o princípio constitucional da presunção de inocência, dotado de eficácia irradiante para além dos domínios do processo penal, conforme já se havia estabelecido na jurisprudência do STF.

O primeiro aspecto, com a edição da LC 135/2010, encontra-se superado.

Já o tema da *presunção de inocência* merece atenção um pouco mais detida. Anota *Simone Schreiber* (Presunção de Inocência. In: TORRES, Ricardo Lobo et al. (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 1004-1016) que dito princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refletindo uma concepção do processo penal como instrumento de tutela da liberdade, em reação ao sistema persecutório do Antigo Regime francês, "(...) no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão". Sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na jurisprudência deste STF, vinha tratando como sinônimos as expressões *presunção de inocência* e *não culpabilidade*.

Por outro lado, o percuciente exame do ministro *Celso de Mello* na ADPF 144 buscou as raízes históricas da norma em apreço, resgatando o debate que vicejou na doutrina italiana para salientar o caráter democrático da previsão constitucional da presunção de inocência na Carta de 1988, sobretudo na superação da ordem autoritária que se instaurou no País de 1964 a 1985, e para afirmar a aplicação extrapenal do princípio.

Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal. Cuida-se aqui tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Em outras palavras, é reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal.

Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no País. Prova maior disso é o fenômeno da *judicialização da política*, que

certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por Vanice Regina Lírio do Valle (*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do País recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral.

Propõe-se, de fato, um ***overruling*** **dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência *vis-à-vis* inelegibilidades**, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas.

De acordo com as lições de Patrícia Perrone Campos Mello (*Precedentes*: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233 et seq.), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

> A *incongruência social* alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.
>
> Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, *a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real*. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes.
>
> (Os grifos são do original.)

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral.

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada **para fins eleitorais** ante requisitos qualificados como os exigidos pela LC 135/2010.

Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis. Primeiramente, o cuidado do legislador na definição desses requisitos de

inelegibilidade demonstra que o diploma legal em comento não está a serviço das perseguições políticas. Em segundo lugar, a própria *ratio essendi* do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal, é resguardada não apenas por esse, mas por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, seguindo-se o sempre valioso escólio de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20), em textual:

> Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.
>
> Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.
>
> (Os grifos são do original.)

Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de direito eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.

Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. Foi grande a reação social ao julgamento da ADPF 144, oportunidade em que se debateu a própria movimentação da sociedade civil organizada em contrariedade ao entendimento jurisprudencial até então consolidado no Tribunal Superior Eleitoral e nesta Corte, segundo o qual apenas a condenação definitiva poderia ensejar inelegibilidade. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), autora da ADPF 144, já fazia divulgar as chamadas listas dos "fichas sujas", candidatos condenados por decisões judiciais ainda recorríveis, fato ao qual, inclusive, foram dedicadas considerações na assentada de julgamento daquela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na oportunidade, diante da manifestação da Corte no sentido de que não se poderiam criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar, foi intensa a mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar 518/2009. Este, com outros projetos similares a que foi apensado, foram submetidos ao debate parlamentar, do qual resultou a LC 135/2010.

Sobreveio, então, o pronunciamento desta Corte no julgamento do RE 633.703 (rel. min. *Gilmar Mendes*), no qual, por maioria de votos, foi afastada a aplicação da LC 135/2010 às eleições de 2010, a teor do que determina o art. 16 da Constituição Federal ("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."). Mais uma vez, a reação social contrária foi considerável, retratada em fortes cores pela crítica impressa de todo o país.

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos Robert Post e Reva Siegel (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash,* disponível no sítio papers. ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. Häberle), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema "ficha limpa", sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da LC 135/2010 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que *Pablo Lucas Verdú* chamara de *sentimento constitucional*, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se

na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma *regra*, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, *comparável a uma redução teleológica*, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia.

Como ensina Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 556), a redução teleológica pode ser exigida "pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida". Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a inserção, pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, da previsão do art. 14, § 9º, atualmente vigente estabeleceu disposição constitucional – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivo para que o legislador complementar estabeleça restrições à elegibilidade com base na vida pregressa do candidato, desde que direcionadas à moralidade para o exercício do mandato.

Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.

Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático.

É de se imaginar que, diante da perspectiva de restrição, pela LC 135/2010, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal, seja eventualmente invocado o princípio da *vedação do retrocesso*, segundo o qual seria inconstitucional a redução *arbitrária* do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – *in casu*, o direito político de índole passiva (direito de ser votado).

No entanto, não há violação ao mencionado princípio, como se passa a explicar, por duas razões.

A primeira delas é a *inexistência do pressuposto indispensável à incidência do princípio da vedação de retrocesso*. Em estudo especificamente dedicado ao tema (*O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007), anota *Felipe Derbli*, lastreado nas lições de *Gomes Canotilho* e *Vieira de Andrade*, que é condição para a ocorrência do retrocesso que, anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral. Necessária, portanto, a "sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo", nas palavras de Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, *tomo IV*: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 399).

Ora, como antes observado, não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo – daí a reação social antes referida – a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal **em sede eleitoral (e frise-se novamente, é apenas desta seara que ora se cuida)** atentaria contra a vedação de retrocesso.

A segunda razão, por seu turno, é a *inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa*. Como é cediço, as restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, àquilo que, em sede doutrinária, o ministro Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239 et seq.), denomina de *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), que dizem com a preservação do núcleo essencial do direito.

Partindo-se da premissa teórica formulada por Humberto Ávila (op. cit., 2005, p. 102 et seq.), que distingue *razoabilidade* e *proporcionalidade*, observem-se as hipóteses de inexigibilidade introduzidas pela LC 135/2010 à luz da chamada *razoabilidade-equivalência*, traduzida na equivalência entre medida adotada e critério que a dimensiona: são hipóteses em que se preveem condutas ou fatos que, indiscutivelmente, possuem altíssima carga de reprovabilidade social, porque violadores da moralidade ou reveladores de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

São situações que expõem a crise do sistema político representativo brasileiro, bem exposta em dissertação de Fernando Barbalho Martins (*Do direito à democracia:* neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133), que, com propriedade, assinalou, *verbis*:

> Embora a presunção de inocência pudesse indicar a legitimidade das hipóteses de inelegibilidade, o § 9º do art. 14 estende os princípios da moralidade e da probidade à regulação da matéria, razão pela qual avulta a incoerência do fato do acesso a cargos de natureza administrativa, cuja liberdade para disposição da coisa pública é incomparavelmente menor do que aquela detida por agente político, possa ser restringido por inquérito policial, medida de todo louvável na maioria dos casos, enquanto parlamentares e chefes do Executivo possam transitar pela alta direção do Estado brasileiro com folhas corridas medidas aos metros.

A verdade é que o constituinte reformador modificou, ainda em 1994, o texto constitucional para que fosse expressamente admitida a previsão, por lei complementar, de hipóteses em que, tendo em vista a vida pregressa do indivíduo, fosse-lhe impedida a candidatura a cargos públicos eletivos, de modo a que se observassem os princípios da moralidade e da probidade administrativa, bem como a vedação ao abuso do poder econômico e político.

O difundido juízo social de altíssima reprovabilidade das situações descritas nos diversos dispositivos introduzidos pela LC 135/2010 demonstram, à saciedade, que é mais do que *razoável* que os indivíduos que nelas incorram sejam impedidos de concorrer em eleições. Há, portanto, plena *equivalência* entre a inelegibilidade e as hipóteses legais que a configuram.

Por seu turno, também se vislumbra *proporcionalidade* nas mencionadas hipóteses legais de inelegibilidade – todas passam no conhecido triplo teste de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito.* Confira-se.

Do ponto de vista da *adequação*, não haveria maiores dificuldades em afirmar que as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no art. 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador.

Relativamente à *necessidade ou exigibilidade* – que, como se sabe, demanda que a restrição aos direitos fundamentais seja a *menos gravosa possível* –, atente-se para o fato de que o legislador complementar foi cuidadoso ao prever *requisitos qualificados de inelegibilidade*, pois exigiu, para a inelegibilidade decorrente de condenações judiciais recorríveis, que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado, afastando a possibilidade de sentença proferida por juiz singular tornar o cidadão inelegível – ao menos em tese, submetida a posição de cada julgador à crítica dos demais, a colegialidade é capaz de promover as virtudes teóricas de (i) *reforço da cognição judicial*, (ii) *garantia da independência dos membros julgadores* e (iii) *contenção do arbítrio individual*, como bem apontou *Guilherme Jales Sokal* em recente obra acadêmica (*O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo*: a colegialidade no julgamento da apelação. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 73 et seq.).

Frise-se também: a tão só existência de processo em que o indivíduo figure como réu não gerará, por si só, inelegibilidade, diversamente do que determinava

o art. 1º, I, *n*, da LC 5/1970, vigente ao tempo do governo militar autoritário, que tornava inelegíveis os que *simplesmente respondessem* a processo judicial por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta lei complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados.

Ademais, o legislador também foi prudente ao admitir a imposição da inelegibilidade apenas na condenação por crimes dolosos, excluindo expressamente as condenações, mesmo que transitadas em julgado, pela prática de crimes cometidos na modalidade culposa (art. 1º, § 4º, da LC 64/1990, incluído pela LC 135/2010).

Nos casos de perda (*lato sensu*) de cargo público, são decisões administrativas que, em muitos casos, são tomadas por órgãos colegiados (como é o caso de agentes políticos, magistrados, membros do Ministério Público e oficiais militares) e, em qualquer caso, resultantes de processos que deverão observar o contraditório e a ampla defesa. E, mesmo nos casos dos servidores públicos efetivos – em geral, demitidos por ato de autoridade pública singular –, cuidou o legislador de prever expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário anular ou suspender a demissão, com o que ficam plenamente restabelecidas as elegibilidades.

A mesma lógica foi aplicada aos indivíduos excluídos do exercício profissional por decisão do órgão ou conselho profissional competente. Além de, em regra, as decisões serem colegiadas, restou expressamente consignado em lei que apenas as exclusões por infração ético-profissional poderão ensejar a inelegibilidade e que, em qualquer caso, o Poder Judiciário poderá suspender ou anular a decisão.

Note-se bem que, nesta e na hipótese anterior, o juízo singular, de primeira instância, obviamente estará autorizado a suspender os efeitos da perda do cargo – e, portanto, a inelegibilidade –, mas o contrário, como antes visto, não ocorre. Vale dizer, o Judiciário pode restabelecer a elegibilidade de um candidato por decisão cautelar de juízo singular, mas, para decretar a inelegibilidade, somente o poderá fazer por decisão em colegiado (de segunda instância ou, nos casos de competência por prerrogativa de função, em instância única).

Resta evidente, portanto, que são rígidos os requisitos para o reconhecimento das inelegibilidades, mesmo que não que haja decisão judicial transitada em julgado. Mais ainda, foi prudente o legislador ao inserir expressamente a possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade por nova decisão judicial colegiada. Não haveria meio menos gravoso de atender à determinação do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Não há objetar que a dicção original da LC 64/1990 seria suficiente ao atendimento do art. 14, § 9º, da Carta Política ao demandar condenações definitivas para a caracterização das inelegibilidades, pois, *permissa maxima venia*, é raciocínio que não resiste a uma análise apurada.

A **interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais** impõe que seja a mencionada norma cotejada com o art. 15, III e V, que trata dos casos de suspensão e perda dos direitos políticos, envolvendo não apenas o *ius honorum* (direitos políticos passivos, isto é, o direito de candidatar-se e eleger-se), como também o *ius sufragii* (direitos políticos ativos – em síntese, o direito de eleger). A *inelegibilidade* tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em *condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos* e, portanto, não se confunde com a *suspensão ou perda dos direitos políticos.*

Ora, se é certo – como, de fato, é – que a inelegibilidade contempla apenas o *ius honorum* e não o *ius sufragii*, por que teria cuidado o constituinte reformador de permitir ao legislador complementar instaurar hipótese de inelegibilidade em que se considerasse a vida pregressa do candidato, se o art. 15 já prevê a suspensão de direitos políticos em virtude de condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa?

Nessa ordem de ideias, impende concluir que o art. 14, § 9º, em sua redação hoje vigente, autorizou a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisões não definitivas, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo.

Ademais, a própria LC 135/2010 previu a possibilidade de suspensão cautelar da decisão judicial colegiada que ocasionar a inelegibilidade, ao inserir na LC 64/1990 o art. 26-C, em textual:

> Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

Resta, ainda, a apreciação da LC 135/2010 à luz do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* e, mais uma vez, a lei responde positivamente ao teste. Com efeito, o sacrifício exigido à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos, sobretudo porque ainda são rigorosos os requisitos para que se reconheça a inelegibilidade.

Ademais, não estão em ponderação apenas a moralidade, de um lado, e os direitos políticos passivos, de outro. Ao lado da moralidade está também a própria democracia, como bem alerta o já mencionado professor *Fernando Barbalho Martins* (ob. cit., p. 150-151), *verbis*:

> A exteriorização do atendimento aos parâmetros de moralidade e probidade são condições essenciais de manutenção do Estado democrático, não sendo raros os exemplos de ditaduras que se instalam sob o discurso de moralização das práticas governamentais. A relação íntima entre Moralidade Administrativa, que alcança indubitavelmente a atuação parlamentar, e princípio democrático é inegável, já que a efetivação deste implica necessariamente a **fidelidade política** da atuação dos

> representantes populares, como bem assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Mais do que isso, a **confiança** depositada pela sociedade em sua classe governante é elemento indeclinável da consecução da **segurança jurídica** erigida como um dos fundamentos da República.
> (Os grifos são do original.)

A balança, no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na LC 135/2010, pois, opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso de direitos políticos.

Por sua vez, também não existe lesão ao núcleo essencial dos direitos políticos, porque apenas o direito passivo – direito de candidatar-se e eventualmente eleger-se – é restringido, de modo que o indivíduo permanece em pleno gozo de seus direitos ativos de participação política.

Cuida-se, afinal, de validar a **ponderação efetuada pelo próprio legislador**, ao qual *Konrad Hesse*, em outro ensaio (La interpretación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villallón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), reconhece posição de primazia na interpretação da Constituição. Essa posição privilegiada do legislador – diretamente ligada ao conhecido princípio hermenêutico da presunção de constitucionalidade das leis – é ainda mais clara quando a norma constitucional é composta de conceitos jurídicos indeterminados como "vida pregressa", confiando ao órgão legiferante infraconstitucional a sua densificação.

Correto concluir, pois, que se trata de caso no qual é válida a *interpretação da Constituição conforme a lei*, na esteira da lição sempre valiosa de *Luís Roberto Barroso* (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195), *verbis*:

> Há um último ponto digno de registro. Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que um instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização de seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição. *Simétrica à interpretação conforme a Constituição situa-se a interpretação da Constituição conforme a lei*. Quando o Judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora escolhida pelo legislador, está, em verdade, endossando a interpretação da Constituição conforme a lei. Mas tal deferência há de cessar onde não seja possível transigir com a vontade cristalina emanada do Texto Constitucional.
> (Os grifos não são do original.)

Como visto acima, não se pode considerar que é vontade cristalina emanada da Constituição a absoluta presunção de inocência em matéria eleitoral – ao revés, se não se puder reconhecer a prevalência, entre os vários intérpretes da Constituição, da visão oposta, indisfarçável será, ao menos, o dissenso. Nesse caso, impende prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento

do conceito de *vida pregressa* do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo.

É de se concluir, pois, pela constitucionalidade da instituição, por lei complementar, de novas hipóteses de inelegibilidades para além das condenações judiciais definitivas, inclusive no que diz respeito à sua aplicabilidade nas situações em que as causas de inelegibilidade por ela introduzidas tenham ocorrido antes da edição do diploma legal apreciado. Entretanto, há aspectos no texto da LC 135/2010 que demandam análise mais minuciosa e, como se verá, atividade interpretativa mais apurada.

Primeiramente, a leitura das alíneas *e* e *l* do art. 1º, I, da LC 135/2010 poderia conduzir ao entendimento de que, condenado o indivíduo em decisão colegiada recorrível, permaneceria o mesmo inelegível desde então, por todo o tempo de duração do processo criminal e por mais outros oito anos *após o cumprimento da pena*, similar ao que se vê na alínea *l*, em textual:

> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Em ambos os casos, verifica-se que o legislador complementar estendeu os efeitos da inelegibilidade para além do prazo da condenação definitiva, seja criminal ou por improbidade administrativa, durante o qual estarão suspensos os direitos políticos (art. 15, III e V, da Constituição Federal).

Ocorre que a alteração legislativa provocou situação iníqua, em que o indivíduo condenado poderá permanecer inelegível entre a condenação e o trânsito em julgado da decisão condenatória, passar a ter seus direitos políticos inteiramente suspensos durante a duração dos efeitos da condenação e, após, retornar ao estado de inelegibilidade por mais oito anos, independentemente do tempo de inelegibilidade prévio ao cumprimento da pena.

Impende, neste ponto, recorrer ao elemento histórico de interpretação, em que se faça a comparação entre a redação original da LC 64/1990 e aquela atualmente vigente, determinada pela LC 135/2010. A redação original do art. 1º, I, *e* (não havia correspondente ao atual inciso *l*) enunciava, *verbis*:

> e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não

definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva.

Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo *caput* do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, de per si, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.

A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal).

Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.

Cumpre, destarte, proceder a uma *interpretação conforme a Constituição*, para que, tanto na hipótese da alínea *e* como da alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de oito anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

Por fim, outra questão exige atenção especial. Assinale-se o que dispõe a novel alínea *k* do art. 1º, I, da LC 64/1990, inserida pela LC 135/2010, *verbis*:

> 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 instituição de hipótese de inelegibilidade para os casos de renúncia do mandatário que se encontre em vias de, mediante processo próprio, perder seu mandato é absolutamente consentânea com a integridade e a sistematicidade da ordem jurídica. *In casu*, a renúncia configura típica hipótese de **abuso de direito**, lapidarmente descrito no art. 187 do Código Civil como o exercício do direito

que, manifestamente, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Longe de se pretender restringir a interpretação constitucional a uma leitura civilista do direito, é certo atentar para o fato de que, assim como no âmbito do direito civil, é salutar – e necessário – que no direito eleitoral também se institua norma que impeça o abuso de direito, que o ordenamento jurídico pátrio decerto não avaliza. Não se há de fornecer guarida ao mandatário que, em indisfarçável má-fé, renuncia ao cargo com o fito de preservar sua elegibilidade futura, subtraindo-se ao escrutínio da legitimidade do exercício de suas funções que é próprio da democracia.

A previsão legal em comento, aliás, acompanha a dicção constitucional estabelecida desde a Emenda Constitucional de Revisão 6/1994, que incluiu o § 4º do art. 55, de modo a que, no que concerne ao processo de perda de mandato parlamentar, restasse estabelecido, *verbis*:

> § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Vale dizer, a própria Constituição Federal determina que o processo de perda de mandato parlamentar prossiga mesmo após a renúncia, justamente com o propósito de tornar ineficaz o abuso de direito à renúncia. Nesse caso, a inelegibilidade é *secundum eventum litis*, ou seja, a parte renuncia, mas se o resultado do processo não tiver nenhuma consequência, aquela renúncia não implica inelegibilidade; se o processo tiver consequência, a inelegibilidade tem procedência, porque há uma dissonância entre a realidade normativa e a realidade prática. Pela mesma razão, uma vez engendrada a renúncia antes da instauração de processo que possa gerar a perda dos direitos políticos, este não prossegue, e deveria prosseguir.

Mas, de toda maneira, este voto é permeado por uma ideologia, que é a da higidez da "Lei da Ficha Limpa". Portanto, deve-se prestigiar a vontade do legislador para declarar-se também a constitucionalidade da alínea *k*, à semelhança do que antes foi pronunciado.

Por oportuno, é de se salientar que, mesmo diante da constitucionalidade parcial da LC 135/2010, resta a mesma inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso, como já reconhecido por esta Corte no julgamento do RE 633.703 (rel. min. *Gilmar Mendes*), com repercussão geral. É aplicar, como naquela ocasião, a literalidade do art. 16 da Constituição Federal, de modo a que as inelegibilidades instituídas pela nova lei sejam aplicáveis apenas às eleições que ocorram mais de um ano após a sua edição, isto é, a partir das eleições de 2012.

Diante de todo o acima exposto, conheço integralmente dos pedidos formulados na ADI 4.578 e na ADC 29 e conheço em parte do pedido deduzido na

ADC 30, para votar no sentido da improcedência do pedido na ADI 4.578 e da procedência parcial do pedido na ADC 29 e na ADC 30, de modo a:

a) declarar a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *c*, *d*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q* do art. 1º, I, da LC 64/1990, introduzidas pela LC 135/2010; e

b) declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, I, alíneas *e* e *l*, da LC 64/1990, com redação conferida pela LC 135/2010, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de oito anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Apenas para destacar que, naquela oportunidade, que hoje foi aqui rememorada, nós discutimos apenas a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa – assim considerada –, com os acréscimos da LC 135/2010, porquanto ela entrara em vigor no mesmo ano das eleições, como aqui destacou o ministro Marco Aurélio. Então, o art. 16 impedia que as regras do jogo fossem modificadas; o artigo era da Constituição; o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição Federal; então, não era possível entrar em vigor no mesmo ano da eleição.

O sr. ministro Marco Aurélio: Entrou em vigor em 2010. Antes, a Constituição previa que passava a vigorar um ano depois. Vigorou imediatamente, não sendo aplicável, no entanto, às eleições que se realizassem até um ano após.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas não podia ser aplicada no mesmo ano. A hipótese aqui é outra, e eu peço vênia para sintetizar.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência entende que a vida irreprochável pregressa o é em relação à lei.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Entendo que sim.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência se referiu muito ao princípio da inocência, e a Carta encerra o da não culpabilidade, inviabilizando, portanto, a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): No âmbito penal. Vossa Excelência tem toda razão.

O sr. ministro Marco Aurélio: Agradeço o aparte concedido.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É sempre um prazer.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, se os colegas não se importarem, eu gostaria de antecipar o pedido de vista em virtude do adiantado da hora.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, só uma questão em relação ao voto do eminente relator – vou aguardar a vista do eminente ministro Joaquim Barbosa –, em relação à amplitude da ação.

Pelo voto do ministro Luiz Fux, foram analisadas as alíneas relativas à inelegibilidade, só que no pedido na ADC 30, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, transcreve-se todo o texto da lei, e, na conclusão, diz-se:

> Imperiosa, assim, a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010, que ora se requer.

E no capítulo específico *Dos Pedidos*, Capítulo V, diz-se o seguinte:

> d) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei do Ficha Limpa).

Portanto, penso que a amplitude colocada na ação declaratória de constitucionalidade não é exclusivamente em relação às alíneas relativas às novas causas de inelegibilidade, mas o pedido também abrange os dispositivos que tratam de outros temas ou outras questões correlatas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas sem apresentação de razões.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sem apresentação de razões.

O sr. ministro Marco Aurélio: Nesse caso não temos enfrentado a matéria. A jurisprudência é no sentido de não se enfrentar.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Essa é a questão, exatamente. A lei que regula a ação declaratória de constitucionalidade...

O sr. ministro Dias Toffoli: A questão que coloco é a delimitação do que vamos decidir.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não, a limitação, frisei de início. A lei que regula a declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade estabelece com clareza que a petição inicial tem que indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo e os fundamentos jurídicos do pedido. Todas as razões foram articuladas.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas aí é necessário ficar claro, ministro Fux.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas vai ficar, mais uma vez, claro.

O sr. ministro Dias Toffoli: Por exemplo, na hipótese de prevalecer o voto de Vossa Excelência – Vossa Excelência declara a inconstitucionalidade de dois dispositivos –, *a contrario sensu*, se não ficar explicitado o âmbito do julgamento, todos os outros dispositivos da lei complementar serão considerados constitucionais.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Todas as demais normas serão consideradas constitucionais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Fecha-se a porta sem apreciação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Então, é necessário que façamos a delimitação do que estamos votando.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, eu agradeço a intervenção do ministro...

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não conhece de ações que não tenham fundamentação.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência não está conhecendo do pedido em relação às demais normas?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Exatamente.

O sr. ministro Dias Toffoli: Aí precisa ficar declarado, então.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, vai ficar declarado isso. Vossa Excelência não conhece do pedido em relação às demais normas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Exatamente.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, conhece em parte e, nessa parte...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Na parte conhecida, esse resultado, nos termos do voto do relator.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso permite também ao ministro Joaquim Barbosa estimar como vai votar.

Então, eu proclamo o resultado provisório: Após o voto do ministro relator, que julgava improcedente a Ação 4.578 e parcialmente procedentes as Ações 29 e 30, nos termos de seu voto, pediu vista o ministro Joaquim Barbosa.

Está encerrada a sessão.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, Sua Excelência vai esclarecer.

EXTRATO DA ATA

ADC 29/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido Popular Socialista (Advogados: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros). Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux (relator), conhecendo em parte da ação e nessa parte julgando-a parcialmente procedente, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo requerente, o dr. Renato Campos Galuppo; pela Advocacia-Geral da União, o ministro Luís Inácio Lucena Adams, advogado-geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 9 de novembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, mais uma vez, esta Corte se debruça sobre o tema das inelegibilidades e sobre a constitucionalidade da conhecida Lei da Ficha Limpa.

Busca-se, agora, estabelecer a inteligência do § 9º do art. 14 da Constituição Federal (com a redação dada pela EC de Revisão 4/1994), dispositivo que, numa clareza incomum, trouxe comando específico direcionado ao Congresso Nacional, para que este promulgasse lei complementar na qual ficassem claramente estabelecidos os casos de inelegibilidade destinados a proteger "a probidade administrativa", "a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa" e a "normalidade e legitimidade das eleições". Eis o teor da norma constitucional:

> Art. 14. (...)
> (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
> (Redação da EC de Revisão n. 4/1994.)

Este mandamento constitucional, materializado inicialmente na LC 64/1990, veio a ser aprimorado no ano passado com a promulgação da LC 135/2010, também qualificada como Lei da Ficha Limpa. Aprimorado, aperfeiçoado para fazer

frente às mais sofisticadas formas de corrupção que vêm sendo forjadas nos últimos anos pelos homens políticos brasileiros, pela classe política brasileira.

Trata-se de um *rampart* de verdadeiros pilares morais que a Constituição Federal de 1988 quis erguer à condição de critérios absolutos para o exercício dos cargos públicos: a probidade, a moralidade e a legitimidade das eleições.

É interessante mencionar que esses critérios de probidade, moralidade, normalidade e de legitimidade das eleições foram inseridos pela primeira vez na Constituição de 1967, que, em seu art. 148, determinava:

> Art. 148. A lei complementar *poderá* estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:
> I – do regime democrático;
> II – da probidade administrativa;
> III – *da normalidade e legitimidade das eleições*, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

Essa mesma norma foi reproduzida na EC 1/1969, em seu art. 151, acrescentando-se ao texto normativo a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato. O dispositivo ganhou também um caráter impositivo ao frisar que a lei complementar estabeleceria os casos de inelegibilidade. Eis o teor do referido dispositivo:

> Art. 151. Lei complementar *estabelecerá* os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:
> I – o regime democrático;
> II – a probidade administrativa;
> III – *a normalidade e legitimidade* das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e
> IV – a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.

Posteriormente, com a EC 8/1977 (o Pacote de Abril), a expressão "considerada a vida pregressa do candidato" foi transferida para o *caput* do art. 151, que passou a ter a seguinte redação:

> Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, *considerada a vida pregressa do candidato*:
> I – o regime democrático;
> II – a probidade administrativa;
> III – a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e
> IV – a moralidade para o exercício do mandato.

Ao analisar este dispositivo, o professor Adilson Abreu Dallari, em 1987, afirmou o seguinte:

> No art. 151, a Constituição prevê a edição de uma lei complementar dispondo sobre inelegibilidade mas já apresenta as finalidades desse instituto, quais sejam, a preservação do regime democrático, da probidade administrativa, "a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico", e a moralidade para o exercício do mandato. (...) especial consideração deve ser tributada à questão central, qual seja, a inelegibilidade de quem quer que, no exercício de qualquer função, possa disso valer-se em proveito próprio, interferindo no resultado do pleito. Este é o ponto básico da questão. Este deveria ser o referencial para exame e decisão das inúmeras e infindáveis questões práticas e concretas que podem ocorrer.
> (DALLARI, Adilson Abreu. Inelegibilidade, moralidade e legitimidade de pleitos. *Cadernos de direito constitucional e eleitoral*. TRE/SP, Imprensa Oficial do Estado S.A. IMESP, n. 1, ano I, out./1987, p. 9-11.)

O professor Dallari, no mesmo artigo, tece duras críticas à LC 5/1970, que regulamentou o mencionado art. 151 da Constituição pretérita, ressaltando a não concretização daqueles valores constitucionais de probidade e moralidade, quando já havia a obrigatoriedade de levar em consideração a vida pregressa do candidato.

Vê-se, portanto, que, por mais de quarenta anos, já possuímos norma constitucional que determina a consideração da vida pregressa dos candidatos para fins de inelegibilidade, cujas causas devem ser estabelecidas em lei complementar. E foram muitos anos sem que uma lei complementar consequente, em harmonia com o "espírito do texto constitucional" (na expressão de Dallari) fosse elaborada.

Aliás, é importante mencionar, nas palavras de Caio Tácito, que "a Constituição de 1988 realça e destaca, em diversos de seus preceitos, a importância da moralidade administrativa entre os pressupostos máximos do sistema constitucional". Após discorrer sobre a história da corrupção e desvios de conduta pelos administradores públicos, o professor Caio Tácito acrescenta:

> Mais construtiva, porém, do que a sanção de desvios de conduta funcional *será a adoção de meios preventivos* que resguardem a coisa pública de manipulações dolosas ou culposas. Mais valerá a contenção que a repressão de procedimentos ofensivos à moralidade administrativa. Os impedimentos legais à conduta dos funcionários públicos e as incompatibilidades de parlamentares servem de antídoto às facilidades marginais que permitem a captação de vantagens ilícitas.
> (TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *RDA*, 218: 1-10.)

Daí a relevante tarefa do legislador complementar de, calcado no art. 14, § 9º, da Constituição, estabelecer outros casos de inelegibilidade destinados especificamente a proteger esses valores constitucionais da moralidade, da probidade e da normalidade e legitimidade das eleições, criando, assim, outras modalidades de inelegibilidade além daquelas já previstas diretamente na Constituição.

Afinal, a inelegibilidade, como afirmou Pinto Ferreira, em artigo publicado na Revista Forense, no ano de 1959, "é um impedimento de ordem pública

que visa, sobretudo, **a moralização do voto e o interesse social**, amparando consequentemente dita ordem pública. Daí a importância que as constituições ou as legislações eleitorais lhe atribuem por toda a parte e em diversas épocas" (FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. *Revista Forense*, v. 186, ano 56, nov./dez. 1959, p. 20-28).

Não obstante a clareza da norma constitucional, e mesmo tendo presente a nossa arraigada tradição de patrimonialismo, é profundamente entristecedor que se tenha levado tanto tempo para se incluir no ordenamento jurídico brasileiro essa tão importante alteração legislativa destinada a compatibilizar a legislação infraconstitucional relativa às inelegibilidades aos postulados constitucionais do § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

Nesse ponto, releva destacar que a LC 64/1990, com fundamento no § 9º do art. 14 da Constituição, já fixara algumas causas de inelegibilidade. Contudo, ao longo dos mais de vinte anos de sua vigência, a forma como estabelecidas as causas de inelegibilidade demonstraram-se inaptas à proteção desses mais elevados valores emanados da nossa Constituição. Em particular, os exíguos prazos de duração da inelegibilidade em relação à duração dos mandatos eletivos aliado à exigência de trânsito em julgado de decisões de condenatórias.

Assim, e levando-se em consideração especificamente a vida pregressa dos candidatos, foi preciso que a sociedade brasileira, num raro momento de efetiva mobilização, reunisse número suficiente de assinaturas para apresentar projeto de lei complementar destinado a, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Somando-se a outros projetos já existentes sobre o assunto, não se pode negar que um projeto de lei de iniciativa popular que trata especificamente de um tema diretamente ligado à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma simples mobilização social. Revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável "*rouba mas faz*". O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da "coisa pública", da *res publica*.

Volto, pois, a enfatizar, não foi a iniciativa dos senhores parlamentares, mas sim a mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos que fez com que a LC 135/2010 viesse finalmente a dar efetividade ao comando constitucional, homenageando um dos valores fundamentais da República que é a moralidade e a honestidade no exercício das funções públicas. E não é demasiado recordar, como o fez Djalma Pinto, "a Constituição, em diversos artigos,

exige probidade para o exercício de qualquer função pública, recomendando inclusive, a cassação dos direitos políticos e o afastamento do cargo nos casos de corrupção. O repúdio à improbidade pode ser aferido pela ênfase emprestada ao tema por nossa Lei Maior" (PINTO, Djalma. A Vida Pregressa no Contexto da Elegibilidade. *Boletim Informativo Eleitoral/TRE-Ceará*. v. 21, n. 226, 1999, p. 8-14).

Mas não é só. Ao dar especificidade e concretude a todo um conjunto de normas, não por acaso inseridas no capítulo dos direitos fundamentais de cunho cívico e político, até então simploriamente regulamentada pelo legislador infraconstitucional, criou-se entre nós, a pretexto de conferir proteção ao bem comum e ao interesse público, um verdadeiro Estatuto da Moralidade no Processo Eleitoral.

Nessa ordem de ideias, entendo que os critérios eleitos pelo legislador complementar, critérios estes, vale frisar, nascidos e fomentados no seio de nossa sociedade, defendidos e exigidos por movimento social expressivo, estão em perfeita harmonia com a Lei Maior.

Com todas as vênias aos que pensam de modo diferente, as alegações de inconstitucionalidades dessa lei decorrem de uma interpretação limitada da Constituição Federal, que privilegia uma minoria de ocupantes de cargos eletivos em detrimento de toda a sociedade que anseia pela moralização da política brasileira, para que não haja mais engodo do eleitorado, manipulações e falsas promessas, para que os eleitores comecem a ter liberdade de escolha real, verdadeira.

É chegada a hora de a sociedade ter o direito de escolher e de orgulhar-se de poder votar em candidatos probos, sobre os quais não recaia qualquer condenação criminal; sobre os quais não pairem dúvidas sobre o envolvimento em crimes ou malversação do dinheiro público; sobre aqueles que honram seus mandatos até o fim; sobre aqueles que têm por preocupação o interesse público e não o interesse pessoal.

Assim, como diversas vezes já afirmei nesse Plenário, eu analiso a LC 135/2010, sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados. É chegada a hora de pôr cabo a esse viés patrimonialista que nos marca como nação: o de sempre mesclar interesse público e interesse privado e o de privilegiar o privado em detrimento do público. Nessa ordem de ideias, incumbe sempre dar prevalência à ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas como valores superiores da nossa pólis, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última análise, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva.

Não cabe, a meu ver, neste campo, sobrevalorizar o individualismo em detrimento do coletivo. Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos. É que a democracia não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação.

E certamente inexiste legitimação política numa democracia representativa em que possam se eleger para cargos públicos pessoas que ostentem um prontuário judicial com condenação por qualquer das condutas elencadas na LC 135/2010, após serem julgadas por duas instâncias do Poder Judiciário, a instância monocrática e a instância colegiada.

Feitas essas considerações iniciais, passo a analisar as ações declaratórias de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade.

Preliminarmente, acompanho o relator quanto ao conhecimento da ação.

No mérito, como já me manifestei neste Plenário, mais de uma vez, entendo que a LC 135/2010 é compatível com a Constituição Federal de 1988, em especial com o que determina o seu § 9º do art. 14. Mais do que isso: considero que a referida lei ao complementar o dispositivo constitucional a ele se integra para formar um todo que poderíamos qualificar como Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira, vocacionado a reger as relações entre o eleitor e seu representante.

Gostaria, contudo, de tecer algumas considerações sobre o princípio da presunção de inocência, já me manifestando em total acordo com o belíssimo voto do eminente relator nesse ponto.

Inicialmente, relembro a conhecida afirmação de que "inelegibilidade não é pena", ou seja, de que as hipóteses que tornam o indivíduo inelegível não são punições engendradas por um regime totalitário, mas sim distinções, baseadas em critérios objetivos, que traduzem a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política. Os que adotam esses comportamentos não podem, obviamente, ter pretensão legítima a ascender à condição de representante do povo. Porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência, isto é, não exigem, para a sua configuração, que se dê margem a especulações de caráter subjetivo a respeito do fato que as gerou. A inelegibilidade não constitui uma repercussão prática da culpa ou do dolo do agente político, mas apenas a reprovação prévia, anterior e prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política.

Por não serem penas, às hipóteses de inelegibilidade não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da presunção de inocência. A configuração de uma hipótese de inelegibilidade não é o resultado de um processo judicial no qual o Estado, titular da persecução penal, procura imputar ao pretenso candidato a prática de um ato ilícito cometido

no passado. As hipóteses de inelegibilidade partem de um ato ou fato público, notório, de todos conhecido. Sua configuração é imediata, bastando para tanto a mera previsão legislativa. Não se exige, para que seja considerada constitucional, o respeito a outros princípios manifestamente associados à persecução penal, os quais foram inseridos na Constituição com objetivo de conferir proteção ao mais importante bem da vida, a liberdade individual de ir e vir. Mesclar princípios pertencentes a searas constitucionais distintas é, a meu ver, atitude defesa ao juiz constitucional, sobretudo se o objetivo explícito ou implícito é a conservação das mazelas sociopolíticas que afligem cada país. A jurisdição constitucional não foi concebida com esse intento. Ao contrário, a jurisdição constitucional tem precisamente entre as suas metas a extirpação dessas mazelas.

Aliás, creio ser importante registrar que, mesmo em relação ao direito penal, na jurisprudência desta Corte, durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que era possível a execução provisória da sentença condenatória criminal na pendência dos recursos extraordinário e especial que, como se sabe, são desprovidos de efeito suspensivo. Dito de outra forma, a Corte tinha, até recentemente, sólida jurisprudência que sufragava o entendimento no sentido de que a condenação criminal em duas instâncias de jurisdição já autorizava a determinação para o cumprimento da pena. Ou seja, afastava-se o princípio da presunção da não culpabilidade e executava-se a pena após o pronunciamento de mérito do órgão judicial colegiado. Cito como referência nesse sentido aquele que é considerado um dos *leading cases* na matéria, julgado por este Plenário: o HC 69.964 (rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 18-12-1992). Após tal julgado, o precedente se estabeleceu em ambas as Turmas da Corte (cf., por exemplo, RHC 85.024, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 10-12-2004; RHC 81.786, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 26-4-2002; HC 82.490, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 29-11-2002; Pet 2.861, rel. min. Ellen Gracie, Primeira Turma, *DJ* de 13-6-2003).

A partir de 2004, em decorrência da mudança de composição do Tribunal, esse tema foi revisitado. Com efeito, em 2009, quando foi concluído o julgamento do HC 84.078, rel. min. Eros Grau, a Corte firmou o entendimento no sentido de que "a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar".

Portanto, mesmo na jurisprudência desta Corte em matéria penal verificamos que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade cedia diante de decisão condenatória proferida por órgão colegiado.

Assim, se durante quase duas décadas esta Corte considerou possível o afastamento do princípio da presunção da não culpabilidade mesmo em seu campo próprio de incidência que é o direito penal, é incompreensível que se queira, nesse momento de consternação com os rumos que vem tomando a política nacional, fazer o caminho inverso, isto é, subtrair esse princípio do seu campo próprio de aplicação e trazê-lo de empréstimo para o domínio eleitoral, onde prevalecem outros valores, onde a ótica primordial a ser adotada pelo intérprete é aquela que confira maior proteção à sociedade, e não ao indivíduo, ou

aos grupos e igrejinhas a que ele eventualmente pertença. Aqui, a primazia é de quem elege, isto é, da sociedade, do eleitor, que não quer e não se vê representado por pessoas que ostentam em seu currículo nódoas tão repugnantes como as que são elencadas na Lei da Ficha Limpa.

Por outro lado, não se deve esquecer que as inelegibilidades elencadas na LC 135/2010 não constituem novidade entre nós, sobretudo se analisadas sob o ângulo do seu suposto rigor. Elas não representam o agravamento das limitações a direitos fundamentais tradicionalmente admissíveis entre nós. Com efeito, durante quase a metade da nossa história como nação livre e independente, um contingente expressivo de brasileiras e de brasileiros sempre esteve excluído, pelas mais diversas razões, do processo político-eleitoral, tanto na perspectiva ativa quanto na passiva. Na Constituição de 1891, por exemplo, eram inelegíveis os não alistáveis (art. 70, § 2º) e eram não alistáveis os mendigos, por exemplo. Aliás, é interessante mencionar que, na Constituição de 1891, não havia qualquer norma constitucional impedindo as mulheres de se alistarem. O que as impedia e, por consequência, as tornava inelegíveis era a tradição patriarcal e o entendimento dos homens de que a mulher não tinha capacidade intelectual para tanto. Assis Brasil chegou a afirmar textualmente que "essa incapacidade não está tanto na falta de cultura intelectual como na índole da educação em vigor. Em conclusão, no Brasil, onde a mulher ainda não tem competência para imiscuir-se em eleições, o sufrágio deve ser universal, mas *só para homens*." (BRASIL, Assis. *Democracia representativa*. 4. ed. p. 53/54 *apud* ESTRELLA, Hernani. *Direitos da mulher.* Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975). Essa situação foi sanada pelo Código Eleitoral de 1932 e, em seguida, pela Constituição de 1934 que passou a estabelecer expressamente que eram eleitores "os brasileiros de um e de outro sexo".

Do mesmo modo, a grande maioria dos negros e dos índios não gozavam de cidadania plena, pois eram excluídos do processo eleitoral. Para se chegar a essa conclusão, abominável na nossa perspectiva moderna, eram valiosos, claro, os préstimos dos bacharéis, da elite coimbrã: os negros não libertos não votavam por força de sua própria condição social: eram vistos como coisas, objeto de propriedade privada, como todos o sabemos. É bom ter em mente igualmente que, até a década de 30 do século passado, participava do processo político no Brasil uma ínfima minoria que não ultrapassava os 3% ou 5% da população total, como bem aponta o ilustre historiador José Murilo de Carvalho em sua indispensável obra "*Cidadania no Brasil*: o longo caminho" (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002).

Com efeito, o professor José Murilo de Carvalho traz dados muito expressivos acerca da irrisória participação política dos brasileiros até mais ou menos a metade do século passado, não sendo ocioso recordar que a exclusão do direito de votar implicava automaticamente a exclusão do direito de ser votado. Em outras palavras, quase é possível afirmar que a inelegibilidade era a regra.

Assim, por exemplo, a Constituição de 1824, que para os padrões da época era bastante liberal, permitia o voto aos homens maiores de 25 anos que tivessem renda mínima de 100 mil réis. Existiam, ainda, exceções a esse limite de idade, que caía para 21 anos nos casos de chefes de família, oficiais militares, bacharéis, clérigos e empregados públicos. Ainda assim, de acordo com o censo de 1872, apenas 13% da população total, excluídos os escravos, votavam. É interessante registrar, também, que a Constituição de 1824 considerava inelegíveis os que não professassem a religião do Estado. (Art. 95. Todos os que podem ser eleitores, são hábeis para ser deputados. Exceptuam-se: (...) III – Os que não professarem a Religião do Estado).

Em 1881, a legislação retrocedeu significativamente, ao aumentar o limite de renda para 200 mil réis e excluir do processo eleitoral os analfabetos. Considerando que somente 15% da população era alfabetizada e que somente 20% da população masculina era alfabetizada, foram excluídos do direito de votar (e por conseguinte de ser votado), 80% dos homens.

José Murilo de Carvalho alerta para as drásticas consequências da inovação legislativa de 1881, afirmando que, em 1872, havia mais de um milhão de votantes ou 13% da população livre. Já em 1886, isto é, após cinco anos de vigência da nova regra eleitoral, votaram nas eleições parlamentares pouco mais de 100 mil eleitores, ou seja, **0,8% da população**, o que significou um corte de quase 90% do eleitorado, numa época em que os países europeus caminhavam para ampliar os direitos políticos. E esse retrocesso foi duradouro. Na última eleição presidencial da Primeira República, em 1930, votaram apenas 5,6% da população brasileira. Mesmo em 1945, já sob a égide da Constituição de 1934 e da extensão do direito ao voto às mulheres, compareceram às urnas apenas 13,4% dos brasileiros, o que correspondia a pouco mais de 7,5 milhões de eleitores.

Esses números são reveladores, especialmente quando comparados aos atuais 136.072.921 de eleitores, o que equivale a pouco mais de 70% da população total do país.

Esses números mostram que temos um notável passado de exclusão de eleitores, mas de pobres controles sobre a qualidade do eleito.

Ora, com um passado e um presente como esse, de restrições constitucionais, legais, "sociais" e "costumeiras" ao exercício da capacidade política ativa e passiva de extratos significativos da nossa população, parece-me insustentável a tese que rechaça a imposição de inelegibilidades a pessoas que se enquadram nas hipóteses da Lei da Ficha Limpa. Isto é, pessoas comprovadamente corruptas, ímprobas, que responderam e foram condenadas sob o devido processo legal por fatos extremamente graves, fatos esses que não mais poderão ser legalmente revistos, revisitados ou revertidos por qualquer Corte de Justiça do nosso País!

Portanto, senhor presidente, não vislumbro na lei qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Em relação à alínea k, peço vênia ao ministro relator, para dele divergir e assentar a constitucionalidade do referido dispositivo.

Retorno ao ponto que me parece central neste processo: a tese de que as inelegibilidades possuem estatura constitucional cujo ponto de apoio é o § 9º do art. 14. É o compromisso ali estabelecido que foi honrado com a edição da LC 135/2010, ora em discussão. Qualquer interpretação rigorosa da Constituição conduz à convicção de que o § 9º é o fundamento da lei de inelegibilidade, especialmente a preocupação, ali claramente manifestada, com a vida pregressa dos candidatos.

Com efeito, a ideia de mandato parlamentar, corolário do princípio da representação, está estreitamente ligada à concepção moderna de democracia, mas não apenas de uma democracia de caráter formal. No direito público atual, o representante, por meio do mandato, recebe poderes que lhe são outorgados por todo o povo e não apenas por aqueles que o elegeram. Há, assim, a necessidade de respeito ao múnus outorgado pela sociedade, através da observância concomitante dos pressupostos mínimos de ética e de moralidade, revelados também em um compromisso de servir integralmente ao mandato conferido.

A noção de comprometimento, de dedicação total ao mandato, pode ser traduzida na razoável expectativa de todo o povo de que os candidatos eleitos não venham a renunciar.

Isso porque se percebe, paulatinamente, que a renúncia, descrita nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como na doutrina majoritária, como ato unilateral, de caráter personalíssimo e irretratável, não deve permanecer como ato despido de maiores atenções ou consequências jurídicas.

Em outros sistemas jurídicos, como na Inglaterra, por exemplo, sequer se admite a possibilidade de um parlamentar renunciar ao mandato. E sistemas existem em que a renúncia é condicionada à aprovação da assembleia a que pertence o parlamentar, não importando os motivos que a ensejaram.

No Brasil, no texto original da Constituição de 1988, permitia-se a renúncia a qualquer tempo, sem possibilidade de interferência das Casas Legislativas na análise do ato praticado pelo parlamentar.

Posteriormente, através da Emenda Constitucional de Revisão 6/1994, foi incluído o § 4º ao art. 55 da Constituição da República, que estabelece uma hipótese de suspensão dos efeitos da renúncia, caso o parlamentar esteja submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato. Confira-se:

> Art. 55. (...)
> (...)
> § 4º A *renúncia* de parlamentar submetido a processo que vise *ou possa levar à perda do mandato*, nos termos deste artigo, *terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais* de que tratam os §§ 2º e 3º.

Esta norma constitucional se inspirou no Decreto Legislativo 16, de 24 de março de 1994, que estabelece:

> Art. 1º A renúncia de parlamentar sujeito à investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo, ou que tenha contra si procedimento já instaurado ou protocolado junto à Mesa da respectiva Casa, para apuração das faltas a que se referem os incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, fica sujeita à condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato.

Conforme já assinalei em outras oportunidades, obviamente, a intenção desta norma (*voluntas legis*) é evitar manobras tendentes a assegurar uma possível impunidade – na hipótese, em âmbito legislativo.

Creio, portanto, que, no que concerne à renúncia, a Constituição Federal já contém preceito implícito que veda a burla ao enfrentamento de processo que vise ou possa levar à perda do mandato. Isto é, a Constituição repudia os artifícios utilizados para impedir que sejam devidamente apurados os atos contrários aos seus preceitos.

Volto a afirmar: norma (em sentido amplo) dessa natureza, portanto, já existia em nosso ordenamento jurídico constitucional. A Lei da Ficha Limpa transformou esta hipótese em uma causa de inelegibilidade, dando o tratamento mais condizente com os demais princípios moralizadores inscritos no texto constitucional.

E friso: não é uma simples petição ou requerimento qualquer que ocasiona a renúncia. A renúncia é fruto da valoração feita pelo parlamentar acerca dos fatos a ele possivelmente imputados e da decisão livre e autônoma de rejeitar o mandato eletivo.

Portanto, com as devidas vênias, entendo que a Lei da Ficha Limpa não atinge qualquer dos efeitos do ato de renúncia eventualmente efetivada por candidatos. A renúncia se encontra perfeita e acabada. A lei não retroage, (seria o caso, por exemplo, de uma lei que considerasse nulos os mandatos eletivos exercidos desde a renúncia, considerando a renúncia como fato gerador da nulidade), **apenas concede** efeitos futuros a um ato ocorrido no passado. Em realidade, a Lei da Ficha Limpa só atingiu os atos que ocorreram após a sua entrada em vigor, isto é, os registros de candidatura, e desde que se enquadrassem na hipótese que ela elegeu como aptas a ensejar a inelegibilidade. Vale dizer, um histórico de renúncia a mandatos eletivos.

Em resumo, considerando-se que toda a lei que estabelece condições para o exercício de um cargo encontra uma realidade pré-configurada e, diante dessa realidade, produz os efeitos que o legislador pretendia produzir, não há nada de especial na Lei da Ficha Limpa para que se possa considerá-la ofensiva ao princípio da segurança jurídica ou da irretroatividade.

Assim, reafirmo o que já enunciei em outras ocasiões: não tenho dúvidas de que a alínea *k*, ao prever que a renúncia ao mandato constitui hipótese de inelegibilidade, dá concretude à opção constitucional pela avaliação da vida pregressa. A renúncia, neste caso, é ato que desabona o candidato, que demonstra que a sua preocupação com o eleitorado é nula e que sua maior preocupação é com a própria carreira política e com possíveis mandatos futuros.

Assim, como ato reprovável que é, a renúncia tática para fugir ao esclarecimento público do comportamento parlamentar merece ser incluída entre os atos que maculam a vida pregressa do candidato. É elemento constitutivo do princípio republicano que todos, sem exceção, devem arcar com a responsabilidade de seus próprios atos, inclusive os que advêm desse tipo absolutamente reprovável de renúncia.

Por fim, afasto a alegação de inconstitucionalidade da alínea *m* da LC 135/2010, veiculada na ADI 4.578.

Também entendo que a condenação por infração ético-profissional macula a vida pregressa do candidato a cargo eletivo, demonstrando a sua inaptidão para interferência na gestão da coisa pública.

De todo o exposto, julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade e improcedente o pedido na ação direta de inconstitucionalidade.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Ministro Joaquim, não fiz uma objeção. Eu apenas apontei que o eminente relator só havia abordado as alterações relativas às alíneas que tratam de inelegibilidade e que o pedido era abrangente no seu texto final, em relação a toda a ação. Na verdade, ali, eu coloquei a questão para que a Corte definisse qual era a amplitude da ação, mas não cheguei a tomar posição, se era para conhecê-la na íntegra ou não.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O ministro relator votou exatamente no sentido de conhecer em parte.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E nós, inclusive, muito embora não tenhamos votado, constatamos que a declaração de constitucionalidade se adstringia às causas de inelegibilidade, porquanto a lei própria exige impugnação especificada de todos os dispositivos. O pedido foi assim interpretado porque não houve impugnação dos outros dispositivos. E foi a essa conclusão a que se chegou, à luz da própria lei.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E com relação à ADC 30, porque a 29 se restringe ao art. 1º.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ela é específica. Foi isso, ministro Joaquim. Eu só pondero com Vossa Excelência, ministro Joaquim, porque isso traria um debate periférico, que não interessa, em relação aos outros dispositivos que nós nem debatemos. Nós estamos aqui, digamos assim, restritos à constitucionalidade das causas de inelegibilidade, porque a discussão da lei toda vai dispersar o debate, sem dúvida.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: O que trago em meu voto é a necessidade de fundamentação específica também. E eu estou superando isso, porque é evidente a controvérsia aqui mesmo no Supremo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu mesmo, no TSE, duas semanas atrás, votei em relação à alteração feita pela LC 135 ao inciso XIV do art. 22 da LC 64/1990, dando interpretação conforme em um julgamento num caso concreto no Tribunal Superior Eleitoral.

Eu não teria dificuldade, diante da grandeza do tema, de superar as questões formais para que esta Corte, de uma vez por todas, ou placitasse, ou dissesse o que entende por inconstitucional, ou o que merece algum tipo de glosa na LC 135.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Teria todo um inconveniente, *data venia*, pois nem o Ministério Público se pronunciou sobre a lei toda.

O sr. ministro Dias Toffoli: Só que, se essa preliminar prevalecesse, o relator deveria novamente retomar o processo para analisar a lei como um todo, porque Sua Excelência seguiu a jurisprudência. Não há como negar que Sua Excelência, o ministro relator, seguiu a jurisprudência da Corte no sentido de não conhecer daqueles pontos que não foram impugnados. O ministro Joaquim Barbosa fez menção de superar essa questão.

Eu adianto que eu não teria dificuldade, e, penso, a princípio, que a Corte poderia, em razão da dimensão e da repercussão do tema da LC 135/2010 enfrentá-la por inteiro. Volto a dizer que eu mesmo já votei no Tribunal Superior Eleitoral – em relação a um tema que o ministro relator não conhece nesta ação – pela necessidade de interpretação conforme.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas, ministro Toffoli, toda a minha argumentação, o meu voto gira, o meu voto...

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu não teria objeção em ampliar o conhecimento.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu tenho toda a objeção em ampliar o conhecimento.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas, aí, eu penso que a ação deveria voltar ao relator, se assim decidir a Corte.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não, não, não! O meu voto-vista gira, única e exclusivamente, em torno da questão das inelegibilidades. Não há nada além disso. É disso que eu estou conhecendo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então, Vossa Excelência está na mesma linha de raciocínio que eu empreendi, porque o pedido é claro como água; o pedido é para declarar-se a constitucionalidade das causas de inelegibilidades, não é a lei toda.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Sem dúvida.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas, pelo que eu entendi, o ministro Joaquim conheceria da ação como um todo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Até porque não há nenhuma impugnação eleitoral. Por exemplo, esse artigo a que o ministro Toffoli se referiu não tem nada a ver com inelegibilidade; ele fala em composição de um órgão?

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Qual o artigo?

O sr. ministro Dias Toffoli: Inciso XIV do art. 22.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ah, não, não, isso não está em discussão.

O sr. ministro Dias Toffoli: Os efeitos da investigação judicial eleitoral.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Posso prosseguir, senhor presidente?

VOTO
(Retificação)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, na oportunidade em que votei, fiz uma exegese – que me parece correta – do art. 55, § 4º, da Constituição Federal que estabelece que a renúncia tem efeito suspensivo. E a inelegibilidade é *secundum eventum litis*, ou seja, a parte renuncia, mas se o resultado do processo não tiver nenhuma consequência, aquela renúncia não implica inelegibilidade. Se o processo tiver consequência, a inelegibilidade tem procedência, porque há uma dissonância entre a realidade normativa e a realidade prática. Por isso é que, uma vez engendrada a renúncia, não se prossegue com o processo de renúncia, quer dizer, de perdas dos direitos políticos, e deveria prosseguir.

Mas, de toda maneira, senhor presidente, o meu voto tem uma ideologia, que é a higidez da Lei da Ficha Limpa. De sorte que eu gostaria de reajustar o voto para evitar qualquer interpretação divergente, e nesses casos de interpretação divergente, deve-se prestigiar a vontade do legislador para, reajustando o voto, declarar a constitucionalidade da alínea *k*, à semelhança do que agora foi pronunciado. De sorte que, do meu voto, remanesce a declaração da constitucionalidade de todas essas alíneas até a alínea *k*, dentro da restrição das causas de inelegibilidade, e o que eu mantenho apenas é a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 1º, alínea *e*, da Lei Complementar, com a redação conferida pela Lei 135, para a interpretação conforme – consoante eu já assentei –, admitir a dedução do prazo de oito anos de inelegibilidade, posteriores ao cumprimento da pena do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. Eu explico que, naquela oportunidade, esclareci que, uma vez que desde a condenação se torne inelegível, até o trânsito em julgado está inelegível, cumpre a pena inelegível e depois cumpre ainda mais a pena da inelegibilidade. Entendi que essa é uma forma oblíqua de cassação de direitos políticos; por isso dei essa interpretação conforme.

Então, o meu reajuste é apenas nesse particular, senhor presidente, e eu aproveito a oportunidade, porque naquela assentada eu não toquei nesse pequeno ponto, porque acho até, para alguns, é despiciendo, mas nós vamos evitar embargos de declaração. É que eu também fiz constar do voto que, diante da constitucionalidade parcial da LC 135/2010, ou seja, adstrito às causas de inelegibilidade, resta a mesma – porque está sendo declarada constitucional a LC 135 – inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso,

como já reconhecido por esta Corte no julgamento do RE 633.703, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral. É aplicar, como naquela ocasião, a literalidade do art. 16, de modo a que as inelegibilidades que foram instituídas pela lei nova sejam aplicadas apenas às eleições que ocorram mais de um ano após a sua edição, isto é, a partir das eleições de 2012. Quer dizer, se nós declaramos constitucional, pode eventualmente imaginar-se que isso tem uma aplicação retroativa, ou evidentemente que não.

O sr. ministro Marco Aurélio: Inclusive quanto ao cidadão Jader Barbalho.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Bom, isso nós estamos aí numa causa a ser discutida. Se Vossa Excelência permite que eu responda, ministro Marco Aurélio, eu poderia esclarecer.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não há necessidade; haverá oportunidade para isso. Vossa Excelência concluiu o seu voto? Está concluído?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Vossa Excelência compreendeu o reajuste?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Completamente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Depois eu respondo ao ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

ADC 29/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido Popular Socialista (Advogados: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros). Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux (relator), que julgava parcialmente procedente a ação declaratória, nos termos do voto ora reajustado, apenas para dar interpretação conforme à alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, e o voto do ministro Joaquim Barbosa, que a julgava inteiramente procedente, nos limites conhecidos pelo relator, pediu vista dos autos o ministro Dias Toffoli. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 1º de dezembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Cuida-se de ações declaratórias de constitucionalidade propostas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio das quais se busca atestar a constitucionalidade da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e a sua aplicação a

atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal.

Cuida-se, também, da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), cujo objeto é, especificamente, a alínea *m* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, na redação a ela conferida pela LC 135/2010.

De início, esclareço que, embora na ADC 30 o pedido formulado seja de declaração de constitucionalidade da LC 135/2010, em consonância com o voto do eminente relator e com os debates ocorridos neste plenário nas assentadas anteriores, **conheço parcialmente da ADC 30**, restringindo-me à análise da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade introduzidas, pela LC 135/2010, ao art. 1º, I, da LC 64/1990.

Essa ressalva se faz necessária, tendo em vista que a LC 135/2010 contém outras previsões autônomas em relação às alterações das causas de inelegibilidade, as quais não serão objeto de exame nesse momento.

Feita essa restrição, passo à análise do mérito das ações.

Senhores ministros, é indubitável que, sob o prisma político, a propulsão do então projeto de lei, o qual culminou com a edição da LC 135/2010, refletiu um momento de relevante mobilização social, tanto quanto constituiu vivência da democracia direta pelo povo brasileiro.

Vindo a lume a discussão sobre a incidência da norma sobre as eleições de 2010, a qual foi afastada com amparo no art. 16 da Lei Fundamental, remanesce o interesse da coletividade nacional na apreciação pela Corte do conteúdo próprio da legislação e o seu reflexo nos processos eleitorais vindouros.

Vale reprisar, como antecedente à análise destas ações, as premissas que coloquei quando do julgamento do RE 630.147, do RE 631.102 e do RE 633.703, acerca do papel institucional desempenhado pelo STF na guarida dos direitos e interesses das minorias deficientemente representadas na composição do corpo legiferante.

A) O papel político-constitucional do STF como filtro da vontade das maiorias contra as minorias

O caso apresenta profundas implicações para o anseio social por práticas políticas éticas e pela eliminação, do sistema eleitoral, de agentes que se mostrem desafiadores da moralidade, assim entendida não sob o prisma do direito administrativo, mas sob a óptica de um 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.

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 tópicos, convém lembrar, o próprio constituinte originário privou o constituinte derivado de sobre eles deliberar quando redigiu o art. 60, § 4º, CF/1988. Essa pré-exclusão da capacidade legiferante, chamada classicamente de "técnica das cláusulas pétreas", é o melhor exemplo dessa postura defensiva contra as deliberações majoritárias.

No caso em discussão, note-se que houve o processo legislativo, e seu resultado foi a LC 135/2010, norma que dispõe de inegável e significativa legitimidade popular.

A despeito dessas considerações, existe a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal no deslinde da incerta (ou certa) compatibilidade da legislação com as prescrições que a ela são superiores.

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 fiéis 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 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 art. 151, II e IV, CF/1967, autorizava 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 8/1977, com ligeira alteração.

Nesse quadro constitucional de então, a LC 5/1970 deu concretude às citadas normas magnas, ao estabelecer como causa de 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.

Entendo que as mazelas existentes no sistema político representativo, de domínio coletivo, não são reparáveis por meios que levam ao amesquinhamento de garantias constitucionais há muito conquistadas, cuja imanência ou imbricação no seio social, no atual estágio de desenvolvimento da cultura jurídica, fazem-nos esquecer de sua importância. As pedras de toque do sistema constitucional, tais qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais, intangíveis, são objeto, por vezes, de tentativa de quebra. Pequenas fissuras, em certos casos, resultam em fraturas graves à estrutura do edifício normativo, e podem levar a sua ruína. O papel da Corte, às vezes desgostoso, mas necessário, é de combater abusos perpetrados pelo poder público, ainda quando veiculados pelo poder legiferante.

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

B) Da elegibilidade como direito subjetivo do cidadão-candidato

O exercício e o gozo dos direitos políticos perfazem uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão. Remontam a uma conquista histórica, resultante de séculos de batalha, e que se traduz, em suma, na possibilidade de o indivíduo influir no destino do Estado e opinar, em uma conjuntura coletiva, na fixação dos fins e das regras aplicáveis a sua comunidade, histórica e espacialmente contextualizada.

Nos debates que antecederam o presente julgamento, muito se afirmou, e com razão, sobre o viés transindividual da elegibilidade (inelegibilidade), matiz da capacidade eleitoral passiva, que redunda na postulação de acesso aos cargos de representação política e de gestão governamental.

A preponderância desse argumento não é de se estranhar, já que velou a Constituição Federal, embora por intermédio do legislador complementar, pela proteção dos valores da moralidade, da probidade administrativa e do livramento do processo eleitoral de investidas perniciosas do poder econômico e do abusivo exercício de função pública.

Entretanto, a prevalência usual e saudável do interesse coletivo sobre o individual não pode resultar na nulificação do segundo. Tampouco pode configurar limitação desmedida, quando o direito individual também for revestido de fundamentalidade constitucional.

Uma das salvaguardas a que, possivelmente, desatende a lei é o **postulado da presunção da inocência ou cláusula da não culpabilidade**. Isso porque, em várias hipóteses de inelegibilidade, acresceu-se à previsão abstrata original, ao lado do requisito de trânsito em julgado da decisão condenatória, a expressão "ou proferida por órgão judicial colegiado".

Nesse prisma, criou-se óbice à candidatura do cidadão, quando condenado por ilícito penal ou eleitoral ou de improbidade administrativa, sem que haja pronunciamento definitivo do Poder Judiciário em relação ao caso.

Como ressaltei, essa circunstância não é nova no âmbito da Corte. Já na década de 1970, o STF deparou-se com o problema de aplicação da regra contida no art. 1º, I, *n*, da antiga Lei de Inelegibilidades, LC 5/1970, segundo a qual eram inelegíveis "os que tenham sido condenados **ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente**, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados".

Embora no RE 86.297 e no RE 86.583, ambos de relatoria do ministro **Thompson Flores**, o posicionamento adotado fosse o da conformidade do dispositivo com o regime constitucional então vigente, ficou vencida a tese defendida inicialmente pelo ministro **Xavier de Albuquerque**, e posteriormente encampada pelo ministro **Leitão de Abreu** em seu voto, que externava a preocupação quanto à quebra da moralidade do candidato pelo simples oferecimento de denúncia crime, criando-se, assim, impedimento ao exercício do direito de candidatura. Confira-se:

> Embora inegável a feição problemática do tema, tenho que milita, entre outros, em favor da solução adotada pelo Tribunal Eleitoral, argumento que, a meu juízo, só por si, torna inabalável a solidez jurídica da decisão que proclamou a inconstitucionalidade da alínea *n*. Consiste ele na injustiça, na grave e irreparável injustiça, que resultará na negativa de registro de candidato fundada apenas em

> recebimento de denúncia, se vier esse candidato, após a eleição, a ser absolvido, seja por falta ou insuficiência de prova, seja por negativa do fato, seja por negativa da autoria do delito, que lhe foi imputado. Ter-se-á, então, que o candidato era limpo de labéu que o contraindicasse para o exercício do cargo, e, não obstante, pelo estigma que se quis terminante e inafastável, da denúncia, viu frustrado o seu direito de concorrer ao cargo eletivo que pretendia disputar, em igualdade de condições com os demais pretendentes a esse lugar, em prélio eleitoral. O seu modo de ser-no-mundo, para falar a linguagem heideggeriana, era a de homem digno, com acessibilidade garantida, pela ordem jurídica, a posição que disputava, porém teve repelida, *in limine*, a sua pretensão, como se fora ilegítima, em razão de juízo provisório, interino, problemático, que terminou por se declarar, por juízo seguro, pronunciado com base no exame minucioso da prova, como juridicamente inatacável. (RE 86.297, *RTJ* 79/696.)

Nesse passo, haja vista o relevo do caso ora colocado em apreciação, tenho que seu julgamento também deve ser pautado pela **faceta subjetiva da figura da elegibilidade**, a despeito da notória importância ética da lei cuja constitucionalidade se pretende confirmar.

C) Do princípio da presunção de inocência

No presente caso, há que se perquirir sobre a existência ou não de violação do princípio constitucional da presunção de inocência, sediado materialmente no art. 5º, LVII, CF/1988, cuja redação é clássica nas Constituições brasileiras: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

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 art. 9º 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 Assembleia 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*

inocencia. *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 ajustada às fontes do direito vigentes".

A presunção de inocência nas construções pretorianas do STF está fortemente ligada à 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, pena de violação do princípio da presunção de inocência." (HC 96.618, rel. min. **Eros Grau**, Segunda Turma, *DJE* 116, de 25-6-2010).

Da mesma forma, "o princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, 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 95.886, rel. min. **Celso de Mello**, Segunda Turma, *DJE* 228, de 4-12-2009).

Em termos de direito comparado, note-se que o Tribunal Constitucional da 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, n. 5, 2001. p. 180).

Em sede doutrinária, chega-se ao limite de associar esse princípio com a questão do tratamento respeitoso, digno e humanitário ao indivíduo que se encontra submetido às forças policiais, como se lê no 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 irrecorrível. 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** (*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, 2000, p. 105) e **Américo A. Taipa Carvalho** (*Sucessão de leis penais.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 315).

Se se transpõe esse princípio para o campo administrativo-disciplinar, é forçoso 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 necessário que exista, antes, alguma forma de constrição procedimental contra o arguido**.

Nesse aspecto, como teve a oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional da 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 já de ser respeitada na imposição de quaisquer sanções, sejam penais, sejam administrativas (...)" (8ª Sala do Tribunal Constitucional 76/90, caso *Ley General Tributaria*).

No acórdão-paradigma para as questões eleitorais relativas à inelegibilidade e ao poder legiferativo, firmado na ADPF 144, rel. min. **Celso de Mello** (*DJE* de 26-2-2010), nota-se, claramente, a associação do primado da presunção de inocência ao caso da **condenação do candidato sem trânsito em julgado**. Transcrevo passagem da respectiva ementa, que é autoexplicativa:

> *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 – Probidade 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 LC 5/1970 (art. 1º,*

I, n), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais – Derrogação dessa cláusula pelo próprio regime militar (LC 42/1982), 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 42/1982: 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 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 8.429/1992 *(art. 20, caput) com a Constituição Federal (art. 15, V, c/c art. 37, § 4º) – O significado político e o valor jurídico da exigência da coisa julgada – Releitura, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da Súmula 1/TSE, com o objetivo de inibir o afastamento indiscriminado da cláusula de inelegibilidade fundada na LC 64/1990 (art. 1º, I, g) – Nova interpretação que reforça a exigência ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, em decisão revestida de efeito vinculante.*

Na forma exposta, o princípio da presunção de inocência tem encargo de pressuposto negativo, que refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. É corolário do postulado do devido processo legal formal, já que a aplicação de sanção, a privação de bens e a perda de *status* jurídicos devem ser antecedidas de legítimo, regular e dialético processo, que, em regra, se encerra com a prolação de juízos definitivos.

As razões contidas no voto proferido pelo eminente ministro **Celso de Mello** na ADPF 144 **convencem-me da necessidade de aplicação do princípio da presunção de inocência às causas de inelegibilidade previstas na legislação infraconstitucional**, como passo a expor a seguir.

D) A projeção do princípio da presunção de inocência nas causas de inelegibilidades fundadas em situações judiciais precárias

Feitas as colocações teóricas necessárias, passo ao exame das alterações promovidas pela LC 135/2010, agora, de maneira específica, sobre as alíneas em que se fez incluir a expressão "ou proferida por órgão colegiado". São elas:

> Art. 1º São inelegíveis:
> I – para qualquer cargo:
> (…)
> d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão colegiado**, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
> e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
> 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
> 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
> 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
> 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
> 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
> 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
> 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
> 8. de redução à condição análoga à de escravo;
> 9. contra a vida e a dignidade sexual; e
> 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
> (…)
> h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado **ou proferida por** órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
> (...)
> j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral**, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;
> (...)
> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão judicial colegiado**, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

(…)

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral**, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

Aqui residem, no meu sentir, **situações de afronta ao princípio da presunção de inocência**. Trata-se de hipóteses proibitivas diversas em que se veda a participação no pleito eleitoral daqueles que foram condenados pela suposta prática de ilícitos criminais, eleitorais ou administrativos, por órgãos judicantes colegiados, mesmo antes da atestação da definitividade do julgado. Como a apuração da ocorrência do crime, do abuso do poder econômico ou político, da improbidade administrativa, e das outras ilegalidades eleitorais depende de regular processo em trânsito na Justiça Eleitoral ou em outras esferas jurisdicionais, parece-me questionável o impedimento à candidatura antes do julgamento definitivo da questão obstativa.

Sobre a incidência do princípio, advertiu o ministro **Celso de Mello** no julgamento da ADPF 144, que esse gera um estado de "verdade provisória", que inibe a produção de juízos antecipados de culpabilidade, **ainda que nas instâncias judiciais superiores**, sendo definido como termo da presunção o trânsito em julgado, a partir do qual finda a garantia. **Vide**:

O postulado do estado de inocência, **ainda** que não se considere como presunção em sentido técnico, **encerra**, em favor **de qualquer** pessoa sob persecução penal, **o reconhecimento** de uma verdade provisória, com caráter probatório, **que repele** suposições **ou** juízos prematuros de culpabilidade, **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em favor** da pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, portanto, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir do qual se descaracteriza** a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** o trânsito em julgado da condenação criminal. **Antes** desse momento – **insista-se** –, o Estado **não pode** tratar os indiciados ou réus **como se** culpados fossem. **A presunção** de inocência **impõe**, desse modo, ao poder público, **um dever** de tratamento **que não pode** ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, à medida **em que se sucedem** os graus de jurisdição, **a significar** que, **mesmo** confirmada a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, que **só** deixa de prevalecer – **repita-se** – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

(...)

Disso resulta, segundo entendo, **que a consagração constitucional** da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa **há de viabilizar**, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica **essencialmente** emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser **sempre**

considerada inocente, **para todos e quaisquer** efeitos, **deve atuar**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação judicial, **como uma cláusula de insuperável bloqueio** à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou que restrinjam**, **seja** no domínio civil, **seja** no âmbito político, **a esfera jurídica** das pessoas em geral.
(*DJE* de 26-2-2010.)

Continua o ilustre ministro, afirmando que a garantia do estado de inocência não se resume ao campo estritamente penal. Ao contrário, referida cláusula constituiria limite a qualquer intervenção estatal prévia direcionada à privação de bens ou direitos ou à aplicação de regras de caráter sancionador, seja qual for o ramo do direito presente. É de se observar novamente:

> **Nem se diga** que a garantia fundamental de presunção da inocência **teria** pertinência e aplicabilidade **unicamente** restritas ao campo do direito penal **e** processual penal.
>
> **Torna-se importante assinalar**, neste ponto, senhor presidente, que a presunção de inocência, **embora** historicamente vinculada ao processo penal, **também irradia** os seus efeitos, **sempre** em favor das pessoas, **contra** o abuso de poder **e** a prepotência do Estado, **projetando-os** para esferas processuais **não** criminais, **em ordem a impedir**, dentre **outras** graves consequências no plano jurídico – **ressalvada a excepcionalidade** de hipóteses previstas **na própria** Constituição –, **que se formulem**, precipitadamente, contra **qualquer** cidadão, **juízos morais** fundados em situações juridicamente **ainda não** definidas (**e**, por isso mesmo, **essencialmente instáveis**) **ou**, então, **que se imponham**, ao réu, **restrições** a seus direitos, **não obstante inexistente** condenação judicial **transitada** em julgado.
>
> (...)
>
> **O que se mostra relevante**, a propósito **do efeito irradiante** da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza **não** criminal, **como resulta** dos julgamentos ora mencionados, **é a preocupação**, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, **prematuramente**, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, **desde logo**, **indevidamente** tratadas, pelo poder público, **como se** culpadas fossem, **porque presumida**, por arbitrária antecipação **fundada** em juízo **de mera** suspeita, **a culpabilidade** de quem figura, em processo penal **ou** civil, **como simples réu!**

Justamente daí surge a incompatibilidade das expressões "ou proferida por órgão colegiado" e "ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral" com a Constituição Federal, **pois elas autorizam a aplicação da regra de inelegibilidade de maneira antecipada, sem a convicção da certeza de cometimento, pelo candidato, dos ilícitos penais, eleitorais ou administrativos elencados na legislação**.

Quais seriam, a propósito, os termos *a quo* e *ad quem* da inelegibilidade no caso de recurso contra a "decisão colegiada" pendente de julgamento? Essa imprecisão ofende o próprio **postulado da segurança jurídica**, gerando incertezas acerca da aplicação do prazo, podendo acarretar, ainda, ofensa ao **postulado da isonomia**.

Vale salientar, ainda, o temor que se instala em razão dessas previsões, mediante as quais se priva o postulante ao cargo eletivo da participação no pleito, diante da inegável falibilidade dos juízos provisórios.

A confrontação entre processo seguro e processo célere é recorrente no âmbito legislativo e na seara judicial. Tende-se, modernamente, ao privilégio do segundo aspecto, em razão da necessidade de efetividade da jurisdição e da impotência gerada pela prestação judicial tardia do bem da vida.

Tal linha diz respeito, com razão, às lides em que se debatem valores ou bens de natureza disponível, ou àquelas em que a tutela de urgência há de prevalecer para a satisfação de interesses altamente preponderantes como a vida, a integridade, e a sobrevivência.

Há outros casos, porém, em que o caráter da segurança jurídica tem de ser ressaltado, dentre eles, sobremaneira, o da aplicação de regras sancionadoras e da incidência de seus efeitos, para dentro e fora da relação processual de apuração.

Ainda que se admita, por exemplo, a prisão cautelar no seio do processo penal, **o surtimento dos efeitos próprios da condenação demanda o trânsito em julgado da decisão**. Destaque-se, nesse sentido, o julgamento proferido por esta Corte, no HC 84.078/MG, de relatoria do ministro **Eros Grau**, ocasião em que a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" antes do trânsito em julgado. **Vide**:

> *Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil*. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"**. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. **3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão**. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que *Evandro Lins* sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". **6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos**

magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei 2.364/1961, que deu nova redação à Lei 869/1952), o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida**.
(HC 84.078/MG, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 26-2-2010.)

No processo eleitoral, isso igualmente se aplica.

Ora, se a pena criminal não pode ser executada provisoriamente, como poderá ela surtir efeitos eleitorais? A teor do texto expresso do **art. 15, III, da Carta Política**, o preso provisório não perde os seus direitos políticos, mas ficará inelegível?

A incidência das regras de inelegibilidade deve reclamar o caráter definitivo do julgamento das causas que a elas antecedem. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa da inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito de candidatura.

Supondo a ausência de tutela cautelar que assegurasse a participação no pleito ao candidato, como se sanaria a eventual injustiça resultante de sua não participação no pleito? Esse, por óbvio, não se repetirá (ou não se deveria repetir) a cada falha na apuração de eventual ilícito, reconhecida por Corte de

grau superior ao do órgão colegiado prolator da decisão desabonadora. Onde se encontra a lógica ou a racionalidade de tal sistema? Se se afirmasse que a aplicação da regra de inelegibilidade é forma de tutela provisória, poder-se-ia avistar a reversibilidade do provimento? Passada a eleição, não há como o candidato impedido dela participar, nem como ser indenizado pelo dano por outra forma. É situação similar a do condenado à sanção capital, ao qual, uma vez executada a pena, não se pode devolver a vida.

Tampouco se diga que a fórmula inscrita no art. 26-C da LC 64/1990, incluído pela LC 135/2010, constitui maneira constitucionalmente legítima de sanar eventuais irregularidades na aplicação das causas prematuras de inelegibilidades. *In verbis*:

> Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.
>
> § 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de *habeas corpus*.
>
> § 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.
>
> § 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.

Quatro são as incongruências que emanam do dispositivo.

A primeira é a **criação de regra de inversão do postulado da presunção de inocência**. Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, a fim garantir-lhe a participação na eleição, até porvindouro trânsito em julgado de condenação que desabone sua moralidade e afete seu pregresso histórico de vida, a norma tece prescrição contrária, **presumindo a culpabilidade e negando o acesso do cidadão ao pleito eleitoral, a não ser que obtenha provimento cautelar permissivo**. Tal situação é um descalabro jurídico, com a devida vênia, já que, como antes ressaltado, a incidência da garantia tem fim no trânsito em julgado e na consequente definitividade da situação jurídica ensejadora da inelegibilidade.

O dispositivo também é marcado pela **fragilização do princípio da presunção de inocência, diante da ausência de um critério objetivo que paute a concessão ou a negação de acesso do candidato ao pleito eleitoral**. Não se nega a imensa validade garantista do juízo cautelar e da sensibilidade judicial aos casos da vida, quanto à aferição do risco da demora da prestação jurisdicional. Ocorre que a irrepetibilidade do momento histórico, como no caso das eleições, e a difícil ou incerta reparabilidade do dano, no caso em questão, devem levar a um juízo, em regra, permissivo, sob pena de frustar absolutamente, ou fadar à ineficácia, o provimento jurisdicional de absolvição do acusado.

Mas, no meu entender, a questão que mais me causa perplexidade no dispositivo ora em análise é que ele **demonstra o quanto é injusto e inconstitucional a incidência de causa de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial, uma vez que ressalta a fragilidade das decisões ainda precárias**. Ora, se é necessária a concessão de espaço para o afastamento cautelar da inelegibilidade se plausível a pretensão recursal, é porque se admite a possibilidade de equívocos nas decisões proferidas pelos órgãos colegiados, o que inegavelmente acarreta prejuízo irreparáveis ao candidato.

Por fim, salta-me aos olhos o fato de que essa previsão **confere aos juízes o poder de determinar, por critérios por demais subjetivos – próprio do juízo de delibação –, quem continua ou sai da disputa eleitoral**. Relega-se, por completo, a **premência constitucional de que as hipóteses de inelegibilidades recaiam sobre situações objetivas, de forma a evitar critérios subjetivos e não isonômicos que possam burlar, inclusive, a lisura do pleito eleitoral**. Há aqui **quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos**, deixando-se espaço para casuísmo, surpresa, imprevisibilidade e violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos.

Por essas razões, senhores ministros, com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, meu voto é pela declaração de inconstitucionalidade das expressões "ou proferida por órgão colegiado" contidas nas alíneas *d*, *e*, *h* e *l* do art. 1º, bem como da expressão "ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral" contida nas alíneas *j* e *p* do art. 1º, por violação ao postulado da presunção de inocência.

Resta, ainda, configurada a inconstitucionalidade, na íntegra, do art. 26-C, seja por arrastamento, diante da inocuidade surgida com a invalidação da inelegibilidade por julgamento colegiado sem trânsito em julgado, seja diretamente, por igual ofensa ao princípio da presunção de inocência e aos demais postulados antes citados.

E) Da projeção do princípio da presunção de inocência no campo dos processos não judiciais ou disciplinares

A LC 135/2010 também inovou na parte das inelegibilidades surgidas de condenações em processos não judiciais.

Tendo em mente que o postulado do devido processo legal abarca tanto relações processuais judiciais como administrativas e que a presunção de inocência, por conseguinte, tem vez igualmente nesses últimos, há que se conferir interpretação conforme à Constituição a algumas previsões.

> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, **por decisão sancionatória do órgão profissional competente**, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.

Essa alínea é objeto de impugnação específica na ADI 4.578, ajuizada pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, na qual se questiona,

exatamente, a constitucionalidade da inelegibilidade decorrente da exclusão profissional por decisão sancionatória do respectivo órgão de classe, em razão de infração ético-profissional.

Embora me cause preocupação a possibilidade de essa cláusula ocasionar o **uso político dos conselhos de classe** nos respectivos julgamentos dos pares, trata-se de **opção do legislador** que não desabona, a meu ver, nenhum preceito constitucional, em especial porque nela consta a ressalva de não aplicação quando houver anulação ou suspensão pelo Poder Judiciário, o que, de certa forma, resguardará os profissionais de eventuais abusos cometidos.

Em verdade, trata-se de previsão que até se justifica, tendo em conta que, se o cidadão não foi um bom profissional no desenvolvimento de suas atividades habituais, essa atuação desabonadora pode ter reflexos no desempenho de eventual mandato eleitoral.

Ademais, trata-se de previsão que se assemelha às hipóteses de inelegibilidade decorrentes da perda de cargo ou função pública, mediante processo administrativo disciplinar, em virtude de falta funcional grave. Ressalte-se que essa decisão sancionatória incidirá sobre profissões regulamentadas de alta relevância social (art. 5º, XIII, CF) e será aplicada por entidades que possuem **natureza autárquica**. Não é demais lembrar que os conselhos de profissão, a teor do decidido na ADI 1.717, de relatoria do ministro **Sydney Sanches**, ostentam caráter público, sendo-lhes reconhecida a natureza de autarquia e as prerrogativas inerentes a essa espécie de entidade da administração indireta.

Contudo, a tal preceito deve ser incorporado o entendimento de que a inelegibilidade só resulta de **condenação definitiva no âmbito administrativo**, em processo disciplinar promovido pelo Conselho de Classe. Dessa forma, é importante que fique claro, com base nas premissas já fixadas neste voto, que **o prazo de inelegibilidade, inclusive, somente começa a contar a partir da decisão definitiva na seara administrativa**.

> o) os que forem demitidos do serviço público **em decorrência de processo administrativo ou judicial**, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

As mesmas considerações acima são de valia no caso dessa alínea. Deve ser ressaltado que a demissão do servidor público, em processo judicial ou administrativo, para a incidência da causa de inelegibilidade, deve ser obra de condenação em caráter definitivo em cada âmbito.

> q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por **decisão sancionatória**, que tenham perdido o cargo **por sentença** ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

A situação dos magistrados e dos membros do Ministério Público, em razão da peculiaridade do gozo da vitaliciedade no cargo, reclama algumas considerações. A interpretação conforme desta regra demanda o esclarecimento

de que a inelegibilidade resultante de aposentadoria compulsória, diante do seu caráter administrativo, deve pressupor **condenação definitiva** nessa seara. Quanto à sanção de demissão, resultante de ação judicial, o termo "sentença" deve ser interpretado como **decisão judicial transitada em julgado**, na forma do art. 95, I, da Lei Fundamental.

F) Da alínea *k*, renúncia a mandato eletivo, e da parte final da alínea *q*, aposentadoria ou exoneração voluntárias dos magistrados e membros do Ministério Público na pendência de processo disciplinar

> 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;
>
> (...)
>
> q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou **que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos**;

Ambas as previsões configuram hipóteses em que se furta o acusado ao crivo de procedimento de controle de responsabilidade política ou disciplinar, por ato eminentemente voluntário.

Como já ressaltei no RE 630.147/DF e no RE 631.102/PA, a imputação da inelegibilidade ao candidato que renunciou anteriormente a mandato eletivo **não ofende, a meu ver, a cláusula constitucional da presunção de inocência**, por se tratar de ato voluntário e unilateral do agente, que refoge da previsão de cláusula de garantia, instalada necessariamente em sede de processo judicial ou administrativo.

Não poderia se beneficiar eternamente da presunção de inocência o cidadão que renuncia, já que fica prejudicado o procedimento de apuração de responsabilidade tendente à sua expulsão do quadro de agentes políticos. Mormente porque uma das consequências da procedência de sua exclusão seria a inelegibilidade prevista constitucionalmente.

Em suma, não há nessas hipóteses as situações descritas, na ADPF 144, como típicas de observância do primado da presunção de inocência. Os atos de renúncia e exoneração voluntária constituem hipóteses de fatos não subsumíveis ao âmbito de eficácia do art. 5º, LVII, CF/1988.

Da mesma forma, disto não se beneficiam os magistrados e os membros do Ministério Público que fulminam procedimento disciplinar via exoneração ou aposentadoria voluntárias.

Não há, portanto, inconstitucionalidade nas referidas hipóteses.

G) Da alínea *g* e da rejeição das contas pelos respectivos órgãos de controle

> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, **aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição**;

Afigura-se constitucional a previsão contida na primeira parte alínea *g*, que trata da apreciação das contas pelos respectivos órgãos de controle, já que no dispositivo há **menção expressa à definitividade do julgado administrativo**.

Contudo, o mesmo não ocorre em relação à parte final do dispositivo. Em que pese a imprecisa redação do dispositivo, depreende-se que a pretensão foi submeter os chefes do Poder Executivo (mandatários), quando da atuação como ordenadores de despesas, ao julgamento, relativamente a essas contas, pelo Tribunal de Contas, aplicando-se a disposição contida no inciso II do art. 71 da Constituição Federal. Afastou-se, por consequência, a aplicação do inciso I do art. 71 da Carta Maior, de forma que os mandatários, nesse caso, não se submeteriam ao julgamento político pelo Poder Legislativo, mas apenas ao julgamento técnico pela Corte de Contas. Confiram-se os dispositivos constitucionais:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
>
> II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal reconhece, **dentre aquelas previstas no art. 71 da Constituição**, a existência **de competências autônomas e distintas do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo**. Nesse sentido, cito acórdão unânime proferido no julgamento da ADI 3.715-MC/TO, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, *DJ* de 25-8-2006, *in verbis*:

> A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. **No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre**

as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, CF/1988; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. 5. **Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes.**
(Grifou-se.)

Ressalte-se, ainda, que essa questão já foi objeto de discussão neste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 132.747/DF, ocasião em que a Corte entendeu que **os chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesas, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Carta Federal**, cabendo aos Tribunais de Contas a emissão de parecer prévio. **Vide**:

Recurso extraordinário – Acórdão do Tribunal Superior Eleitoral – Fundamento legal e constitucional. O fato de o provimento atacado mediante o extraordinário estar alicerçado em fundamentos estritamente legais e constitucionais não prejudica a apreciação do extraordinário. No campo interpretativo cumpre adotar posição que preserve a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal – de guardião da Carta Política da República. **Inelegibilidade – Prefeito – Rejeição de contas – Competência. Ao Poder Legislativo compete o julgamento das contas do chefe do Executivo, considerados os três níveis – federal, estadual e municipal. O Tribunal de Contas exsurge como simples órgão auxiliar, atuando na esfera opinativa – inteligência dos arts. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 25, 31, 49, IX, 71 e 75, todos do corpo permanente da Carta de 1988**. Autos conclusos para confecção do acórdão em 9 de novembro de 1995.
(RE 132.747/DF, rel. min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 7-12-1995.)

Dessa forma, entendo que a parte final da alínea *g*, ora em discussão, ao determinar a aplicação do inciso II do art. 71 da Constituição aos mandatários (incluem-se aqui, por óbvio, os chefes do Poder Executivo) que atuam na condição de ordenadores de despesa, **subtraindo, assim, do Poder Legislativo a competência para o julgamento político** previsto no inciso I do art. 71 da Carta Federal, **afigura-se inconstitucional**.

Por essa razão, entendo que deva ser conferida interpretação conforme à parte final da alínea *g*, ora em discussão, para esclarecer que os chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Carta Federal.

H) Da alínea *n*: desfazimento ou simulação de desfazimento de casamento ou de união estável, com o fim de fraudar a caracterização de inelegibilidade

É a redação da referida alínea:

n) os que forem **condenados**, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer

vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude.

A doutrina clássica do direito civil, no que não é contrariada pelos novos termos do § 6º do art. 226, CF/1988, após a Emenda Constitucional 65/2010, entende que o casamento pode ser validamente dissolvido pelo divórcio ou ter sua validade desconstituída por declaração de nulidade ou de anulabilidade. Os requisitos e a natureza dos atos de *dissolução* e *invalidação* (distinguindo-se, nesse caso, entre as duas espécies – nulidade e anulabilidade) são distintos e podem produzir consequências jurídicas variáveis.

É de se reconhecer que o casamento, ao menos internamente, tem natureza jurídico-negocial. E, em assim sendo, submete-se à teoria dos planos do negócio jurídico, aproveitando-se de sua estrutura declarativa. A moderna doutrina do direito civil tem cuidado de que a nota essencial do matrimônio não é mais a *legitimidade*, *rectius*, sua constituição conforme as leis (*legitimus* como *ex lege*). Ter-se-ia o elemento (de baixíssima densidade conceptual) da *afetividade*, algo que é tão variável e complexo que pode haver até entre seres humanos e semoventes, ou entre seres humanos e objetos, como a estima que se nutre por animais domésticos (ditos de estimação) ou joias, relíquias ou fotografias, cuja destruição causa impacto psicológico indiscutível.

Para o que interessa ao voto, e abstraindo essa discussão sobre a nota característica do matrimônio como um negócio jurídico distinto de outros com cariz tipicamente patrimonial, é de se ressaltar que a *validade do casamento* é conducente à produção de diversos efeitos (irradiação para o mundo dos fatos das causas de constituição jurídica). Eis alguns deles: a) a criação dos vínculos conjugais, o que impede novo casamento sem prévia dissolução do primeiro; b) a assunção dos encargos materiais familiares, como o dever de solidariedade no exercício do poder parental ou a obrigação de alimentos; c) o direito ao acréscimo do sobrenome de um cônjuge por outro; d) o exercício da faculdade de planejamento familiar; e) os deveres conjugais do art. 1.566, CCB/2002; f) a definição do domicílio conjugal; g) o exercício conjunto do poder familiar.

Ocorre, porém, que há *efeitos econômicos* dessa causa jurídico-negocial, ao exemplo de uma *situação jurídica* que pode assumir forma preestabelecida ou de um negócio jurídico livremente pactuado sob a égide da autonomia privada, nos limites dos bons costumes e da ordem pública. Refere-se aqui ao *regime de bens*, que pode ser preestabelecido (regime legal) ou definido por um pacto antenupcial (regime convencional).

A extinção do matrimônio por dissolução libera os cônjuges da maior parte dos *efeitos jurídicos* assinalados, embora, ainda neste caso, persistam fatores eficaciais residuais, como a prestação de alimentos de subsistência, o exercício conjunto do poder familiar, ou mesmo a continuidade do regime de bens até que se ultime a partilha, dada a faculdade (discutida doutrinariamente) de se deixar para momento ulterior a divisão plena do acervo patrimonial.

A *nulidade* do matrimônio (ou sua *anulabilidade*, conforme o caso) liga-se a *causas jurídicas típicas*, pois há o princípio da preservação do casamento. São causas taxativas e discriminadas no Código Civil, no que se percebe a influência dos esquemas categoriais do negócio jurídico sobre o casamento. Referindo-se tão somente ao que nos importa, a invalidade é aquela afeta à vontade dos sujeitos e à observância de formas prescritas. E, mesmo que ela seja reconhecida, existem *efeitos residuais do nulo*, o que se dá, por exemplo, no reconhecimento do casamento putativo em relação aos filhos ou na preservação dos efeitos (em geral, patrimoniais) do casamento em face do cônjuge de boa-fé.

As causas de nulidade ou de anulabilidade são taxativas, sujeitam-se a prazos extremamente exíguos para a propositura de ações e se acomodam às duríssimas regras da caducidade, pois a essência das normas reitoras do casamento está em sua preservação. Nesse sentido, o Código Civil alude aos defeitos negociais do erro e da coação.

E a simulação? Ora, as causas de invalidade matrimonial são taxativas. **Francisco Clementino de San Tiago Dantas** (*Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 199-201), um dos maiores civilistas brasileiros do século XX, catedrático de direito civil da velha Faculdade Nacional de Direito, afirma textualmente que "o direito prefere defender a família que se constitui a defender a liberdade das partes cuja vontade foi viciada". Assim sendo, "(...) uma das causas da anulabilidade dos atos jurídicos é a incidência dos vícios da vontade: dolo, erro, simulação, violência ou fraude. Sempre que um ato jurídico está eivado por um desses vícios, é anulável, mas o mesmo não se pode dizer quando o ato jurídico em causa é o casamento. Aqui somente certos vícios são ponderáveis e o grau de sua ponderabilidade varia, é específico para o matrimônio".

Prossegue o autor (p. 207): "Para que haja simulação é preciso que ambos estejam no propósito de dar eficácia ao ato que vão praticar. No matrimônio, não pode haver simulação, porque o magistrado que representa o Estado nunca pode estar nesse estado de espírito. O estado de espírito não lhe é legalmente reconhecível, como não se pode, do mesmo modo, reconhecer o Ministério Público a favor do réu, ou qualquer outra situação do gênero".

***Mutatis mutandis*, é o caso de se falar em uma ação condenatória contra quem simulou o "desfazimento" da relação matrimonial (para usar, entre aspas, a expressão atécnica prevista na lei)? Qual seria o expediente utilizado? Uma ação anulatória da sentença de divórcio ou do "desfazimento" da união estável?**

Veja-se o que afirma Francisco Clementino Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. t. 4, § 406) sobre a questão da *fraude à lei* – elemento que parece ter sido visado pelo legislador e não propriamente a simulação – atualmente uma causa de nulidade e não mais um defeito do negócio jurídico:

Fraude à lei. A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de *fraude à lei*, que se dá quando, pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva. O *agere contra legem* não se confunde com o *agere in fraudem legis*: um infringe a lei, fere-a, viola-a, diretamente; o outro, respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgride a lei, com a própria lei. A interpretação há de mostrar que só se quis obter o que, pelo caminho proibido, não se obteria. O que importa é o conteúdo do negócio jurídico; não a forma. Há princípio geral, segundo o qual toda *fraus legis* importa nulidade (e já o mostramos de espaço); porque é preciso ao conceito que a fraude à lei consiga o que a regra jurídica cogente proibiu. A regra jurídica pode ser impositiva (sem razão, K. Linkelmann, Die Sicherheitbereignungen, *Archiv fiir Biirgerliches Recht*, 7, 216 s.) Já assentamos que as regras jurídicas impositivas (*gebietende Rechtsnormen*) são suscetíveis de fraude à lei. Se alguém deixa de satisfazer regra jurídica impositiva, há, de regra, nulidade por violação de regra jurídica cogente sobre forma (art. 145, 111), ou sobre pressuposto material (art. 145, IV). **Ou a regra jurídica é pré-juridicizante negativa, e não há ato jurídico. Nesse, como naquele caso (cf. E Endemann, *Uber die civilrechtliche Wirkung des \verbotsgesetze*, 69 s. e 75 s.), não houve infração, mas insuficiência ou deficiência (cf. § 17, 3)**.

Não basta que o suporte fático do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* seja ato criminal, ou ato ilícito (civil); é preciso que o preceito mesmo seja sancionado com a nulidade, no plano do direito civil, para se pensar em *fraus legis*.

A meu ver, em verdade, buscou o dispositivo dar concretude ou reforço de aplicabilidade à causa de inelegibilidade estampada no art. 14, § 7º, da Constituição Federal, segundo o qual são "inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da República, de governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição".

Trata-se de regra constitucional de combate à perpetuação no poder de oligarquias políticas familiares, em contrariedade à democracia e aos valores republicanos. Confiram-se precedentes a respeito:

Agravos regimentais no recurso extraordinário. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição do Brasil.

1. O art. 14, § 7º, da Constituição do Brasil deve ser interpretado de maneira a dar eficácia e efetividade aos postulados republicanos e democráticos da Constituição, evitando-se a perpetuidade ou alongada presença de familiares no poder.

Agravos regimentais a que se nega provimento.

(RE 543.117-AgR/AM, Segunda Turma, rel. min. **Eros Grau**, *DJE* de 22-8-2008.)

Recurso extraordinário. Eleitoral. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Eleições de 2004. Art. 14, § 7º, da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do mandato do

ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. Interpretação teleológica da regra de inelegibilidade.

1. A regra estabelecida no art. 14, § 7º, da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente.

2. Havendo a sentença reconhecido a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família (Consulta 964/DF – Res./TSE n. 21.775, de minha relatoria).

3. Recurso extraordinário provido para restabelecer o registro de candidatura.

(RE 446.999/PE, Segunda Turma, rel. min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 9-9-2005.)

Carece a previsão normativa em exame, entretanto, de uma *regra juridicizante ex ante,* para se valer da boa e velha terminologia de Pontes de Miranda. Quais os critérios normativos a serem utilizados para se condenar alguém pela suposta fraude na extinção do vínculo matrimonial?

É certo que existem situações constituídas com o fim de prejudicar terceiros ou mesmo de evadir-se o indivíduo à aplicação da lei, como se observa nos divórcios com a finalidade de se preservar o patrimônio contra credores ou de se obter direitos políticos (casamento para se obter determinada nacionalidade). **Combatem-se os efeitos desses atos, nesses casos, no campo próprio, a saber, na questão eficacidade: atingimento de bens clausulados em execução ou perda da nacionalidade adquirida**. O que não se aceita é se inventar uma causa de inelegibilidade a partir de uma **condenação** (**não se sabe ao certo de que e em que área do direito, se cível ou penal**) por tentativa de fraude à lei por divórcio praticado com fins eleitorais.

No caso específico de dissolução da sociedade conjugal, de longa data, vem o Tribunal Superior Eleitoral reafirmando que sua ocorrência para fins de se furtar à inelegibilidade, uma vez configurada em sede de processo eleitoral, dá causa à desconsideração do fim do vínculo exclusivamente para a aplicação da regra de inelegibilidade. Observe-se:

Eleições municipais. Registro de candidato. Inelegibilidade: parentesco. (art. 14, § 7º, da CF, c/c art. 1º, VII, § 3º da LC n. 64/90).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "é elegível para os cargos de prefeito ou vice-prefeito o cônjuge do titular do cargo executivo municipal, separado deste judicialmente, desde que a sentenca de separação tenha produzido seus efeitos legais". (Precedente: Consulta n. 9.224).

Quanto à afinidade, a Resolução n. 17.997, estabeleceu este tribunal que "a subsistência, para efeitos civis, da afinidade, na linha reta, **a dissolução pelo divórcio do casamento que a originou, não acarreta inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, salvo a hipótese de simulação fraudulenta**". (Precedente: Consulta n. 12.533).

Recurso conhecido e provido.

(RESPE 9.920/PI, rel. min. **José Cândido de Carvalho Filho**, publicado em sessão na data de 27-9-1992.)

O problema do dispositivo em comento, contudo, não é a sua finalidade, a qual é reconhecida na jurisprudência da Corte Superior Eleitoral, mas a sua redação, que faz presumir **a existência de hipótese de condenação ou de ação própria, que efetivamente não há, taxando tal situação como causa de inelegibilidade**. Explico melhor.

O vínculo afetivo estabelecido entre o cônjuge ou o companheiro e o titular do mandato eletivo é tido pelo texto constitucional como causa de inelegibilidade, a qual, sendo configurada no bojo de processo eleitoral, gera o óbice de candidatura do outro par do relacionamento despido de cargo político. Portanto, trata-se de fato jurídico que a Constituição Federal elegeu como causa de inelegibilidade. A essa hipótese igualmente se amolda a dissolução do vínculo com o fim de burlar a proibição de participação no pleito eleitoral.

A prescrição ora observada, contudo, incorre em equívoco ao partir do pressuposto inexistente de que o ato de desfazer vínculo conjugal para evitar caracterização de inelegibilidade **constitui ilícito autônomo, capaz de gerar, por si, espécie de condenação, ou hipótese autônoma de inelegibilidade**.

Nos outros casos, como nos crimes eleitorais ou nos ilícitos de improbidade administrativa, há figura típica antecedente, à qual a legislação eleitoral acresce a inelegibilidade, como decorrência da condenação, diga-se, transitada em julgado.

No caso em exame, entendo que se trata de **capitulação legal impossível**, pois, conquanto se admita na jurisprudência eleitoral que a hipótese de dissolução do casamento possa ser desconsiderada (não anulada), desde que verificada na ação eleitoral própria, **não afaste a causa de inelegibilidade contida no art. 14, § 7º, da Constituição**, não há como se admitir que se anule a cessação de vínculo conjugal, ainda que com tal intuito, sob o pálio de ser ela fraudulenta, e, muito menos, que essa "condenação(?)" possa ser elencada como causa autônoma de inelegibilidade.

Em face disso, entendo ser inconstitucional a alínea *n* do art. 1º, embora não afaste a possibilidade de se reconhecer, em sede de processo eleitoral, a ineficácia da dissolução de sociedade conjugal praticada com vistas a escapar da inelegibilidade, como já o faz de longa data a Justiça Eleitoral, fazendo-se incidir, nesse caso, diretamente a aplicação da regra de inelegibilidade contida no art. 14, § 7º, da Constituição. Todavia, assim o faz não anulando a dissolução, mas afastando os seus efeitos quanto à inelegibilidade do cônjuge.

I) Art. 1º, *c*, e a possibilidade de aplicação das novas causas e prazos de inelegibilidade a fatos ocorridos anteriormente à edição da LC 135/2010

Eis a redação conferida pela LC 135/2010 à alínea *c* do art. 1º da LC 64/1990:

> c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo 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 **e nos 8 (oito) anos** subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

A redação anterior era a seguinte:

> c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo 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 **e nos 3 (três) anos** subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

Com efeito, a primeira indagação que se faz ao se ler a alteração promovida pela LC 135/2010 à alínea *c* do art. 1º da LC 64 é se pode a legislação ampliar prazo de inelegibilidade para quem já estava cumprindo o prazo de três anos.

A meu ver, essa assertiva não demanda maiores considerações. Trata-se de mera alteração do prazo de inelegibilidade, de três para oito anos, sem que isso implique qualquer reprovabilidade constitucional.

Ora, se a lei pode inovar e criar novas hipóteses de inelegibilidade, por que não poderia ela ampliar ou tornar mais rigorosas causas de inelegibilidade já existentes? A mera alteração de prazo é um *minus*, se comparada a outras hipóteses, como a de criação de novo critério selecionador de condições subjetivas de elegibilidade.

Por fim, cumpre examinar a **tese da irretroatividade da legislação**, a qual está relacionada com a possibilidade de se usarem situações jurídicas pretéritas, consolidadas e intangíveis no enquadramento de tipos normativos supervenientes.

Os problemas de direito intertemporal (art. 5º, XXXVI, CF/1988, e art. 6º, 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 et seq.):

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 de 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 incidência da **LC 135/2010** a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade da lei de inelegibilidade, ou das novas causas de inelegibilidade, mas, sim, à sua aplicação aos **processos eleitorais vindouros**.

E qual **momento do tempo** determina as regras aplicáveis às condições de elegibilidade: (i) a data da prática do ato ou fato; (ii) a data de encerramento do processo judicial ou administrativo; ou (iii) a data do ato do registro de candidatura?

Como já é assente no direito nacional, não há direito adquirido a *regime jurídico de elegibilidade,* o qual se afere no ato do registro da candidatura, sob o império da condição *rebus sic stantibus*, e, portanto, segundo as leis vigentes nesse momento. Não se impede, portanto, que se amplie o prazo de vedação à candidatura, ou a aplicação da novel legislação a fatores de inelegibilidades ocorridos anteriormente à sua vigência, pois esses requisitos devem ser **aferidos em um momento único**, como garantia da isonomia entre todos os postulantes à candidatura, e esse momento é e **deve ser** o **do ato do registro da candidatura** (§ 10 do art. 11 da Lei 9.504/1997). Esse deve ser o **marco temporal único**, pois somente assim se colocam em **patamar de igualdade** todos os postulantes.

No meu sentir, aplicar o princípio da irretroatividade às hipóteses de inelegibilidade instauraria uma situação de **insegurança jurídica nas eleições vindouras**, pois teríamos um **duplo regime jurídico de inelegibilidades**, incompatível com a necessária estabilidade das regras que regem o processo eleitoral.

Não aplicar a LC 135/2010 a todos os pedidos de registro de candidatura futuros teria o efeito de fazer permanecer a legislação anterior, e suas hipóteses e prazos de inelegibilidade, em situação de *ultra-atividade*, pois, ainda que revogados, permaneceriam aplicáveis aos atos, fatos e processos que foram realizados, praticados ou finalizados anteriormente à vigência da lei.

Essa situação faria incidir sobre o mesmo **processo eleitoral** um **duplo regime jurídico de inelegibilidades**, de forma que, no mesmo pleito, teríamos candidatos submetidos à LC 135/2010 e outros, à legislação anterior. E essa situação permaneceria por tempo indefinido, pois, embora o ato ou fato possa ter sido praticado em momento anterior à vigência da LC 135/2010, o trânsito em julgado da condenação – ou mesmo a condenação em órgão colegiado, como afirma a legislação – poderá ocorrer somente daqui a cinco, dez – sabe-se lá quantos – anos.

Sem falar que, nesse espaço de tempo, podem ser editadas novas leis e criadas novas hipóteses de inelegibilidade. Assim, ao invés de dois, teríamos três, quatro regimes simultâneos de inelegibilidade.

Para melhor ilustrar o argumento, cito um exemplo, ainda mais radical: uma emenda constitucional, em tese, poderia ampliar o art. 14, § 7º, da Constituição, para estabelecer que são inelegíveis os parentes consanguíneos ou afins dos agentes políticos ali elencados, até o terceiro grau, e não mais até o segundo grau. Se, nesse caso, se impedisse a aplicação dessa causa de inelegibilidade aos fatos anteriores à edição da lei, a nova regra somente valeria para os parentes de terceiro grau (tios ou sobrinhos) dos mandatários em questão que nascessem a partir da data da vigência da emenda!?

Ora, senhores ministros, se uma norma passa a exigir novas condições para que alguém seja candidato, essa inovação, embora esteja pautada por um **fato pretérito, somente deve valer para processos eleitorais futuros**. Em outras palavras, **o novo critério selecionador de condições subjetivas de elegibilidade terá efeitos, necessariamente, no futuro, mas buscará seus requisitos no passado**.

E o que evitaria a criação de cláusulas de inelegibilidades casuísticas? O art. 16 da Constituição da República. A **lei que alterar o processo eleitoral**, afirma o art. 16, CF/1988, não se aplica à eleição que ocorra até um ano de sua vigência. Com o **princípio da anterioridade eleitoral**, a Carta Magna assegura que as mudanças no processo eleitoral não sejam editadas com a finalidade de favorecer ou prejudicar determinado candidato. Como explicitado pelo eminente ministro **Celso de Mello**, na ADI 3.345, *DJE* 154, de 20-8-2010, os contornos do art. 16, CF/1988, foram devidamente assentados como uma norma "que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo 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 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".

Não vejo, por isso, inconstitucionalidade na alínea *c* do art. 1º, e não vejo óbice constitucional para concluir pela possibilidade de aplicação das novas causas e prazos de inelegibilidade a fatos ocorridos anteriormente à edição da LC 135/2010.

J) Conclusão

Senhores ministros, 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 se advinda do legislador, deve ser combatida em nome da guarda da Constituição.

Com essas considerações, voto no sentido seguinte:

1) pela **procedência parcial** do pedido formulado na **ADI 4.578**, tão somente para conferir interpretação conforme à alínea *m* do art. 1º, esclarecendo que a causa de inelegibilidade somente incide após a condenação definitiva no âmbito administrativo, de forma que o prazo de inelegibilidade somente começa a contar a partir da decisão administrativa final;

2) pela **procedência** do pedido da **ADC 29**, para declarar a constitucionalidade da aplicação da LC 135/2010 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal;

3) pelo conhecimento parcial da **ADC 30**, julgando, quanto à parte de que conheço, o pedido **parcialmente procedente**, para:

a) declarar a constitucionalidade do art. 1º, alíneas *c*, *f*, *k*, e seus §§ 4º e 5º;

b) conferir interpretação conforme à expressão "aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição" contida na parte final da alínea *g* do art. 1º, para esclarecer que os chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesas, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Carta Federal;

c) conferir interpretação conforme às alíneas *m* e *o* do art. 1º para esclarecer que a causa de inelegibilidade somente incide após a condenação definitiva no âmbito administrativo, de forma que o prazo de inelegibilidade começa a contar a partir da decisão administrativa definitiva;

d) conferir interpretação conforme à alínea *q* do art. 1º, para que (i) a expressão "por decisão sancionatória" pressuponha decisão administrativa definitiva e (ii) o termo "sentença" seja interpretado como decisão judicial transitada em julgado, na forma do art. 95, I, da Lei Fundamental;

e) declarar a inconstitucionalidade da alínea *n* do art. 1º;

f) declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou proferida por órgão colegiado" contida nas alíneas *d*, *e*, *h* e *l* do art. 1º;

g) declarar a inconstitucionalidade da expressão "ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral" contida nas alíneas *j* e *p* do art. 1º;

h) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, (i) do art. 15, *caput*; (ii) da expressão "independentemente da apresentação de recurso" contida no parágrafo único do art. 15; (iii) dos arts. 26-A e 26-C, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, todos da LC 64/1990, com as alterações promovidas pela LC 135/2010; e (iv) do art. 3º da LC 135/2010.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Se Vossa Excelência, ministro Dias Toffoli, me permite, na última assentada restou absolutamente incontroverso que o objeto da nossa deliberação judicial é tão somente a aplicação das causas de inelegibilidade: se elas são aplicáveis a fatos anteriores ou se elas esbarram em resultado já oriundo de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental de presunção de inocência. Dessa forma, o restante da lei complementar não está *sub judice*, até porque se entendeu que na forma do art. 14 da Lei 9.868 haveria uma inépcia, pois não houve nenhuma justificativa em relação aos demais dispositivos. Então, o que nós vamos decidir é a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade. Foi isso que ficou assentado, e não a lei inteira. Isso não foi objeto de debate nem de justificativa e recairia exatamente na pecha do

art. 14 da lei, que dispõe que, não havendo fundamentação, a ação é inepta nesse particular. Ficou afixado, aqui, pelo Plenário. Eu recebi um quadro sinóptico que se refere a outros dispositivos.

O sr. ministro Dias Toffoli: Estou registrando, aqui, no meu voto, o âmbito do conhecimento da ação e estou proferindo o meu voto, senhor presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É nesses termos?

O sr. ministro Dias Toffoli: Nos termos colocados aqui no meu voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas coincide com a propositura do relator?

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Todas elas versam só sobre causa de inelegibilidade. Todas elas.

O sr. ministro Dias Toffoli: Elas apresentaram um pedido genérico, mas só fundamentaram em relação a esses que estou conhecendo. Todavia, em razão do meu voto, afasto outros que são levados a análise por arrastamento!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Por isso o Plenário entendeu de adstringir todas essas ações, todo esse controle abstrato, apenas às causas de inelegibilidade. Não houve compromisso da Corte, nenhuma questão de ordem, para analisar a lei toda. O ministro Celso de Mello há de se recordar de que inclusive houve a invocação do art. 14.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas eu não estou conhecendo em relação à lei toda.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Isso está discutido na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade?

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente, aqui há uma ação direta de inconstitucionalidade também.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Da inelegibilidade, como está no voto, que, aliás, fiz distribuir. Vossas Excelências o têm em mãos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sei, ministro, é que recebi um quadro de Vossa Excelência que menciona os arts. 15 e 28, mas nada disso foi objeto de debate pela Corte.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas Vossa Excelência não chegou à conclusão do meu voto. É que, por consequência do meu entendimento e do meu voto, por arrastamento, ficam prejudicados determinados dispositivos da lei complementar.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas tendo essa palavra de Vossa Excelência de que nós vamos nos adstringir às causas de inelegibilidade...

O sr. ministro Dias Toffoli: Ao analisar essas causas de inelegibilidade, o meu posicionamento – que irá divergir, com a devida vênia, do posicionamento de Vossa Excelência, relator, e do eminente ministro Joaquim Barbosa –, tem por consequência o arrastamento de determinados dispositivos que são normas procedimentais referentes à medida cautelar que visa suspender a inelegibilidade, quando ainda não há trânsito em julgado. Ora, estou votando pela exigência do trânsito em julgado, daí a desnecessidade da previsão da norma procedimental da cautelar.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Agora entendo. É um consectário lógico, quer dizer, Vossa Excelência não se dispõe a analisar a leitura porque não foi essa a provocação feita ao Judiciário.

O sr. ministro Dias Toffoli: Se Vossa Excelência tivesse aguardado a leitura de meu voto, perceberia que há uma razão lógica para o quadro que fiz distribuir.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Na verdade, isso não é motivo de certa ansiedade. Isso é uma questão de deixar bem claro, porque na última assentada houve uma eventual perplexidade quanto a isso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou reler para Vossa Excelência o início do meu voto.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro, Vossa Excelência me permite uma observação?

O sr. ministro Dias Toffoli: Pois não.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É interessante notar – e eu conversava aqui com o ministro Celso de Mello – que, na proposta original, essa lei ao projeto resgatava uma fórmula positivada no governo Médici: a simples inelegibilidade com recebimento da denúncia. Louve-se o Congresso, que teve pelo menos o bom-senso de encontrar a fórmula de falar no colegiado, porque resgatava algo que deu ensejo, nos anos 1970, a uma intensa discussão no próprio Tribunal Superior Eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral declarou, com base no princípio da presunção de inocência, que não estava no texto constitucional de 1969 a inconstitucionalidade dessa norma constante da LC 5, com voto do ministro Xavier de Albuquerque.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu fiz o registro no meu voto; inclusive, foi uma das partes cuja leitura omiti, para o bem da celeridade dos trabalhos da sessão.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Só para que possamos aquilatar a que ponto se pode chegar em termos de exageros. Veja que os extremos se tocam em determinados momentos. Estava-se a reeditar uma lei do governo Médici. É bom que guardemos isso na memória, para que todos nós tenhamos a noção da nossa

responsabilidade, porque o TSE, naquela época, considerou inconstitucional e deu ensejo até a uma discussão sobre a proporcionalidade.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Só para completar, a fórmula que o Congresso acabou por adotar, a fórmula positivada, ao falar em "órgãos colegiados", tem dado ensejo inclusive à perplexidade. Creio que há um precedente do Tribunal Superior Eleitoral que diz que órgão colegiado era o Júri e, portanto, não era o órgão de segundo grau – só para trabalharmos nesse teatro de absurdos e de possibilidades.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Com relação especificamente a esse tópico, houve uma grande discussão no Tribunal Superior Eleitoral. O ministro Carvalhido foi o relator inicial da ação e considerou – e houve realmente muito debate – que as decisões dos Tribunais de Júri, não apenas por serem não individuais, mas colegiadas, pela sua natureza, não poderem ser alteradas a não ser no caso de uma possibilidade de um recurso. Então, o Tribunal Superior Eleitoral não atuou apenas considerando o número, mas interpretou a norma que leva alguém perante um Júri.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Então, de toda sorte, foi uma decisão muito pensada, eu mesma pedi vista naquele caso e votei nesse sentido.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Exatamente esse ponto, de só poder ser nesse caso e uma vez, como no caso em que o ministro Carvalhido foi relator originário no TSE.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim. É exatamente o que estou insistindo, pois foi esse o objeto da discussão no TSE.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência me permite um pequeno aparte?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós, a Justiça Eleitoral, estudamos profundamente esta lei.

O argumento de que a inelegibilidade se dá a partir da condenação por parte de um órgão colegiado não nos impressionou, porque a chamada Lei da Ficha Limpa, LC 135, traz um dispositivo que nos pareceu extraordinariamente razoável e que poderia, em tempo hábil, corrigir eventual injustiça. É exatamente o art. 26-C desta Lei, que diz:

> Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do

inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu enfrento esse dispositivo em meu voto, porque ele retira da objetividade linear que o trânsito em julgado tem, isonomicamente para todos os cidadãos, e leva para o subjetivismo do caso específico e do caso concreto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não tem subjetivismo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Por que, no caso "A", se poderá conceder cautelar e, no caso "B", não? Mas isso eu vou aprofundar no meu voto escrito.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Nós temos normas que dizem que todas as decisões têm que ser fundamentadas e de maneira objetiva.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E até para obviar, para ultrapassar essa barreira da subjetividade, essa lei foi mais uma vez inteligente, *data venia*, e razoável, dizendo que "O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação", exatamente para afastar uma eventual subjetividade de um relator individual. Portanto, o próprio colegiado, que anula uma eventual subjetividade da apreciação monocrática de um relator, é que vai se manifestar e conceder a suspensão dessa hipótese de inelegibilidade.

Portanto, eminente ministro Celso de Mello, sem querer evidentemente contrariar os muitos abalizados argumentos de Vossa Excelência, apenas queria trazer à colação este argumento, mostrando que a própria lei traz mecanismos para atenuar essa eventual dureza ou a impressão que se tem de que seja uma lei "draconiana".

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Lewandowski, permita-me, porque no momento oportuno não pude intervir. É sem prejuízo considerarmos que essa condenação, como Vossa Excelência bem esclareceu, seja passível de uma recorribilidade e que os efeitos dos recursos poderão fazer reverter as coisas ao estado anterior.

Mas qual foi a opção do legislador diante da ausência de legitimação democrática do entendimento anterior da presunção de inocência? Foi verificar que um cidadão, condenado mais de uma vez por órgão judiciário isento e independente, tem *fumus boni iuris* exatamente inverso: ele não tem aptidão para gerir a coisa pública; ele não tem merecimento para transitar na vida política brasileira.

O sr. ministro Celso de Mello: Ainda que venha a ser absolvido posteriormente?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Aí eu digo a Vossa Excelência: se ele vier a ser absolvido, as coisas têm que voltar ao estado anterior, como tudo ocorre.

O sr. ministro Celso de Mello: Só que tarde demais, porque essa pessoa, *absolvida*, terá sido *inconstitucionalmente* impedida de participar *daquele* processo eleitoral.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Daí vão anular a eleição?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Veja Vossa Excelência o seguinte: vamos sair desse âmbito. Por exemplo, por que se admitem atos de soberania estatal numa execução baseada em título executivo extrajudicial? Porque o devedor já assinou o título, já tem a certeza do direito e pede os embargos. Na realidade, a verossimilhança que ele eventualmente poderia pretender operar a favor de si opera contra. Então, se admitem até mesmo atos de soberania estatal. Como nós poderíamos imaginar uma penhora portas adentro, um ato de invasão ao domicílio devedor? Isso está calcado numa opção do legislador e, evidentemente, nessas interpretações que fazemos. E mesmo nessa postura – essa, sim, contramajoritária em relação ao legislador – de declararmos a inconstitucionalidade de uma lei, temos que, em primeiro lugar, levar em consideração que há uma presunção de legitimidade da lei; em segundo lugar, que essa foi a vontade do legislador; em terceiro lugar, que as nossas decisões tem que se legitimar democraticamente a partir do momento em que elas convergem para a aspiração popular.

A afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal contramajoritário, para bater no peito e dizer que ele julga contra a vontade do povo, não tem a menor procedência. O Supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando decide contra a maioria parlamentar, quando decide direitos da minoria previstos na Constituição. O Supremo Tribunal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência ou sobre quem pode exercer um mandato político. Evidentemente ela não nos pauta, mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, permita-me um aparte em abono ao que Vossa Excelência está colocando? Lembro-me muito bem, em sessões anteriores, quando a eminente ministra Ellen Gracie estava presente e defendia a execução da pena após uma condenação de segunda instância, quer dizer, execução sem aguardar o trânsito final em julgado. Dizia essa eminente ex-integrante da Corte que, após uma condenação de segundo grau, quando os elementos fáticos estão todos estabelecidos, um recurso somente iria discutir questões de direito. A dúvida não é *pro reo*, mas ela milita *pro societate*.

Então, neste caso, quando elevadíssimos valores estão em jogo, os valores de moralidade e de probidade administrativa, após uma condenação de segundo grau, a dúvida não é mais *pro reo*, mas é *pro societate, data venia*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Apenas para não perder a oportunidade e já pedindo desculpas ao ministro Toffoli, por estar sendo prejudicado no seu voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: Isso só enriquece.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência ainda não terminou o seu voto, não é?

O sr. ministro Dias Toffoli: Estou na metade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Gostaria de colocar dois pontos. Primeiro, quando se fala em órgão colegiado e admite-se o Júri, não estamos falando de julgamento em segundo grau, estamos falando de julgamento em primeiro grau. Vamos deixar isso muito claro, portanto. Está-se admitindo que, com a condenação no Júri, já há a inegibilidade. Não parece condizer, então, com o que disse o ministro Fux. Em relação à função contramajoritária, a rigor a Corte pode e deve, muitas vezes, decidir contra a opinião popular. É isso que dimana da doutrina firme da Suprema Corte. Querer decidir; senão, faríamos plebiscito toda hora e alteraríamos a Constituição; a pena de morte seria aprovada e assim por diante.

O modelo contramajoritário pretende proteger o indivíduo contra si mesmo, muitas vezes. Quando validamos invasões, a população bate palmas para operações policiais abusivas – matanças, em geral, realizadas nas favelas – porque se diz que está eliminando criminalidade. Veja a popularidade da polícia em determinados momentos: aplaudem-se os esquadrões da morte. Agora, isso é contra qualquer padrão civilizatório, e uma Corte como esta tem que cobrar, não pode permitir que se avance sobre esses valores.

Temos um papel didático-pedagógico de fazer valer o direito, às vezes contra a opinião popular. É preciso dizer isso com muita clareza. Esse é o *ethos* da jurisdição constitucional; do contrário – e vejo prelados aqui – nós validaríamos Pilatos.

Há um clássico de Zagrebelsky, "A crucificação e a democracia", em que ele discute o julgamento de Cristo. Esse julgamento foi democrático? Quem tinha razão?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Gilmar Mendes: É só para deixar muito claro.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, claro, evidente, nem eu tenho essa postura de me esconder da opinião pública.

Na realidade, fiz essa colocação à luz exatamente daquilo que, no meu modo de ver, traduz as suas lições.

Vossa Excelência cita Konrad Hesse, "A força normativa da Constituição", quando ele diz o seguinte:

> Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.
>
> Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e

econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.

Foi isso que eu quis dizer.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência me permite? Quando o ministro Gilmar votar novamente, podemos estabelecer o diálogo. Vamos continuar com o voto do ministro Dias Toffoli.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu peço desculpas, mas eu só queria deixar clara essa posição.

DEBATE

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Pois não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Celso, se me permite um pequeno aparte, Vossa Excelência tem toda razão – como sempre brilhante na sua fundamentação –, mas gostaria só de fazer uma ponderação a Vossa Excelência.

A própria Constituição, de há muito, prevê que para a prática de determinados atos da vida civil é preciso ter capacidade. Para a prática de atos políticos, ela também prevê uma capacidade e, nesse caso, a aptidão para ser eleito reclama alguns requisitos. E essas figuras transitórias ou efêmeras, que podem reverter a um estado anterior diverso, não são incomuns no direito.

Veja o seguinte: aqui nós estamos tratando de uma aptidão específica para uma atuação política, responsável, eticamente aceitável pela sociedade. No direito civil – e no processo civil, em geral –, quando se requer uma interdição, o que diz a lei? Por segurança, uma vez decretada a interdição, ainda que haja apelação, os efeitos da interdição se produzem; amanhã, mais tarde, pode-se chegar à conclusão de que aquela causa de interdição não era de ser acolhida, mas durante aquele período aquela pessoa se tornou incapaz. É uma valoração do legislador.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, interdição não é pena.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E a inelegibilidade também. Nós estamos só trabalhando sob o ângulo penal, quando nós estamos no campo do direito eleitoral, que é completamente diferente.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Nós temos óticas diversas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

DEBATE

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Em alguns Estados já.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro Dias Toffoli, só uma observação. Eu acho que nós não desconhecemos que todo esse debate tem ocorrido em virtude da demora. Na verdade, a Ficha Limpa, em certa medida – e eu já disse em relação a outra proposta que, às vezes é até uma boa metáfora –, é um atalho, em razão da demora do processo judicial. Nós sabemos que isso existe. Agora, nós sabemos também que a revisão, a reversibilidade das decisões, tomadas inclusive em juízo criminal, é altíssima.

Há muitas lendas urbanas. Uma delas é a de que o recurso extraordinário, em geral, é inviável, é rejeitado, e isso não é verdade. Esses dias se divulgou uma pesquisa da FGV, lamentavelmente, com um erro metodológico muito sério. Por quê? Porque ela dizia que só 4% dos recursos extraordinários são providos. Os autores não estavam atentos – esses pesquisadores – à mudança ocorrida com a Emenda Constitucional 45, de que são poucos os recursos que chegam aqui, pois a maioria fica sobrestada e, depois, há esse modelo de revisibilidade.

Temos dados, ministro Ayres Britto, da Segunda Turma – e o ministro Britto inclusive esses dias anunciava –, em que 33%, 34% dos *habeas corpus* admitidos são providos, são deferidos – de variada ordem, é claro.

O sr. ministro Ayres Britto: Em torno de 35%.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Em torno de 35% na Segunda Turma. Esse é um dado muito importante. E muitas das questões lá veiculadas são veiculadas em *habeas corpus*, mas, se não houvesse, certamente seriam veiculadas em recurso extraordinário. Portanto, é preciso estar atento a isso. Vejam a provisoriedade desses juízos que ocorrem em matéria criminal.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, eu realmente me manifestei nesse sentido em duas oportunidades: numa, quando me insurgi contra o cumprimento antecipado de uma pena criminal – e essa posição acabou sendo vencedora no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Ayres Britto: Num outro contexto, portanto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Exatamente, em um outro contexto. E também me manifestei com relação ao impedimento do registro de candidaturas, em eleições passadas, antes do advento da legislação nova, sobre a qual estamos discutindo agora, mais especificamente a LC 135, porque alguns juízes do Brasil pretendiam impedir o registro das candidaturas sem que lei complementar houvesse. Só que agora a situação é diferente, *data venia*, porque editou-se uma lei complementar de acordo com o previsto no art. 14, § 9º, da Constituição, que autoriza, *ipsis litteris*, o seguinte:

> Art.14. (...)
> (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Portanto, esta lei nasceu de uma autorização expressa da Constituição e preserva outros valores.

Então, a meu ver, com todo o respeito, sem abjurar aquilo que eu disse, conforme Vossa Excelência muito bem salientou, quero apenas mostrar que estamos diante de situações absolutamente distintas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, vou continuar o voto. Agora eu adentro exatamente um dispositivo que, por consequência da minha posição de exigir o trânsito em julgado, a meu ver, deve ser levado por arrastamento e retirado do dispositivo legal em análise: art. 26-C da LC 64, incluído pela LC 135.

DEBATE

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou dar interpretação conforme, ministro Celso, aqui no meu voto, para exigir o trânsito administrativo, porque a alínea *m* não é clara. Como a lógica da lei é que haja decisão colegiada, deve-se exigir o trânsito administrativo, havendo, ainda, a válvula de ida ao Poder Judiciário.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu também encontrei essa dificuldade, e, por isso, senhor presidente, ministro Celso, acabei entendendo que a referida previsão até se justifica, tendo em conta que, se o cidadão não foi um bom profissional no desenvolvimento de suas atividades habituais, essa atuação desabonadora pode ter reflexos no desempenho de um eventual mandato eleitoral.

DEBATE

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: O debate está sempre aberto.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O problema, aqui, é de existência de tipo penal, porque a norma fala em condenação. Então, de fato, tipo penal

a respeito de desfazimento de vínculo conjugal eu não conheço, nem consigo imaginar. Desfeito o vínculo conjugal, está desfeito, e morreu o assunto. Agora, em relação à união estável, é possível teoricamente crime de falsidade, porque, aí, não depende de intervenção estatal. Eu até imaginaria ser possível um desfazimento falso de união estável, para, entre outros fins, burlar as restrições de inelegibilidade.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas mesmo com a equiparação feita pela Constituição entre união estável e casamento?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Em relação ao desfazimento de vínculo conjugal, eu acho que foi confusão: pensar uma coisa e escrever outra.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Uma observação rápida em relação a esse ponto. Nós estamos nos referindo a uma pena que foi aplicada, de três anos, e que agora está sendo alargada para oito.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu discorro sobre isso e digo que, se a lei pode inovar e criar hipóteses de inelegibilidade onde elas não existem, por que ela não pode aumentar o prazo?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Aumentar pena de sanção? Ela já foi aplicada, vai aumentar a pena.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, confesso que não estou fechado à reflexão, também, desse ponto.

Realmente, são vários temas que nos levam a grandes reflexões. Os votos de Vossa Excelência, do ministro Celso e do ministro Gilmar em relação ao fato de que alguns dispositivos dessa lei teriam sido feitos especificamente para atingir determinadas personagens realmente chamam a atenção. Agora, do ponto de vista abstrato, eu fico com dificuldades.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, a se consolidar uma jurisprudência na linha do que Vossa Excelência está propondo, além de, obviamente, podermos estar aqui afrontando a coisa julgada – porque a decisão já foi tomada nesse sentido e já foi prefixada –, estamos fazendo um convite ao casuísmo, à possibilidade de que alguém que já teve a pena imposta de três anos a tenha alargada; claro que se faz de novo o argumento da missão contramajoritária desta Corte. Esta Corte tem que proteger as minorias. Assim como em relação a essa lei – e eu já disse bem –, a delicadeza da fórmula envolve um outro aspecto. É se estamos a discutir, como se discutiu no TSE, a questão do órgão colegiado, e já nem sabemos bem de que órgão colegiado se cuida – se é o órgão de segundo grau, ou até o Júri, como placitou o TSE – e, com as vênias de estilo, para mim de forma absurda, porque o Júri, para todos os efeitos não é órgão de segundo grau e não é isso que a lei quer dizer. Veja Vossa Excelência a delicadeza do convite que

se possa fazer ao legislador para, amanhã, adotar não o critério da decisão de segundo grau, mas a decisão de primeiro grau ou, ainda, a existência de inquérito. Lembrávamos há pouco que a proposta de iniciativa popular chegou ao Congresso dizendo que bastava a denúncia recebida.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas, nessa parte, já proferi o meu voto, exigindo a presunção de inocência.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É só para deixar claro, portanto, que permitir que se estenda a pena para além, para casos já julgados é um convite ao casuísmo, à arbitrariedade. É algo que realmente envolve concepções básicas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A retroatividade maligna.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Qual seria o fundamento constitucional para afastar?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A retroatividade maligna, a proibição da retroatividade, porque nem os regimes autoritários ousaram editar qualquer norma que atingisse atos passados, com exceção de regime nacional escabroso onde se punia o fato do nascimento – todos nós o conhecemos, não precisamos fazer referência a ele –, isto é, quem nascesse naquela condição seria vítima de todas as restrições possíveis, até de ordem criminal. Mas, tirando esse exemplo, não conheço, nem nos regimes autoritários, a edição de lei para apanhar fatos passados e, portanto, para atingir pessoas determinadas e determináveis segundo os fatos que estão definidos. É muito fácil descobrir qual é o universo de pessoas que se quer atingir, pela descrição do fato. Basta verificar a hipótese, e aí vamos descobrir quais são as pessoas que a lei quis atingir.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E mais do que isso, ministro. É preciso levar em conta que essa previsão suprime a responsabilidade ética, porque a pessoa já não tem alternativa de evitar o fato censurável.

O sr. ministro Dias Toffoli: Vossas Excelências, aqui, dariam interpretação conforme?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Acho importante enfocar esse aspecto, que já suscitei na assentada do julgamento do RE 630.147, pois, na verdade, há uma supressão da responsabilidade ética como pressuposto da aplicação de uma sanção. Por quê? Porque o cidadão já não tem alternativa para evitar o ato. Ele vai sofrer, de qualquer maneira, a sanção, sem poder escapar; está suprimida, portanto, a sua responsabilidade ética. "Eu não posso fazer mais nada. Já aconteceu o fato. Como é que vou evitar para escapar da sanção?" Não há jeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quanto à fundamentação, é de se lembrar – e creio que já relembrei aqui – o próprio Tribunal quando julgou aquele caso

dos partidos políticos – e o voto do ministro Moreira Alves. Acho que foi uma das primeiras vezes em que o Tribunal aplicou a cláusula do devido processo legal, agora sob a Constituição de 1988 em sua dimensão substantiva, dizendo o seguinte: apanhar fatos da vida política anteriores para produzir consequências posteriores – era discussão sobre a existência ou não de determinada composição de partidos políticos, se determinados partidos políticos tinham um número de representantes ou não.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas sempre que se cria uma nova norma de inelegibilidade, está-se atingindo o universo de causas anteriores a ela.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E a Constituição, *data venia*, fala considerada a vida pretérita, portanto, a vida pretérita não é a vida futura.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A vida pretérita em relação ao momento do julgamento, mas depois da vigência da lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Tenho dito: vida pregressa só pode ser vida passada; não pode ser vida futura.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, a vida pregressa do sujeito, não da Constituição.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Sim, mas é pregressa em relação ao momento do juízo de ilegibilidade. Não significa pregressa em relação à anterioridade da lei. Isso é outra coisa.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vida pregressa do indivíduo.

O sr. ministro Ayres Britto: Enfrentaremos isso no devido tempo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vida pregressa é a totalidade da vida, se se considera moralidade para o exercício do cargo público.

O sr. ministro Dias Toffoli: O debate é extremamente importante e relevante mas tenho que concluir meu voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Entendi a postura de Vossa Excelência.

O sr. ministro Dias Toffoli: Então, no momento, eu vou manter o voto, mas estou declarando, realmente, que ainda refletirei muito quanto a esses dispositivos até o término do presente julgamento que será longo.

Depois, como está no voto escrito, é a conclusão, com a pontuação específica da consequência do meu voto, senhor presidente.

Peço escusas pela demora da leitura.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É verdade.

O sr. ministro Dias Toffoli: Obrigado.

VOTO
(Antecipação)

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, egrégia Corte, com relação ao juízo de admissibilidade das ADC 29 e 30 e da ADI 4.578, estou acompanhando na íntegra o voto do eminente relator, até mesmo no que tange ao conhecimento parcial da ADC 30, justamente para adequá-la aos preceitos da Lei 9.868/1999, especificamente o art. 14, I.

Registro a Vossas Excelências que professo o maior respeito pelos belíssimos votos dos ministros que me antecederam, a começar pelo voto do eminente relator. Não tive a oportunidade de estar presente quando o relator proferiu o voto porque ainda não integrava essa Corte, mas o li com profunda atenção e rendo as minhas homenagens à profundidade dos fundamentos expendidos. Digo mesmo quanto ao voto do eminente ministro Joaquim Barbosa e ao voto-vista do ministro Dias Toffoli. Professo também o maior respeito pelos fundamentos que vi expendidos ao longo dos debates nesta tarde, mas confesso a Vossas Excelências que, até por não ter participado dos julgamentos anteriores, sempre que essa matéria retorna ao exame da Corte, sinto necessidade de expressar a minha convicção e dar a conhecer a Vossas Excelências os fundamentos que erigi para fundamentar a minha convicção.

Por isso, vou fazer, na medida do possível, um resumo do meu voto.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, a matéria trazida ao exame desta Excelsa Corte, veiculada na presente ação declaratória de constitucionalidade, bem como na ADC 30 e na ADI 4.578, diz com a constitucionalidade da LC 135/2010 – a chamada Lei da Ficha Limpa –, que alterou a LC 64/1990, acerca das hipóteses e prazos de inelegibilidade versados em seu art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*.

O enfrentamento da controvérsia comporta, preliminarmente, o conhecimento da ação constitucional.

Há legitimidade ativa do Partido Popular Socialista (PPS) para o ajuizamento da ação, na forma do art. 103 da Lei Maior, bem como observadas as exigências contidas nos incisos I, II e III do art. 14 da Lei 9.868/1999, razão pela qual acompanho o voto do eminente relator, ministro Luiz Fux, pelo conhecimento da ADC 29 do Distrito Federal.

No mérito, votou o eminente ministro relator pela parcial procedência da presente ação, declarando parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, I, *e* e *l*, da LC 64/1990, com redação conferida pela LC 135/2010, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de oito anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

Nesse diapasão, consoante bem emoldurado no voto do ministro relator, imprescindível analisar, em primeiro plano, se constitucionais as inelegibilidades e os prazos introduzidos pela Lei da Ficha Limpa, e, em segundo, acaso declarados constitucionais, se alcançam atos e fatos ocorridos em momento anterior à edição da LC 135/2010, respeitado o princípio da anterioridade eleitoral, nos moldes do art. 16 da Carta Política, com a redação dada pela EC 4/1993:

> 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.

Não desconheço a longa trajetória histórica, social e jurídica percorrida na construção e concretização dos direitos e garantias fundamentais, hodiernamente insertos na ordem constitucional brasileira, bem como nos ordenamentos alienígenas que perfilham, de fato, o regime Democrático de Direito.

Igual a ciência que tenho no que tange aos precedentes desta Suprema Corte, em especial acerca dos preceitos constitucionais que se sobrelevam ao exame da questão das inelegibilidades, matéria trazida à baila na história recente desta Casa, de forma brilhantemente enciclopédica, na ADPF 144/DF, da relatoria do eminente ministro Celso de Mello.

No presente caso, senhor presidente, registro a particular compreensão de que o foco, o centro da discussão, no que pertine ao princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, se identifica com o definido ao exame da ADPF 144, não ocorrendo, entretanto, com o enfoque a mesma identidade. Aqui a abordagem parte de premissa diversa, porquanto o que se submete ao crivo da constitucionalidade é a LC 135/2010, que alterou os dispositivos da LC 64/1990, passando, em sua nova redação, a explicitar a dispensa do trânsito em julgado da decisão, suficiente a condenação em colegiado nas hipóteses de inelegibilidade que assim dispõem.

Naquela arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que não lograram êxito os arguentes, buscava-se afastar a necessidade do trânsito em julgado da decisão, quando esta **exigência estava expressamente contida na LC 64/1990**, espécie normativa a quem o legislador constituinte originário – assim como o revisional (Emenda Constitucional de Revisão 4/1994) –, reservou à criação de outras hipóteses de inelegibilidade.

Já na presente ação declaratória tem-se em controle abstrato a norma pela qual o legislador ordinário, em cumprimento a comando constitucional de eficácia limitada (§ 9º do art. 14), estabelece outras hipóteses de inelegibilidade, expressamente dispensado o trânsito em julgado.

Em resumo, lá os arguentes pretendiam, com base na vida pregressa do candidato, elemento normativo introduzido pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, afastar o critério objetivo do trânsito em julgado da decisão, exigido na LC 64/1990, em sua redação original, anterior, portanto, à revisão

constitucional, deixando ao crivo do Poder Judiciário, em espectro bastante ampliado, a valoração dos fatos ensejadores da inelegibilidade.

Aqui os impetrantes buscam, no que diz com as ADC 29 e 30, poder considerar a *vita anteacta*, em especial as hipóteses de condenação por órgão fracionário, com estrita observância dos princípios da probidade administrativa e da moralidade, nos moldes da nova redação do art. 14, § 9º, da Lei Maior. Pretendem, pois, a declaração da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade – critérios objetivos **expressamente** previstos na LC 64/1990, introduzidos pela LC 135/2010.

Destaco não haver, a meu juízo, controvérsia acerca do fato de que a LC 135/2010 buscou dar concretude à norma prevista no § 9º do art. 14 da Constituição Federal:

> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nessa perspectiva, recai sobre ela forte presunção de constitucionalidade. Toda lei infraconstitucional deve ser presumida constitucional, dada a liberdade conferida ao legislador pela Constituição, já que esta não constitui um corpo fechado de normas, tal qual um código. Leis, porém, que extraem sua validade diretamente do texto constitucional, que são editadas em decorrência de um expresso comando de legislar, possuem uma dignidade superior, sobre elas devendo recair, como adiantado, forte presunção de constitucionalidade.

Compreendi imperioso reavivar o julgamento da ADPF 144/DF, desde já registrando profundo respeito às teses jurídicas abraçadas naquela assentada – cuja votação não foi unânime –, a fim de que pudesse firmar, sem maiores e desnecessárias digressões, algumas das premissas que irão nortear minha análise.

No que pertine à presunção da não culpabilidade cumpre aferir se presentes elementos que permitam ou imponham solução diversa da estampada nos precedentes desta Corte Constitucional, a viabilizar o *overruling* proposto pelo eminente ministro Luiz Fux, fenômeno radicado no sistema do *common law*, cuja essência bem aviva o magistério de Gustavo Zagrebelsky:

> *Las contradiciones jurisprudenciales no favorecem la reputacion del Tribunal. Pero tampoco es conveniente empeñarse em argumentar una continuidad cuando ésta no existe o en esconder una discontinuidad cuando por el contrario existe. A veces, ayudaría más a la autoridad del Tribunal indicar explícitamente la doctrina que cambia, incluso por completo, que intentar hipócritamente esconder el cambio de doctrina a través de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que hace. Sería un signo de fuerza y de claridad. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, por ejemplo, aun pudiendo acogerse al distinguish que permite a la jurisprudencia de common law proceder com flexibilidade, no renuncia a "anular" expressamente la doctrine contenida em un pronunciamiento*

anterior del que quiere apartarse, para privarla de una fuerza vinculante em el futuro, de otra manera, tendría si estuviese todavía em vigor. Si no se anulase explícitamente, no bastaría una nueva argumentación incompatible para superarla. En tal caso, em efecto, la nueva doctrina podría interpretarse como una excepción, una limitacíon, pero no como una excepción de la precedente, la cual podría continuar utilizándose em argumentaciones futuras. Se trata, en suma, de claridad y responsabilidad.
(*Principios y votos*. *El Tribunal Constitucional y la política*. Editorial Trotta S.A., 2008. p. 76-7.)

Nesse passo, registro não vislumbrar os diversos campos do direito em compartimentos isolados, estanques, e, sim, como subsistemas que ostentam suas particularidades, mas que se comunicam e entrelaçam, formando um único e incindível sistema aberto de normas, a exigir do hermeneuta constitucional interpretação sempre dirigida à preservação da unicidade da Constituição.

Tenho, assim, que os princípios supralegais se irradiam por todo ordenamento jurídico, nem sempre contemplando idêntica dimensão nas diversas searas, fruto da coexistência e da maior, ou menor, preponderância dos princípios que são próprios a cada uma delas.

Consagrou o legislador constituinte originário, observado princípio republicano, que orienta os Estados politicamente desenvolvidos, no parágrafo único do art. 1º da Carta Política, que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Assegurou, no Título II da Lei Maior, que condensa os direitos e garantias fundamentais, ombreando o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, em que inserto o inciso LVII do art. 5º (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), o Capítulo IV, que trata dos direitos políticos.

Em tal capítulo, a iniciativa popular resta prevista como forma do exercício da soberania e, dentre outras normas de natureza eleitoral, que regram o direito ao sufrágio, nas perspectivas ativa e passiva, culminou o legislador constituinte revisional por reservar à lei complementar, no campo das restrições ao exercício do *ius honorum*, o estabelecimento de "outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta". (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão 4/1994).

Nesse diapasão, voltando o olhar aos arts. 5º, LVII, e 14, § 9º, da Constituição Republicana, compreendo que esta empresta igual dimensão aos princípios que regem os direitos individuais e os direitos políticos, enquanto direitos e garantias fundamentais (Título II), que encerram subsistemas da Constituição Federal assecuratórios do próprio Estado Democrático de Direito.

> É no regime da democracia representativa que se desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, que tende a fortalecer-se no regime da democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada.
> (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros. 1998. p. 141-2.)

Entretanto, na órbita do direito eleitoral, precisamente dos direitos políticos, o legislador constituinte de revisão, através da ECR 4/1994, com o escopo de garantir a licitude e a legitimidade das eleições – sem o que sucumbe a soberania popular e macula-se a democracia –, fez atrair para o campo das inelegibilidades os festejados princípios constitucionais regentes da coisa pública, quais sejam a probidade e a moralidade, explicitando, ainda, a norma constitucional, que a *vita anteacta* do homem que se pretende público, que almeja representar o povo, deve ser sopesada.

A bem demostrar que a revisão do § 9º do art. 14 da Lei Maior teve por *ratio essendi* fazer presente – nos casos de inelegibilidade, que porventura viessem a ser instituídos pelo legislador ordinário, observada a reserva de lei complementar –, **a consideração da vida pregressa do candidato**, sob o manto dos princípios da moralidade e probidade administrativa, a norma constitucional em sua redação original e, após, nos termos da ECR 4/1994:

> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
> (Redação original.)

> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, **a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
> (ECR 4/1994 – Destaquei.)

Inelegibilidade, enquanto perda da capacidade eleitoral passiva pelo preenchimento das condições negativas, exigidas pelo ordenamento jurídico eleitoral, é espécie, todos sabemos, do gênero direitos políticos negativos, que são, na lição de José Afonso da Silva: "(...) determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos porque consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividades político-partidárias ou de exercer função pública." (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 334).

Não empresto, por seu turno, identidade aos institutos dos direitos políticos que versam sobre inelegibilidade, incompatibilidade e perda ou suspensão de direitos políticos, delimitado, de qualquer sorte, o objeto de estudo às hipóteses de inelegibilidade da LC 135/2010, que estão a demandar a aferição da constitucionalidade. Conceitua Fávila Ribeiro referida restrição do *ius honorum*, em obra titulada "A correção hermenêutica à burla de princípios democráticos fundamentais inerentes à soberania popular nas atividades submetidas ao sufrágio universal", da seguinte forma:

> A inelegibilidade constitui uma restrição de natureza política, em salvaguarda não somente da autenticidade do processo eleitoral, mas acima de tudo para o desenvolvimento continuado do regime político democrático que se fundamenta essencialmente na escorreita participação popular, como força geradora e de sustentação da concepção história de legitimidade originária, para que dela não desgarrem, quanto ao seu modo de funcionamento, as instituições que em nome dela foram implantadas, mantendo-as ativadas em suas específicas reservas de competências, e dentro de seus apropriados limites e no cumprimento de suas relevantes finalidades sociais.
> (Tribunal Superior Eleitoral – Secretaria de Documentação e Informação, Estudos Eleitorais, v. 1, n. 3, set./dez., 1997, p. 7.)

Igualmente não identifico, nos casos de inelegibilidade, cujo fim constitucional último é o de assegurar o exercício, em sua plenitude, da soberania popular, o caráter de sanção e, mais propriamente, a natureza jurídica de sanção penal. Entendo tal espécie de restrição da capacidade eleitoral passiva como condição negativa de elegibilidade.

Reiteradamente lembrado a propósito precedente desta Casa no MS 22.087-2, da lavra do eminente ministro Carlos Velloso – e em que se reporta à decisão do ilustre ministro Sepúlveda Pertence – no sentido de que inelegibilidade não é pena, para extrair a conclusão de que possível aplicar a LC 64/1990, com a redação da época, a fatos ocorridos antes da sua vigência.

O escopo da inelegibilidade não é punir. A norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro – outro o foco – é sim a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, a assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito.

Essas, portanto, as balizas que respeitarei no controle concentrado da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade, trazidas ao ordenamento jurídico com o advento da LC 135/2010, exercício a ser empreendido após escorço da trajetória percorrida até a edição da norma complementar, porquanto entendo que a democracia se concretiza em um movimento ascendente, operando-se no poder estatal de baixo para cima, da base social para as cúpulas dos Poderes instituídos, que devem emprestar ressonância às legítimas expectativas da sociedade.

A iniciativa popular, ferramenta de participação direta do povo no processo legislativo, não é novidade trazida pelo constituinte de 1988, já presente tal instituto em constituições anteriores.

Hodiernamente prevista no art. 14, III, da Constituição Cidadã, tem a iniciativa popular seu regramento no art. 61, *caput*, e § 2º, *verbis*:

> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> (...)
>
> § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Decorridos dez anos da promulgação da Lei Maior, com a edição da Lei 9.709/1998, o legislador ordinário, de forma tímida no que tange à iniciativa popular, porquanto se limitou a reproduzir o texto constitucional, regulamentou a forma de execução dos meios de participação direta do povo, de que tratam os incisos I, II e III do art. 14 da Carta da República.

Não houve aprimoramento ou efetivo regramento para o exercício desse tão relevante instrumento de participação direta – iniciativa popular –, mantidas as condições gerais preconizadas na Lei Maior, as quais – quando confrontadas com as dimensões do Brasil, consideradas as inúmeras regiões em que a comunicação e a locomoção dos habitantes se revestem de maior dificuldade – podem ser tidas por bastante restritivas.

Assim, menos pelo baixo índice de mobilização da sociedade brasileira do que pelas dificuldades que se apresentam, nos planos fático e jurídico, ao exercício da participação direta, passadas mais de duas décadas, a Lei da Ficha Limpa detém o quarto lugar no *ranking* das leis de iniciativa popular que lograram aprovação no Brasil, o que evidencia o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador, tamanha a repulsa da sociedade pelo sistema até então vigente, em que pretendentes a cargos eletivos, mesmo gozando de péssima reputação, carecedores de honestidade e boa-fé, com vida pregressa emoldurada de extensa ficha de registros negativos junto aos órgãos da administração pública – incluídos no rol processos criminais em curso –, podiam lançar mão do poder político para encobrir as condutas desabonadoras passadas e presentes, utilizando o mandato eletivo em proveito próprio (*As demais normas de iniciativa popular aprovadas até o presente são: Lei 8.930/1994, que dá nova redação ao art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sobre crimes hediondos; Lei 9.840/1999, que altera dispositivos da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral; e Lei 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema*

Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS).

De ressaltar, também, que, para muitos, consoante retrospectiva 2010 da TV Câmara, em matéria sobre a trajetória da Lei da Ficha Limpa, referido diploma nem chegou a atender as expectativas sociais, que antes já se depositavam no projeto de LC 168/1993, de autoria do Poder Executivo (Mensagem 616/1993), que tramitou no parlamento por aproximados dezessete anos e somente logrou ingressar no ordenamento jurídico após sofrer diversas emendas e ter sido apensado a sucessivos projetos de lei complementar, cuja resultante é a LC 135/2010.

Destaco, ademais, que a proposta original (LC 168/1993), que também tinha por objeto dar nova redação à LC 64/1990, era mais rígida, dispensando, nas infrações mais graves, o trânsito em julgado da sentença – decisão monocrática –, consoante exposição de motivos, subscrita pelo então ministro da Justiça, Maurício Corrêa, que assim justificava a pretendida dispensa: a "(...) Lei Complementar n. 64/90 erigiu o trânsito em julgado da sentença, nas hipóteses que arrolou, como condição para o afastamento da candidatura ao pleito eletivo. Permitiu, assim, que o cidadão que, gerindo negócios públicos, incorresse na prática de atos ilícitos em detrimento de bens, serviços ou interesses dos entes estatais, pudesse concorrer". E, à conclusão de que restrito, o princípio da presunção de inocência à órbita do direito penal, afirmava que, "(...) amparado pela morosidade nos trâmites processuais, o condenado não definitivamente pode habilitar-se ao prélio, e eleger-se, subvertendo, desse modo, os fundamentos que autorizaram a edição da lei especial".

Verifico, nesse leque, que a busca por instrumentos que impeçam a malversação da coisa pública, tornando inelegíveis aqueles que pretendem assumir cargos eletivos com fins outros, que não o de promover o bem de seus representados, não é novidade, nem se traduz em fenômeno pontual, impulsionado por fato passageiro e isolado. Ao contrário, a Lei da Ficha Limpa foi gestada no ventre moralizante da sociedade brasileira, que está a exigir dos poderes instituídos, primeiro do Legislativo, e, agora, do Judiciário, um "basta".

Certamente, sendo esta Corte uma instituição contramajoritária, seus julgamentos não se vinculam às aspirações da maioria. Mas igualmente não deve ser o Supremo Tribunal Federal insensível a elas, já que, em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e diferentes pontos de vista devem ser levados em consideração para se alcançar a melhor interpretação possível do texto constitucional. É sempre oportuno recordar a lição de humildade do Juiz Robert Jackson da Suprema Corte norte-americana no sentido de que "nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra" ("*we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*" – *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 – 1953).

Feitas essas considerações, ingresso no julgamento da controvérsia. Reproduzo, de início, a lição de Ingo Sarlet que, em artigo no qual, antes de enfrentar a complexa questão do princípio da proporcionalidade – como que desarmando ânimos menos arrefecidos e preparando o espírito do leitor/operador jurídico à compreensão de que a virtude, como bem sabemos nós, não reside nos extremos. Destaca, referido autor, "a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente a era dos extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm) de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intolerável 'tolerância zero'. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem mite, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha para um direito da equidade que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições 'em que há espaço não só para uma, e sim para muitas 'razões'. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tão pouco do relativismo das distintas razões (uma e outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível)'". (SARLET, Ingo Wolfgang. Doutrinas essenciais. Direitos humanos, volume II, direitos civis e políticos. *Revista dos Tribunais – 100 anos* – 2011. p. 559.)

Retomando a premissa da preservação da unicidade da Constituição, entendo, com a devida vênia, que não há como fugir à afirmação de que o princípio da presunção de não culpabilidade produz efeitos no campo eleitoral, comportando, porém, mitigações.

Entendo que, no campo da proteção do direito à liberdade individual, imanente à seara penal, a construção jurídica de que o momento, o ponto de inflexão, é o trânsito em julgado da decisão se mostra consentâneo com a segurança ali pretendida, em especial porque se está a salvaguardar o cidadão, o mais das vezes homem comum, do aparelho repressor estatal.

Nessa linha de raciocínio, e não restrito às searas do direito penal ou processual penal, o princípio da presunção da inocência torna-se inevitável o exame desse princípio, expresso em nossa Carta Maior no inciso LVII do art. 5º ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória").

A presunção de inocência é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Há registros de que, em uma formulação primária, no mesmo sentido do adágio *in dubio pro reo*, já era conhecido dos romanos (LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*: *Oxford studies in modern legal history.* Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 261-262).

Mesmo durante o período negro do processo inquisitivo na Europa continental, o princípio da presunção da inocência manteve alguma influência, já que a condenação criminal dependia de prova plena da responsabilidade criminal do acusado, "clara como a luz do dia" (*luce meridiana clariores*), para utilizar a expressão então corrente. Certamente, as distorções do modelo inquisitivo, com

a submissão do processado ao exame sob tortura, impedem qualquer conclusão no sentido da compatibilidade daquele sistema com a presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência tem, em sua vertente moderna, seu berço histórico na Inglaterra. A adoção desde cedo, já a partir do século XIII, naquele país do julgamento pelo Júri levou à discussão acerca da avaliação crítica das provas e dos *standards* probatórios apropriados para uma condenação criminal. Passando por diversos critérios, chegou-se ao já conhecido *standard* da "prova acima de qualquer dúvida razoável" ("*beyond any reasonable doubt*"). Sobre a evolução histórica desse *standard*, destacam-se os trabalhos de SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause*: *historical perspectives on de Anglo-American law of evidence*. Los Angeles: University of California Press, 1991, revelando a influência do pensamento filosófico moderno para a construção dele, e o de WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*: *theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008, com ênfase na origem religiosa do *standard*, especificamente na teologia cristã da dúvida.

Já em julgamentos do final do século XVIII, tal *standard* probatório pode ser encontrado em julgamentos na Inglaterra e nas então colônias norte-americanas. Nos julgamentos do Massacre de Boston de 1770, a acusação invocou a fórmula. Em 1777, o *standard* teria sido utilizado pela defesa em julgamento no Tribunal de Old Bailey, em Londres. Em julgamentos havidos entre 1783 a 1786 no mundo anglo-saxão, podem ser encontradas nas instruções dirigidas aos jurados diversas referências ao *standard*, assim como no julgamento de *Weedom* (1795), de *Glennan* (1796), no julgamento de 1798 de *Matthew Lyon* por sedição no Circuito do Distrito de Vermont e ainda no julgamento dos "Insurgentes de Northampton" perante a Corte do Circuito Federal, em 1799 a 1800, e assim cada vez mais frequentemente.

Entretanto, segundo Shapiro, o *standard* da "prova acima de qualquer dúvida razoável" não foi uniformemente aplicado no direito anglo-saxão antes do século XIX.

O princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação.

O exame histórico evidencia que o princípio da presunção da inocência está fortemente vinculado à questão probatória no processo penal. Reforça essa conexão à questão probatória a forma com a qual o referido princípio foi contemplado em diversos textos internacionais de direitos humanos, a seguir parcialmente reproduzidos.

Segundo o art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei,

em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Nos termos do art. 6º, item 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, "toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada a sua culpa segundo a lei".

Conforme estabelecido no art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

No mesmo sentido, encontra-se o art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

E, no relativamente recente Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a vinculação da presunção de inocência com a questão probatória é posta de forma ainda mais clara quando o seu art. 66, ao definir a presunção de inocência, estabelece que, "para proferir sentença condenatória, o tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".

Dos textos, também depreende-se a forte vinculação da presunção de inocência à questão probatória.

Essa exigência de prova acima de qualquer dúvida razoável para a condenação criminal é o núcleo duro do princípio da presunção de inocência e que não é passível de qualquer restrição.

O princípio da presunção de inocência, embora identificado com a questão probatória, tem também outras consequências ou reflexos dentro do processo penal. Isso não é algo surpreendente, pois, de um mesmo texto normativo, é possível extrair, por interpretação, uma gama significativa de diferentes normas e direitos.

Uma das consequências do princípio decorre da tradição que foi enunciada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especificamente em seu art. 9º:

> Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.

A presunção de inocência protege, nessa vertente, o processado de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado e sem ingressar aqui na questão da necessidade de este julgamento ser definitivo ou não.

Embora se tenha em mente usualmente a necessidade de proteção da liberdade de locomoção, é possível estender a proteção decorrente da presunção de

inocência para outros direitos, inclusive, na temática ora debatida, para os direitos políticos.

Entretanto, nessa vertente da presunção de inocência, ou seja, da vedação à restrição de direitos antes do julgamento, o princípio não tem, a meu sentir, a mesma força que a anterior, quando relacionado à questão probatória.

Com efeito, como a submissão do processado à prisão provisória antes do julgamento é medida encontrada nos mais diversos sistemas processuais modernos, e com os mais variados perfis, é necessário concluir que a presunção de inocência não é nesse âmbito absoluta, ou seja, comporta ela restrições.

Se, no próprio processo penal, onde está em jogo a liberdade de ir e vir, admite-se que sejam estabelecidas restrições ao princípio da presunção de inocência, como a imposição, antes do julgamento, de prisão provisória, não me parece, data vênia, correto concluir que, em outros ramos do direito, seria vedado em absoluto também estabelecer restrições a direitos de outra natureza antes de um julgamento.

E esta Corte, em julgamento por maioria, ao entender que o princípio da presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado da ação penal (HC 84.078, Plenário, rel. min. Eros Grau, por maioria, julgamento em 5-2-2009, *DJE* 35, de 25-2-2010), não afastou a possibilidade da prisão provisória, ou seja, de impor restrições aos direitos do processado antes do trânsito em julgado.

É também digno de nota que, apesar do precedente, tal compreensão do princípio da presunção de inocência, estendendo-a até o julgamento definitivo, não é universalmente compartilhada.

Com efeito, para ficar com dois exemplos, cada um de um lado do Atlântico, cada um de tradições jurídicas diferenciadas, mas ambos berços do princípio da presunção de inocência, não se compreende, nos Estados Unidos e na França, o princípio da presunção de inocência como vedando a imposição da prisão como regra após um primeiro julgamento, ainda que não definitivo.

Nos Estados Unidos, após o julgamento e na fase de apelo, a regra é a prisão e não a liberdade, como estabelece a Seção 3.143, *b*, do Título 18 do Código Penal Federal dos Estados Unidos:

> (b) Livramento ou detenção na pendência de apelo pelo acusado. (1) Exceto o que foi estabelecido no parágrafo (2), o juiz deve ordenar que uma pessoa, que foi reputada culpada de uma ofensa e sentenciada a um período de prisão e que interpôs uma apelação ou uma petição por um *writ of certiorari*, seja detida, a não ser que o juiz entenda: (A) por prova clara e convincente que a pessoa não irá fugir ou colocar em perigo a segurança de qualquer outra pessoa ou da comunidade se libertada na forma da seção 3142(b) ou (c) deste título; e (B) que o apelo não tem propósito protelatório e levanta uma questão de direito ou de fato substancial e que possa resultar em – (i) absolvição, (ii) uma ordem para um novo julgamento, (iii) uma sentença que não inclui um período de prisão, ou (iv) a redução da sentença para um período de prisão menor que o total de tempo já prestado além da duração esperada do apelo.

(No original, em inglês: *"(b) Release or detention pending appeal by the defendant. (1) Except as provided in paragraph (2), the judicial officer shall order that a person who has been found guilty of an offense and sentenced to a term of imprisonment, and who has filed an appeal or a petition for a writ of certiorari, be detained, unless the judicial officer finds: (A) by clear and convincing evidence that the person is not likely to flee or pose a danger to the safety of any other person or the community if released under section 3142(b) or (c) of this title; and (B) that the appeal is not for the purpose of delay and raises a substantial question of law or fact likely to result in – (i) reversal, (ii) an order for a new trial, (iii) a sentence that does not include a term of imprisonment, or (iv) a reduced sentence to a term of imprisonment less than the total of the time already served plus the expected duration of the appeal process.*")

Na França, a condenação pela *Cour d'Assises*, competente para julgar crimes em primeira instância, importa na manutenção do condenado na prisão ou em sua colocação na prisão mesmo durante a fase de apelação, salvo exceções específicas, conforme previsão do art. 367 do *Code de Procédure Pénale* francês, com a redação da Lei 2000-516, de 15-6-2000:

Se o acusado é isento de pena ou absolvido, se é condenado a uma pena outra que não a de privativa de liberdade, ou se é condenado a uma pena privativa de liberdade coberta pela prisão preventiva, ele é imediatamente colocado em liberdade se não estiver retido por outra causa. Nos outros casos, enquanto o aresto não é definitivo e, ante o caso, durante a instância de apelo, o mandado de *dépôt* [ordem judicial de prisão emitida para colocar o acusado à disposição para o julgamento] emitido contra o acusado continua a produzir seus efeitos ou a Corte entrega o mandado de *dépôt* contra o acusado, até que a duração da detenção seja aquela da pena cominada, sem prejuízo para o direito do acusado de pleitear sua colocação em liberdade conforme as disposições dos artigos 148-1 e 148-2.

(No original, em francês: "*Si l'accusé est exempté de peine ou acquitté, s'il est condamné à une peine autre qu'une peine ferme privative de liberté, ou s'il est condamné à une peine ferme privative de liberté couverte par la détention provisoire, il est mis immédiatement en liberté s'il nést retenu pour autre cause. Dans les autres cas, tant que l'arret n'est pas définitif et, le cas écheant, pendant l'instance d'appel, le mandat de épot délivre contre l'accusé continue de produire ses effets ou la cour décerne mandat de dépot délivré contre l'accusé, jusqu'à ce que la durée de détention ait atteint celle de la peine prononcée, sans préjudice pour l'accusé de son droit à demander sa mise en liberté conformément aux dispositions des articles 148-1 et 148-2.*")

Acerca do sistema francês, segundo o magistrado Christian Guéry (GUÉRY, Christian. *Détention provisoire*. Paris: Dalloz, 2001. p. 226):

O condenado por crime permanece preso (a ordem de prisão continua a produzir seus efeitos) ou é colocado na prisão (a ordem é colocada em execução), desde que ele seja condenado a uma pena de prisão não coberta pela detenção provisória. A colocação em prisão opera de pleno direito sem que a Corte tenha necessidade de precisá-la.

E afastando qualquer dúvida sobre o sistema francês, a Corte de Cassação da França já teve oportunidade de decidir pela compatibilidade do referido art. 367 com o princípio da presunção de inocência:

> *Cour d'Assises* – Prisão preventiva – Ordem de prisão – Execução – Artigo 367, alínea 2, do Código de Processo Penal com a redação da Lei de 15 de junho de 2000. Não é contrário ao princípio da presunção de inocência que, como prevê o artigo 367, alínea 2, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei de 15 de junho de 2000, a ordem de prisão seja colocada em execução ou que continue a produzir os seus efeitos até que a duração da detenção seja aquela da pena cominada enquanto o aresto não é definitivo e, ante o caso, durante a instância de apelo.
>
> (Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 20 juin 2001, 01-82.926, Bulletin criminel 2001 n. 154 p. 483. No original em francês: "*Cour d'Assizes – Détention provisoire – Ordonnance de prise de corps – Exécution – Article 367, alínea 2, du Code de procédure pénale dans as rédaction issue de la loi du 15 juin 2000. Il n'est pas contraire au principe de la présomption d'innocence que, comme le prévoit l'article 367, alínea 2, du Code de procedure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, tant que l'arret n'est pas définitif et, le cas écheant, pendant l'instance d'appel, l'ordonnance de prise de corps soit mise à exécution ou continue de produire ses effets jusqu'à ce que la durée de la détention ait atteint celle de la peine prononcée.*")

Em síntese, antes do julgamento, os sistemas norte-americano e francês são semelhantes ao nosso, respondendo o processado, em regra, em liberdade, mas, após o julgamento, mesmo de primeira instância, a prisão é imediata como regra e a manutenção do condenado em liberdade, na fase de apelo, é a exceção.

Os exemplos refletem o entendimento de que, após um julgamento, que foi precedido pelo debate das provas e pelo conhecimento exauriente delas por um juiz imparcial, a presunção de inocência não pode ter a mesma força do que antes. O princípio da presunção de inocência, apesar de cardeal no processo penal, não pode ser compreendido como um véu que cobre a realidade e imobiliza a ação humana.

Peço escusas por essas digressões sobre o princípio da presunção de inocência, mas são elas necessárias para estabelecer as premissas que igualmente norteiam o meu voto no presente caso: **i)** o princípio da presunção de inocência está relacionado com a questão probatória, **ii)** o princípio da presunção de inocência também impede a imposição de restrições aos direitos do processado antes de um julgamento, mas não tem nessa vertente caráter absoluto, sendo elas admitidas desde que necessárias, **iii)** o princípio da presunção de inocência não é universalmente compreendido como perdurando até o trânsito em julgado, antes, na tradição de países que constituem o seu próprio berço histórico, perde força após um primeiro julgamento, ainda que não definitivo e **iv)** o princípio da presunção de inocência é pertinente ao processo penal.

Apresentadas tais premissas, repiso minha compreensão de que o princípio constitucional em apreço irradia seus efeitos para outros ramos do direito, como amplamente reconhecido por esta Corte no julgamento da ADPF 144 (rel. min.

Celso Mello, por maioria, julgamento em 6-8-2008, *DJE* 35, de 26-2-2010), dentre os quais o eleitoral, comportando, porém, restrições.

Voltando à questão das inelegibilidades, constata-se que a sua imposição não tem qualquer relação com a questão probatória. Tem, porém, relação com a imposição de restrições ao direito do acusado ou, mais propriamente, do processado, já que as inelegibilidades podem também decorrer de julgamentos cíveis ou administrativos, antes do final do processo, ou seja, antes do trânsito em julgado.

A imposição de tais restrições não é, em si, incompatível com o princípio da presunção de inocência, já que, como visto, elas são admissíveis mesmo no processo penal.

Outro aspecto que chama a atenção é que as inelegibilidades decorrem de um julgamento por um órgão colegiado, por exemplo, de uma condenação criminal ou de uma condenação por improbidade administrativa proferidas por um órgão colegiado, o que ocorrerá, em geral, no processo civil ou penal, no julgamento de uma apelação.

Não se quer aqui desmerecer o julgador monocrático, mas, como bem pontuado pelo eminente relator, o julgamento colegiado oferece maior segurança quanto à correção da decisão.

Mesmo colegiados podem errar, mas percebe-se que o legislador teve a cautela de prever um mecanismo capaz de reparar alguma pontual injustiça. O art. 26-C da LC 64/1990 prevê a possibilidade de o órgão recursal suspender, em juízo cautelar, a inelegibilidade desde que presente a plausibilidade da pretensão.

Com base em tais fundamentos, na seara eleitoral, precisamente no campo das inelegibilidades, cujos princípios constitucionais prevalentes informam – antes do individual e do privado –, a proteção do público e da coletividade – em última análise do próprio Estado Democrático de Direito –, reputo não afrontar o princípio da não culpabilidade a dispensa do trânsito em julgado na hipótese de haver condenação colegiada, consabido que os recursos das decisões em segundo grau não comportam, como regra, efeito suspensivo, e que às instâncias extraordinárias é vedado revolver fatos e provas (o que faz com que os elementos fáticos, na hipótese de condenação em colegiado, desabonadores da conduta, cristalizem-se no processo), que se alinha, na busca da maximização dos direitos fundamentais – dos direitos políticos –, aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, assim como ao da soberania, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Nos dizeres do eminente ministro Ayres Britto, ao julgamento da ADPF 144/DF, "não absolutizo – permitam-me assim falar – a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que se lê no inciso LVII do art. 5º da Constituição, isso porque não identifico de todo a esfera penal e a esfera eleitoral. Vale dizer, não identifico a individualidade e a representatividade política. Faço uma separação, não radical, mas entendo que

são setores diferenciados da Constituição e que reclamam, de nossa parte, equacionamento jurídico também distinto".

À luz desses princípios constitucionais, bem como dos valores que o legislador constitucional apontou merecedores de destaque na proteção e legitimidade do sistema eleitoral, bem como ao exercício da vida pública, não me permito abraçar de forma rígida a construção – que merece todo resguardo no âmbito do direito penal – de que não se pode reputar verificada a hipótese de inelegibilidade sem que a decisão condenatória, prolatada em órgão colegiado, transite em julgado.

O homem público, ou que pretende ser público, não se encontra no mesmo patamar de obrigações que o cidadão comum. No trato da coisa pública o representante do povo, o detentor de mandato eletivo – e todos os agentes políticos – estão adstritos à moralidade, probidade, honestidade e boa-fé, exigências do ordenamento jurídico, as quais compõem um mínimo ético, condensado pela Lei da Ficha Limpa, através das hipóteses concretas e objetivas de inelegibilidade.

Constato que o legislador ordinário, no exercício de acomodar e cristalizar as múltiplas razões, os vários interesses, que se apresentam no processo de elaboração da norma jurídica, atividade que é própria do Poder Legislativo, no que diz com a Lei da Ficha Limpa, além de não adotar a posição mais extrema, contida no projeto originário (Proposta 168/1993), zelou por assegurar o devido processo legal e a ampla defesa, de resto consagrados no art. 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição da República, emprestando as hipóteses de inelegibilidade apenas aos crimes dolosos de maior reprovabilidade, excluídos os de menor potencial ofensivo, em conformidade com o princípio da razoabilidade. Nesse sentido, basta retomar a leitura dos preceitos da LC 135/2010, objeto desta ação declaratória de constitucionalidade, que elencam crimes, entre os quais destaco os praticados contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público, o sistema financeiro, o meio ambiente e a saúde pública, além dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, de tráfico de entorpecentes, de racismo, de tortura, de terrorismo, hediondos, de redução à condição análoga à de escravo, contra a vida e, ainda, os crimes praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

Verificadas tais hipóteses, em havendo condenação colegiada, nos termos em que exige a Lei da Ficha Limpa, mostra-se de todo razoável a restrição da capacidade eleitoral passiva do candidato, porque preenchida a condição negativa de elegibilidade, critério objetivo e geral fixado na lei complementar.

> É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia.
> (BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho publico*: *derecho administrativo*, 1950, T I, p. 485. SILVA, Fernando Neves da. A interpretação da inelegibilidade constitucional, em Direito constitucional contemporâneo. *Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte – 2005, p. 156.)

Nesse sentir, reputo que a lei complementar, precisamente os dispositivos submetidos ao crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade, ostentam o beneplácito da adequação, necessidade e razoabilidade, merecedoras as hipóteses de inelegibilidade em apreço da chancela da "legitimidade constitucional", nas palavras de Ingo Sarlet:

> (...) na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da **proporcionalidade** (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da **adequação** ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s); b) a **necessidade** ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade (tal como prefere Gomes Canotilho); e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido chamado de **razoabilidade** (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional.
>
> (SARLET, Ingo Wolfgang. Doutrinas essenciais. Direitos humanos, volume II, direitos civis e políticos. *Revista dos Tribunais – 100 anos*, 2011. p. 591 – Destaquei.)

Não há igualmente vulneração do art. 15 da Constituição Federal, que veda a cassação de direitos políticos salvo nas hipóteses ali elencadas, entre elas a condenação criminal transitada em julgado. A LC 135/2010 tem por fundamento de validade outra norma constitucional, a do referido § 9º do art. 14. É evidente que, com tal comando constitucional, não se pretendia a edição de lei que apenas reproduzisse, tautologicamente, o conteúdo do art. 15.

Se assim fosse interpretado, o § 9º seria absolutamente inútil, contrariando importante princípio hermenêutico. Afinal, "as expressões do direito", nas palavras do célebre ministro Carlos Maximiliano, "interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 250).

Ademais, é evidente que o art. 15 da Constituição Federal buscou vedar cassações ou suspensões de direitos políticos casuísticas e arbitrárias ou decorrentes de processos por crimes políticos, à semelhança daquelas, de triste memória, ocorridas durante o regime militar. Não é possível igualar aqueles atos ditatoriais com as hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela LC 135/2010.

Não se está aqui impondo restrições em decorrência da prática de crimes políticos ou a adversários políticos.

Por igual ótica, reputo que a ampliação dos prazos de inelegibilidade, nos moldes da autorização dada pelo legislador constituinte revisional (Art. 14, § 9º – "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta"), se operou em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico constitucional.

Somadas a tais razões a compreensão, reitero, de que inelegibilidade não se traduz em sanção penal, com a devida vênia, **divirjo** do voto do eminente relator, ministro Luiz Fux, no específico ponto em que declara "parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, I, *e* e *l*, da LC 64/1990, com redação conferida pela LC 135/2010, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de oito anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado".

A imposição da inelegibilidade desde a condenação pelo colegiado, passando pelo trânsito em julgado, e até por oito anos após o cumprimento da pena, constitui um prazo dilatado, mas que se encontra dentro do âmbito da liberdade de conformação do legislador. Pode o condenado, diante de uma condenação por órgão colegiado, realizar as suas escolhas, deixando o trânsito em julgado ocorrer, ou recorrendo até quando for possível, às vezes com certo abuso do direito de recorrer. A lei trata igual o condenado segundo as opções que realizar. São escolhas difíceis, é certo, já que quem cumprir mais cedo a pena terá restaurada mais precocemente a sua elegibilidade. Contudo, foi o próprio interessado, com sua conduta anterior, se colocou nessa posição de realizar escolhas difíceis.

Quanto à alínea *m*, cuja redação restou incluída pela LC 135/2010, versando sobre a exclusão "do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional", não vislumbro a inconstitucionalidade ventilada na ADI 4.578, devidamente autorizado o legislador originário pelo constituinte revisional, nos termos do § 9º do art. 14 da Carta da República, a criar outros casos de inelegibilidade, fundamento pelo qual acompanho o eminente ministro relator, louvando-me do proficiente voto-vista do Excelentíssimo Senhor ministro Joaquim Barbosa, na parte em que assevera que "a condenação por infração ético-profissional macula a vida pregressa do candidato a cargo eletivo, demonstrando a sua inaptidão para interferência na gestão da coisa pública".

Acompanho, igualmente, o entendimento do eminente relator pela constitucionalidade da hipótese vertida na alínea *k*, que versa sobre a inelegibilidade configurada pela renúncia ao mandato "(...) 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 (...)".

A renúncia pelo agente político, antes ou após a instauração de processo que pode resultar na cassação do mandato e na perda dos direitos políticos, é expediente utilizado para evitar a imposição da sanção quando o agente realiza um prognóstico desfavorável quanto ao seu resultado.

De certa forma, representa uma tentativa de burla ao processo e à lei. Esta Corte tem assistido à utilização pontual de expediente similar por detentores de foro por prerrogativa de função que respondem à ação penal de competência originária. Conduta da espécie merece juízo de desvalor e impor a inelegibilidade como consequência encontra-se dentro da liberdade de conformação do legislador na concretização da norma do § 9º do art. 14. De certa forma, trata-se da aplicação do antigo princípio de direito de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza.

O momento temporal escolhido pelo legislador para a caracterização da inelegibilidade, "desde o oferecimento da representação ou de petição capaz de autorizar a abertura do processo", pode talvez não ter sido o melhor e nesse aspecto a posição original do eminente ministro Luiz Fux, ao pontuar que seria mais apropriado que inelegibilidade decorresse da renúncia após a instauração do processo, não merece qualquer censura. Entretanto, não vislumbro na opção do legislador uma afronta a qualquer norma constitucional, encontrando-se no âmbito das alternativas válidas à disposição do legislador.

Não compreendo que o princípio da proporcionalidade seja suficiente para censurar essa escolha. O agente político diante de uma representação temerária não irá renunciar, enquanto que aquele que renunciar, qualquer que seja o momento desse ato, busca burlar a lei e o processo, sendo sua conduta reprovável em qualquer momento do tempo.

Referida hipótese de inelegibilidade, portanto, conforma-se ao comando do legislador constituinte, inserto no § 9º do art. 14, no sentido de se sopesar a vida pregressa do candidato.

Tal comando constitucional ganha especial relevância no aspecto, porquanto não se pode alcançar o intento constitucional da probidade administrativa e da moralidade para exercício do mandato, franqueando-se ao ex-agente político, que já detinha mandato eletivo e dele renunciou, em evidente desrespeito às expectativas depositadas por seus representados, acesso a um novo mandato, no prazo de inelegibilidade previsto na lei complementar. É que o homem público, representante eleito pelo povo, que prefere renunciar a se defender, a lutar pela manutenção do mandato que lhe foi conferido, furtando-se a prestar os mínimos e necessários esclarecimentos à sociedade, aos seus eleitores, para não se ver processar por infração "a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município", revela intransponível discordância entre a razão de ser do mandato eletivo, que se volta ao coletivo, à representação dos anseios da sociedade, à consolidação do regime democrático, e os reais propósitos do mandatário.

Constitucionais as hipóteses e prazos de inelegibilidade versados no art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*, da Lei da Ficha Limpa, ao encerramento do exame, imperioso verificar se referidas hipóteses e prazos alcançam atos e fatos ocorridos em momento anterior à edição da lei complementar.

Já decorrido "um ano da data de sua vigência", em respeito ao princípio da anterioridade eleitoral de que trata o art. 16, *caput*, da Carta Política, a incidência futura dos preceitos normativos acima (a aplicação das inelegibilidades e respectivos prazos previstos na LC 64/1990, com a redação emprestada pela LC 135/2010), a atos e fatos pretéritos não afronta direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição da República), nem configura retroação da norma.

Assim, porque, enquanto condição negativa de elegibilidade, de caráter objetivo e geral, a subsunção do fato à norma somente se opera a partir do momento em que o candidato pleiteia o seu registro. Logo, não há falar em incorporação das anteriores regras (hipóteses de inelegibilidade e prazos) ao patrimônio jurídico do candidato, que deverá, em pretendendo disputar eleições futuras, aderir ao estatuto eleitoral à época vigente e aplicável, nos termos do art. 16 da Carta Política.

Não há, a meu juízo, vedação absoluta à edição de leis com efeitos retroativos em nossa Constituição, devendo-se examinar apenas se há ou não violação dos arts. 5º, XXXVI e XL, e 16 da Carta Magna.

A inelegibilidade não é sanção que está sendo aplicada retroativamente a fatos pretéritos. Vale para eleições futuras. A elegibilidade é condição que deve ser verificada por ocasião do pleito eleitoral.

Penso que não há, nesse contexto, direito adquirido à elegibilidade e que as hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela LC 135/2010 não estão sendo aplicadas retroativamente às eleições pretéritas.

A título argumentativo, cogite-se hipoteticamente a edição de emenda constitucional que elevasse a idade mínima de 21 anos para 25 anos como condição de elegibilidade para deputado federal (art. 14, § 3º, VI, *c*, da Constituição Federal). Alteração da espécie entraria em vigor na data de sua publicação e, respeitado o princípio da anterioridade eleitoral, seria aplicável de imediato às próximas eleições. Aquelas pessoas que, na data da emenda, tivessem mais de 21 anos, mas menos de 25 até as eleições, não poderiam invocar direito adquirido frente à alteração normativa. Com as devidas adaptações, o mesmo entendimento é apropriado no presente caso.

A censura a leis retroativas é uma das conquistas do Estado de Direito e busca impedir ou dificultar a edição de leis arbitrárias ou casuísticas, fortalecendo a previsibilidade da lei e ainda o caráter geral e igual desta. Não consigo identificar na LC 135/2010 qualquer conteúdo afrontoso a esses objetivos. As inelegibilidades tem caráter geral e aplicam-se a todos e para o futuro, apenas paras as próximas eleições.

Consagrando, por seu turno, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010), em seu art. 6º, § 2º, que "consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem", ratifica-se o entendimento de que refoge ao âmbito do direito adquirido a questão, uma vez que somente poderá ser exercido o direito a ser votado, o *ius honorum*, no ano eleitoral, cumpridas as exigências legais, dentre elas o encaminhamento, à Justiça Eleitoral, pelo partido político ao qual filiado o candidato, após as convenções partidárias, do pedido de registro da candidatura.

Inocorrente, nesse contexto, impedimento constitucional a que as hipóteses de inelegibilidade alcancem atos e fatos pretéritos, não havendo cogitar, ainda, de retroação da norma, na linha do decidido pelo eminente ministro relator, ao defender que, "ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte".

Nesses termos, julgo **procedente** a ADC 29, do Distrito Federal.

É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Ministra Rosa Weber, me permite? Então, um eventual recurso à instância superior seria uma pena para ele. Vossa Excelência desenvolve o raciocínio de que ele pode optar por não recorrer mais e deixar transitar em julgado e já passar a cumprir os oito anos desde a decisão colegiada.

A sra. ministra Rosa Weber: Sim, na verdade, se me permite, ministro Dias Toffoli, entendo eu que nós não podemos atribuir à demora no julgamento dos feitos pelo Judiciário – perfeitamente compreensível, explicável, em função da pletora dos processos – o vício de inconstitucionalidade, que ela seja causa suficiente para provocar a inconstitucionalidade da lei. Agora, de fato, não se trata de uma pena, mas fiz o registro de que, em se tratando de recursos pelo órgão colegiado, está condicionado não ao trânsito em julgado, mas ao órgão colegiado. Aí já houve a prova; a prova foi toda colhida, foi toda valorada, avaliada; e, no mínimo, estamos no segundo grau.

O sr. ministro Dias Toffoli: Vossa Excelência afasta o posicionamento do ministro Luiz Fux, que acho que está contido no meu voto, na medida em que o meu voto exige o próprio trânsito em julgado. É evidente que, se essa minha posição divergente ficar vencida – a qual eu imagino que contém o posicionamento do ministro Luiz Fux –, ficaria como um voto médio, na medida em que Vossa Excelência acompanha neste ponto o ministro Joaquim Barbosa, que divergiu no particular do eminente relator.

O que me causa espécie é essa ideia de que o recurso é uma opção. Então, o sistema permite o recurso, mas, se ele quer já começar a contar os oito anos, ele que não recorra. Realmente, isso me causa espécie. Só para registro.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Esse é um dado preocupante. O segundo dado é que – seja sanção, seja restrição de direito –, num sistema de direitos fundamentais, não se admite liberdade de conformação do legislador, senão isso significaria poder nulificar os direitos fundamentais. Significa dizer que o legislador pode fazer tudo com os direitos fundamentais. Quer dizer: poder impor uma pena – chame-se do que quiser – que tenha extensão de quarenta anos, de trinta anos, porque essa fórmula vai permitir isso; isso é uma cassação de direitos, que leva à supressão de direitos. Se há uma coisa que a Constituição diz é que os próprios limites têm que ser limitados.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Objetivo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O limite dos limites. Então me parece que essa liberdade de conformação não existe num sistema de direitos fundamentais imperativos. Essa é a questão. Quer dizer, chamemos do que quiser. Claro que está acoplada a uma pena.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Foi exatamente por essa razão que eu empreendi o que seria semelhante ao instituto da detração, senão isso pode levar, na prática, a um lapso temporal que vai à cassação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Indefinido, não isonômico.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vitalícia.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não precisa nem dizer, o que importa não é o *nomem juris*.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, porque a Constituição não permite pena perpétua, nem restrição perpétua.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nesse caso nós teríamos uma consequência perpétua.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Tendo trabalhado muito tempo com processo legislativo, com trabalho legislativo e questões legislativas, e tendo vivenciado essa realidade; vejo que essa redação foi extremamente maquiavélica, para permitir esse resultado. Desde o segundo grau – vamos admitir, na melhor das hipóteses, se a gente não admitiu o Júri –, o sujeito começa a recorrer, e ele já está em condição de inelegibilidade; vem a condenação, seja na ação de improbidade, seja no processo criminal, portanto ali se impõe uma pena: suspensão dos direitos políticos, dez anos; e depois do trânsito em julgado – o ministro Fux chamou

a atenção para isso – e do cumprimento da pena é que começa a contar esse segundo. Faltou "espírito santo" jurídico para nos valermos da presença dos prelados aqui, aos que fizeram essa lei. É um somatório que, dependendo do exercício, pode chegar a cinquenta anos. Aos militares não ocorreu fazer uma lei desta.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, Vossa Excelência me permite um adendo? Esse raciocínio transforma uma garantia constitucional primária da área processual, que é o direito a recurso, num empecilho jurídico, num agravamento da pena, num agravamento da sanção. Isto é, aquilo que o sistema concebe como garantia do cidadão se transforma em causa de exacerbação de restrição de direitos.

O sr. ministro Dias Toffoli: O devido processo legal passa a ser um peso para o próprio Judiciário.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Não é mais garantia, é um perigo para o cidadão. Recorrer é um perigo para o cidadão, porque, se recorre, corre o risco de sofrer uma sanção perpétua.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Por via indireta nega o acesso à Justiça, não resiste ao princípio da proporcionalidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Por que a Constituição repudia as penas perpétuas? Porque o sistema não permite a supressão dos direitos; tem que se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: E não há carta branca em matéria de direitos fundamentais; direitos políticos, nós já dissemos, são direitos fundamentais.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele é muito mais amplo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: E veja um outro aspecto. Eu entendo e acho que é justo que se discuta essa questão do trânsito em julgado tendo em vista a demora, que é histórica entre nós. Agora, algumas coisas dependem de mudanças, às vezes até simples, presidente. Veja, por exemplo, o resultado obtido por esta Corte com o núcleo do processo penal, que, com a inserção ou inclusão de um juiz auditor, de um juiz instrutor, melhorou significativamente o processo criminal nesta Corte. Passamos a ter condições de julgar, de findar o processo; nós não concluíamos nenhum julgamento tendo em vista as oscilações de mandato, e havia toda uma reclamação em torno desse assunto. Havendo uma política para o processo criminal, nós podemos mudar esse quadro. Nós vimos isso já em várias matérias; é preciso que haja medidas de gestão.

É possível que, deixando-se esse sistema como está, possivelmente não vai valer sequer a exigência de segundo grau. Daqui a pouco nós vamos ser atraídos – como já foi proposto – para pedir que basta a sentença, o recebimento da denúncia ou um simples inquérito. Por que não? Se a lei complementar pode

fazer tudo, por que não? Qual é o parâmetro? Quem vai poder dizer que essa lei é inconstitucional? Esse é o problema.

O sr. ministro Dias Toffoli: Qual é o limite da flexibilização?

O sr. ministro Gilmar Mendes: A liberdade de conformação do legislador está dizendo que não tem parâmetro aqui. E há.

O sr. ministro Dias Toffoli: Com a devida vênia da eminente ministra Rosa Weber, e, também, anteriormente, do ministro Joaquim, que votaram no sentido de placitar por completo a lei, inclusive no que diz respeito a esse prazo, contado a partir da decisão do órgão colegiado. O que ocorre se nós conjugarmos esse dispositivo, ministro Celso, ministra Cármen, com leis que dão preferência para julgamento para as pessoas idosas? Por exemplo, em um mesmo dia, um tribunal local julga, por abuso de poder político, dois opositores e condena os dois, sendo que um, no dia seguinte, perfaz a idade para ter preferência e o outro, não. Então, chegando a causa ao tribunal, um, pelo complemento da idade, terá preferência de ordem legal no seu julgamento, ou seja, o seu processo deverá ser julgado mais rápido do que o daquele outro que está na mesma situação jurídica dele, mas com menor idade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas está certo, ele tem preferência. Ele vai cumprir uma pena menor porque é mais velho.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Peluso, se Vossa Excelência me permite, apenas porque já faz um certo tempo que eu tive oportunidade de externar o meu ponto de vista; são dois parágrafos.

Naquela oportunidade, sobre essa questão, aduzindo ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, eu fiz ver o seguinte:

A extensão da inelegibilidade, para além da duração dos efeitos da condenação criminal, efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas, essa extensão pode ser excessiva. Em alguns casos concretos, nos quais os indivíduos sejam condenados, por exemplo, à pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se em tese por mais de quarenta anos, como disse o ministro Gilmar Mendes, o que certamente poderia equiparar-se, para efeitos práticos, à cassação de direitos políticos, vedado expressamente pelo art. 15 da Constituição da República.

Então, a disciplina legal de antecipar a inelegibilidade para um momento anterior ao trânsito em julgado torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada "detração".

Aqui, então, faço uma digressão sobre o teste da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação e cheguei à conclusão de que era necessário dar essa interpretação conforme.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos ouvir a conclusão do voto da ilustre ministra.

A sra. ministra Rosa Weber: Senhor presidente, como comecei, tenho o maior respeito pelas compreensões em contrário. A minha é a que afirmei. Se fui mal entendida, retifico, peço escusas por não ter sido suficientemente clara. Em absoluto penso que se possa dar ao legislador uma liberdade absoluta que afronte a Constituição. Para isso existe o Supremo Tribunal Federal, e todos nós aqui como guardiões da Constituição. Em absoluto não pretendi fazer essa afirmação.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É bom que se diga mesmo de forma muito clara.

A sra. ministra Rosa Weber: E é muito bom que se diga e que se frise, e muito menos, ou também não, às leis de iniciativa popular. Na minha compreensão, com o maior respeito – talvez quem sabe até um dia evolua –, não consigo compreender como o fato de uma demora do Judiciário, uma demora, um tempo (e o tempo não para – lembrou Cazuza hoje aqui o ministro Toffoli) decorrido entre o julgamento pelo Colegiado e o trânsito em julgado, possa inferir afronta a texto constitucional, aferição esta em abstrato. Pode ser até que num caso concreto se configure uma situação teratológica.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra, Vossa Excelência me permite só uma ponderação: nós temos um caso, esse é típico, de uma restrição de pena não prefixada; flexível. Não se sabe quando termina.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Porque dependerá do trânsito em julgado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós cogitávamos, nessa linha que a ministra Rosa Weber estava falando, quando estudamos o assunto, exatamente de examinar caso por caso. Essa eventual inconstitucionalidade será apurada no exame do caso concreto, não em abstrato.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se a norma é a mesma, ela não pode ser constitucional num caso e inconstitucional no outro.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não pode um legislador ter escrito oito anos, que podem se converter em dezesseis pela duração do processo!

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos, então, ouvir a conclusão do voto da eminente ministra.

DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência me permite uma observação?

Eu ouvi, de longe, o voto do ministro Dias Toffoli sobre esse ponto e já queria adiantar uma reflexão. A mim me parece extremamente extravagante essa opção legislativa. Por quê? Porque confere a uma entidade de caráter corporativo o poder de dispor sobre inelegibilidade; seja a OAB, seja o CREA, seja qualquer entidade, porque, eventualmente, por não pagamento de mensalidades, vai ocasionar a inelegibilidade, quando o sistema constitucional todo faz isso depender de uma reserva de jurisdição, seja ela a condenação criminal, seja ela uma decisão de caráter judicial.

Agora, aqui, dá-se a um órgão corporativo uma exclusão ético-profissional.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Inassiduidade habitual.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: E nem é preciso avançar. Nós sabemos bem – os jornais, inclusive, estampam – que muitas vezes essas corporações estão possuídas por conflitos, legítimos até, no âmbito da sociedade, mas estão partidarizadas. Processos são instaurados contra inimigos, adversários dentro da associação, dentro da corporação.

Certamente ministra Cármen Lúcia sabe disso, na Ordem dos Advogados do Brasil. Eu mesmo, advogado-geral da União, sofri um processo porque o presidente da Ordem dos Advogados queria processar o advogado-geral da União.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não sei, não, ministro. Nunca fui de comissão de ética de lá.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quer dizer, atribuir a esse tipo de espírito o poder de tornar inelegível é ir longe demais. Esse é um caso claro de excesso de poder legislativo. E, caso se legitime isso, por que não dar também para as associações, daqui a pouco? Por que não dar? Veja a que ponto nós estamos chegando. Se há um caso em que é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é este: conferir a entidades com perfil quase sindical, muitas vezes propriamente sindical, o poder de decretar a inexigibilidade de alguém é algo muito exagerado.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, perdão. Aqui, eu leio do dispositivo correspondente:

> Art. 1º São inelegíveis:
> (...)
> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

Então, imaginemos um médico, um dentista ou um advogado que foi excluído por sua corporação depois do devido processo legal, que é exigido pela Constituição, e do contraditório. Se isso não for assim, ele recorrerá ao Judiciário.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A falta de pagamento de uma entidade, ministro Lewandowski.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Isso não. Infração ético-profissional.

Então, alguém que não pode permanecer nos quadros da OAB porque eticamente não corresponde aos padrões da corporação pode ser elegível? É isso que quis o legislador complementar. Não se trata aqui de não pagamento de mensalidade. É uma infração gravíssima, e nós temos que pressupor que a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Federal de Engenharia, e assim por diante, são órgãos compostos por pessoas probas.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E não excluem, não é, ministro, facilmente? A gente não tem notícia de exclusão, a três por quatro, de ninguém. Bem ao contrário.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Dificilmente nós temos notícia.

Então, o que a Constituição prevê é que nestes casos, quando alguém é excluído por uma infração ético-profissional, o que é importante é que seja seguido o devido processo legal, que tenha havido o contraditório e que tenha sido acompanhado por um advogado.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu vou ler o parecer do relator, o atual ministro da Justiça, Eduardo Cardozo, lá na Câmara dos Deputados, quando da discussão desse impedimento por decisão do exercício da profissão, por decisão de Conselho Federal:

> No que toca à inexigibilidade decorrente do impedimento do exercício de profissão, especificamos que a decisão do órgão profissional competente que a ensejará deverá ter propiciado a exclusão do exercício profissional, com caráter sancionatório, em decorrência de infração ético-profissional. A nova redação impede a punição de profissionais que tenham seu registro suspenso por atos que não constituam faltas éticas, tais como o não pagamento de taxas ou similares.

Ou seja, esse tema foi enfrentado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Isso delegou para a instituição. Nós não temos sequer um tipo penal-administrativo aqui. Delegou-se para as próprias corporações a possibilidade de, por resoluções, estabelecer isso.

Data vênia, isso é um absurdo. É um absurdo que se nulifique a cidadania, entregando – e vamos pensar em Teoria dos Jogos – a arma a quem? Esses órgãos são de perfil oligárquico em geral. Em geral, eles são de perfil oligárquico. Grupos que dominam esses órgãos anos a fio. Veja a arma que se dá para o grupo que domina a instituição, seja OAB, seja Crea, seja CRM, seja lá o que for. Agora, permitir que a cidadania seja nulificada por uma ação de grupo corporativo? Isso é um absurdo!

O sr. ministro Ayres Britto: Mas a lei contém um anteparo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Isso é um absurdo. Brada aos céus isso.

O sr. ministro Ayres Britto: A lei contém um anteparo. Diz "salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário".

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ah, bom! Até aí faltava dizer que o Judiciário não poderia intervir nas instituições!

O sr. ministro Ayres Britto: A última palavra é do Judiciário.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Claro! Veja a que pontos chegamos. Isso é quase que entregar muitas vezes – vamos buscar conhecimento prático – a sindicatos esse tipo de decisão.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, mas conselhos federais não são sindicatos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Aqui não se fala de sindicatos. Não estamos diante de sindicatos.

O sr. ministro Ayres Britto: São autarquias especiais.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência já concluiu o seu voto?

A sra. ministra Rosa Weber: Vossa Excelência me concede a palavra para que eu possa concluí-lo?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por favor. Claro.

VOTO
(Antecipação)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, eu estou acompanhando o ministro relator, mas dou provimento às ações declaratórias e julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Eu gostaria de fazer algumas observações além daquelas enfatizadas pelo ministro relator.

Como eu disse, eu já votei sobre todos os itens específicos dessa lei em mais de duas dezenas de ações, no Tribunal Superior Eleitoral e aqui, e queria fazer as seguintes observações.

Primeiro, que a minha interpretação, como a da ministra Rosa, que acaba de dar um brilhantíssimo voto, como todos os que me antecederam, parte de uma compreensão que cada um tem das normas constitucionais e da interpretação que a elas dá, e por isso somos um colegiado.

Se a Constituição estatui um sistema democrático representativo, como acaba de realçar a ministra Rosa, e se a democracia representativa demanda uma representação ética, como é óbvio – se ela não for ética não seria legítima –, há de se interpretar, a meu ver, exatamente com base nos princípios afirmados expressamente na Constituição.

Os itens que foram enfatizados para a solução de cada qual dos pontos é basicamente em que consistiria a vida pregressa do candidato, que, para alguns, seria só daqui pra frente ou daqui pra frente a partir da norma. Na verdade, eu tenho pra mim que o que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história, como a ministra acaba de reafirmar e o ministro Fux já tinha dito. Quer dizer, o ser humano se apresenta inteiro quando ele se propõe a ser o representante dos cidadãos, pelo que a vida pregressa compõe a *persona* que se oferece ao eleitor, e o seu conhecimento há de ser de interesse público, para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão, que a Constituição diz, moral e proba, para representar quem quer que seja.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência permite só uma achega, rapidamente?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Por favor, permito todas.

O sr. ministro Ayres Britto: Vida pregressa é vida biográfica, é histórico de vida, é todo um passado, toda uma biografia de vida.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim, tenho para mim exatamente que não dá para apagar o que se fez e se faz; a vida não se passa a limpo a cada dia, a vida é tudo que a gente faz todos os dias. E, no caso, o direito traça, marca e corta qual é a etapa e os dados dessa vida passada que precisam de ser levados em consideração.

Por isso, não vejo aqui não apenas inconstitucionalidade, como eu vejo a pregação e a reafirmação de cada qual dos princípios constitucionais.

Quanto à questão que tanto tem gerado questionamentos, sobre se teria havido, de alguma forma, afronta ou lesão à presunção do que alguns chamam de inocência – e já fiz referência aqui, presidente –, isso foi discutido na Constituinte, 1987/198, e se chegou à conclusão de que, pelo sistema administrativo, o Brasil iria adotar o princípio da não culpabilidade penal, concluo no sentido negativo, quer dizer, para mim a lei questionada não contraria princípios constitucionais. É a Constituição taxativa ao estatuir que ninguém será considerado culpado até a decisão penal condenatória. Estamos em sede de direito eleitoral, por isso quando a primeira consulta foi decidida sobre esta norma especificamente, no Tribunal Superior Eleitoral, a Consulta 1.120, há uma passagem que eu gostaria de lembrar, do ministro Hamilton Carvalhido, que afirmou, então, o que me pareceu extremamente claro:

> A garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do art. 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade [rigorosamente nos termos da Constituição] em obséquio da probidade administrativa para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato.
>
> A regra (...) visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente (...), por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade [penal], impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.

Afirmou naquela ocasião, com anuência da maioria dos ministros do Tribunal Eleitoral:

> Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar n. 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade.

Por isso considerei, em todos os casos de que participei como juíza, que o argumento central contrário à norma partiria, a meu ver e com todas as vênias, de uma premissa que não é à que dou adesão, no sentido de que a incidência dessa inelegibilidade importaria em apenação da pessoa, ou seja, suspensão de direito ou restrição a direitos.

Tanto a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto a deste Supremo assentou o sentido do instituto jurídico político da inelegibilidade, salvo naqueles casos de cominação realmente concebidos como a restrição ao direito político do cidadão, e, por isso, não se confundindo sequer com condições de elegibilidade, ultrapassando-se a estrita concepção de titularidade dos direitos políticos e funcionando como mecanismo de tutela da coletividade e, ao final, da própria pessoa político-estatal.

Estou citando essa jurisprudência, transcrevendo, e também me referindo à questão aqui alegada da quebra do princípio da isonomia em alguma condições, porque teria sido criada alguma forma de desigualação, quando, ao contrário, acho que esta lei veio igualar aqueles que apresentam à sociedade condições ético-morais objetivamente comprovadas em situação de diversidade. A lei arrola as diferenças de tratamento para identificar aqueles que estiverem em cada qual das situações.

Ao final, senhor presidente, quando se tratou da questão da razoabilidade, não da proporcionalidade, a meu ver, continuo entendendo que esta lei, tal como afirmado pelo ministro relator – como eu disse, cujo voto acompanho, mas em maior extensão considerando-a constitucional plenamente –, é exatamente no sentido de dar cumprimento à Constituição, segundo o que foi estabelecido pelo legislador.

Quanto à ressalva feita ao ponto da restrição à alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 135, considero-a perfeitamente consonante, harmoniosa com a Constituição, razão pela qual também julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e procedentes as ADC 29 e 30.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Nestas ações votadas em conjunto, põe-se em questão a validade constitucional de normas contidas na LC 135, de 4-6-2010, que alterou a LC 64, de 18-5-1990, documento que, editado nos termos do art. 14, § 9º, da Constituição brasileira, estabelece hipóteses de inelegibilidade.

O Partido Popular Socialista pede seja declarada a validade constitucional das normas questionadas antes dos atos e fatos subsumidos às situações prescritas, invocando para tanto o § 9º do art. 14 da Constituição brasileira:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994.)

Ponto nuclear das indagações expressa-se pela referência constitucional à vida pregressa do candidato, que, nos termos postos nas petições das ações agora julgadas, autorizaria a previsão do legislador complementar a garantir a sua validade.

Como inelegibilidade não pode ser considerada pena, não se estaria diante de situações permissivas da aplicação de regra vedada constitucionalmente, qual seja, a da irretroatividade da lei no tempo.

2. A Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu Conselho Federal, também ajuíza ação declaratória, buscando ter o reconhecimento de validade das normas da LC 135/2010, secundando o quanto argumentado pelo partido autor da outra ação.

3. O ministro relator votou pela procedência parcial das ações declaratórias, apenas para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990, com a alteração promovida pela LC 135/2010, interpretando-se a norma em conformidade com a Constituição, admitindo-se a subtração do prazo de oito anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

Julgou, ainda, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

4. Dos três pontos fundamentais a serem resolvidos no presente julgamento, comuns a todas as ações, enfatizo: a) se as inelegibilidades introduzidas pela Emenda Constitucional 135/2010 alcançariam fatos ocorridos antes do início de sua vigência; b) se seria constitucional a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *m*, da LC 135/2010; c) a constitucionalidade de todas as situações previstas de inelegibilidades, que o ministro relator dividiu em quatro grupos.

5. Sobre a aplicação da norma a fatos pretéritos há de se enfatizar que o que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história e é este ser inteiro que se propõe a ser representante dos cidadãos, pelo que a vida pregressa compõe a *persona* que se oferece ao eleitor e o seu conhecimento é de interesse público para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão moral para a representação por ele pretendida.

Portanto, não se cuida, aqui, de insistir-se que o que passou acabou e não pode tolher alguém em se oferecer à representação popular. Afirma a Constituição que pode e assim é e deve ser: "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger (...) a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato (...)".

6. Quanto à presunção constitucional de não culpabilidade penal, como afirmei em outros julgados, estamos em sede de direito eleitoral e não de direito penal. Mais que isso, o que a Constituição não aceita é que se tenha por culpado penalmente quem assim ainda não tenha sido declarado pelo Poder Judiciário.

Não se antecipa pena. Mas inelegibilidade, como tantas vezes repetido, não é pena; é uma condição interdita para o exercício de determinado desempenho.

Incidiria, assim, nas eleições a se realizarem em breve, a norma do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, alterada pela LC 135, de 4-6-2010, que enuncia a seguinte causa de inelegibilidade:

> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa, que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Três são os principais argumentos afirmados para se contrapor à eficácia imediata da LC 135/2010: *a)* não se poderia aplicá-la às eleições do mesmo ano em que entrou em vigor, porque tanto afrontaria o disposto no art. 16 da Constituição da República (princípio da anterioridade anual da lei eleitoral); *b)* a condenação imposta por decisões judiciais de primeira e segunda instância por improbidade administrativa não poderia ser base para a inelegibilidade, porque lesaria o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade penal (inciso LVII do art. 5º da Constituição); *c)* a suspensão dos direitos políticos de um candidato somente poderia ser cumprida após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O art. 16 da Constituição e a aplicação da LC 135/2010 às eleições de 2010

7. A alegação de inconstitucionalidade formal da LC 135 não pode prosperar em minha compreensão.

Transcrevo o que afirmei em voto, no julgamento do RE 630.137, neste Plenário:

> A incidência do art. 16 da Constituição, a obstar a aplicação de lei complementar de inelegibilidade, não é questão nova posta a exame neste Supremo Tribunal Federal, que já a examinou, por exemplo, no julgamento do RE 129.392, de 17-6-1992, rel. min. Sepúlveda Pertence.
>
> Então, como agora, o recurso chegava a este Supremo Tribunal Federal após o Tribunal Superior Eleitoral ter respondido a Consulta 11.173, em 31-5-1990.

Encaminhada ao TSE pelo então senador Maurício Correa e relatada pelo eminente ministro Octavio Gallotti, naquela consulta se indagava se a nova Lei de Inelegibilidades (LC 64), aprovada naquele mesmo mês de maio, deveria ou não ser aplicável imediatamente, vale dizer, nas eleições que tiveram lugar naquele ano.

Por unanimidade, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu afirmativamente, declarando que a lei se aplicava imediatamente, por se tratar de lei complementar exigida pela própria Constituição (art. 14, § 9º) para completar o quadro dos impedimentos eleitorais já previstos, as inelegibilidades de fonte constitucional, e por não configurar alteração do processo eleitoral, vedada pela *vacatio legis* prevista no art. 16.

O Tribunal Superior Eleitoral firmava ali o entendimento de que a recém-aprovada LC 64, de 18-5-1990, teria aplicação imediata para o exame dos pedidos de registro de candidatos ao pleito daquele ano de 1990.

Mas a controvérsia sobre a aplicabilidade imediata da então nova Lei de Inelegibilidades, a LC 64/1990, somente chegaria ao Supremo dois anos depois, com o julgamento do mencionado RE 129.392. Nesse precedente, a posição manifestada pelo ministro Gallotti no Tribunal Superior Eleitoral foi novamente vencedora, ou seja, o entendimento de que as novas hipóteses legais de inelegibilidade têm aplicabilidade imediata e não alteram o processo eleitoral.

No julgamento dessa questão, levantada em preliminar ao exame do mérito do recurso, ficou vencido o relator, ministro Sepúlveda Pertence, na companhia dos ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Aldir Passarinho. Prevaleceu o entendimento divergente, aberto pelo voto do ministro Paulo Brossard, de que a complementação exigida pelo texto constitucional do art. 14, § 9º, era o elemento que afastava a incidência da *vacatio legis* do art. 16, pois, nas suas palavras, "um artigo da Constituição não pode ser aplicado para negar aplicabilidade a outros artigos da própria Constituição". Aquele digno ministro foi acompanhado pelos votos dos ministros Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Ao consignar seu voto naquele julgamento, o ministro Moreira Alves anotou que o art. 16 da Constituição visava apenas impedir o chamado casuísmo de véspera, ou seja, a mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política, e por isso a exigência de lei complementar se destinava apenas a proteger as eleições contra o abuso do poder e garantir sua legitimidade e normalidade. Reconhecido esse vínculo teleológico, mesmo que alterasse o processo eleitoral, a aplicabilidade imediata de uma lei complementar de inelegibilidades deveria ser examinada e ponderada, em cotejo com o art. 16, pelas suas finalidades e não apenas pelo seu tempo de vigência.

Conclusão parecida foi a que chegou o ministro Néri da Silveira ao sustentar a tese de que, apesar das sucessivas mudanças do regime das inelegibilidades, a matéria nunca perdera sua natureza constitucional e que, por isso, "quando se cuida de inelegibilidade, o assunto é de índole constitucional, e não se comporta, a meu ver, dessa sorte, no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral (...)".

Antes de concluir seu voto naquela assentada, o eminente ministro Néri da Silveira poria relevo num aspecto relevante da controvérsia sobre a aplicabilidade no tempo da então nova legislação complementar das inelegibilidades, e que aproxima notavelmente aquele caso deste que ora se apresenta ao Supremo Tribunal Federal. Afirmou, na ocasião, Sua Excelência:

> Releva observar (...) que essa lei se editou em momento bem anterior ao do registro dos candidatos, e foi nesse instante que se teve que verificar do preenchimento, por parte dos candidatos, dos requisitos para o deferimento do registro.

Essa circunstância fática apontada pelo ministro Néri da Silveira – a data de entrada em vigor da LC 64/1990 – exerceu, àquela altura, papel secundário na fundamentação da decisão pela aplicabilidade imediata da nova Lei de Inelegibilidades, pois a maioria se formou em torno da tese de que a lei apontada com contrária à norma da Constituição (art. 16), não poderia sê-lo, pois cumpria mandamento expresso na própria Constituição (art. 14, § 9º). Dito de outra forma, em sede de controle de constitucionalidade, embora seja importante conhecer a data inicial de vigência de uma lei apontada como modificadora do processo eleitoral para fins de incidência do art. 16 da Constituição, no julgamento daquele RE 129.392, à maioria que se formou foi suficiente o argumento de que a nova lei não poderia ser declarada inconstitucional, pois apenas cumpria ordem emanada da própria Constituição.

Desde aquele julgamento, diversas situações de alegada afronta ao art. 16 da Constituição foram submetidas a este Supremo Tribunal, que tem mantido, ao longo dessas duas últimas décadas, posição harmônica com as matrizes teleológicas fixadas no julgamento do RE 129.392. Com efeito, o exame dos precedentes mais recentes sobre o alcance do chamado princípio da anterioridade eleitoral constante do art. 16 da Constituição revela – além da continuidade jurisprudencial dos fundamentos jurídicos firmados no início da vigência da Constituição – o aperfeiçoamento da interpretação sistemática e teleológica realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa importante cláusula constitucional.

Merece destaque o acórdão na ADI 3.345/DF, relator o eminente ministro Celso de Mello, no qual o Supremo Tribunal, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, afastou a alegação de afronta ao art. 16 da Constituição por parte da Resolução 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, que, aplicando interpretação firmada por este Supremo Tribunal, estabelecia os critérios de fixação do número de vereadores nos Municípios brasileiros, de acordo com o disposto no art. 29, IV, da Constituição da República.

O acórdão tem, no ponto, a seguinte ementa:

> A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas 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. Precedentes.
>
> O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que

> principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. *Magistério da doutrina* (José Afonso da Silva e Antonio Tito Costa).
>
> A Resolução TSE 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.
>
> (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.)

Extrai-se de singela leitura da ementa da ADI 3.345 que este Supremo Tribunal não apenas reforçou as vinculações finalísticas do art. 16 da Constituição, como consagrou a definição, até então apenas conceito doutrinário, do que seja processo eleitoral, pelo menos para os específicos fins de incidência do princípio da anterioridade eleitoral no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A teor do que decidido na ADI 3.345, portanto, não deveria subsistir dúvida relevante quanto à questão referente ao lapso temporal no qual se compreende o processo eleitoral, resguardado de alterações casuísticas pelo art. 16 da Constituição. Ele tem início na fase das convenções partidárias para a escolha das candidaturas (fase pré-eleitoral), atravessa a campanha e as eleições propriamente ditas, concluindo-se com a diplomação dos candidatos eleitos e de seus suplentes (fase pós-eleitoral). Esse elemento objetivo de interpretação afigura-se decisivo para o deslinde da atual controvérsia.

De se realçar também outro recente precedente deste Supremo Tribunal sobre a matéria. Trata-se do acórdão na ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgada em 6-8-2006, quando este Supremo Tribunal garantiu a aplicação da recém-aprovada Lei 11.300/2006 para reger o pleito que ocorreria naquele mesmo ano, afastando, portanto, o óbice do art. 16 da Constituição.

Esta é a ementa do acórdão:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.300/2006 (minirreforma eleitoral). Alegada ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16). Inocorrência. Mero aperfeiçoamento dos procedimentos eleitorais. Inexistência de alteração do processo eleitoral. Proibição de divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito. Inconstitucionalidade. Garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado Democrático de Direito. Procedência parcial da ação direta.*
>
> I – Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral.

II – Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições.

III – Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito.

IV – Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.

V – Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral.

VI – Direto à informação livre e plural como valor indissociável da ideia de democracia.

VII – Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997.

Comprova-se, também aqui, que naquele julgamento, uma vez mais, este Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade, analisou e concluiu pela incidência do art. 16 da Constituição brasileira à realização de suas finalidades éticas, quais sejam: *a)* garantir a igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; *b)* evitar deformação legislativa de modo a proteger a normalidade das eleições; e *c)* evitar alteração legislativa motivada por propósito casuístico.

O princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada, proba, impessoal e legal ao voluntarismo daquele que pretende se pôr ao crivo do eleitor.

O objetivo da norma constitucional é assegurar a proteção ética do processo eleitoral, garantindo-se à sociedade o direito de votar em quem o sistema estabeleça ofereça as condições ético-jurídicas de exercer o mandato que lhe venha a ser conferido.

Sobrepõe-se, assim, por definição constitucional, a ética jurídica estabelecida pelo sistema à vontade pessoal de quem quer ser candidato a cargo público, descurando-se das condições fixadas pelo direito positivo.

E é o conjunto dos princípios éticos definidos constitucionalmente, a presidir não apenas a atuação interpretativa e complementar do legislador, senão também a do juiz constitucional, em especial, como do juiz eleitoral, que se têm as normas do art. 14 da Lei Fundamental, em especial em seus §§ 7º e 9º.

Dispõe o art. 14:

São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

(...)

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou de Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo de já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade

e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A interpretação destas normas é necessária para o perfeito entendimento e a solução do caso que se põe a exame no presente recurso extraordinário.

Cuidando do tema, ensina José Afonso da Silva que "(...) a elegibilidade se refere à capacidade eleitoral passiva, à capacidade de ser eleito. Tem elegibilidade, portanto, quem preencha as condições exigidas para concorrer a um mandato eletivo. Consiste, pois, a elegibilidade no direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo (...) 'inelegibilidade' revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, a elegibilidade (...). As inelegibilidades têm por objeto 'proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta'. (...) Entenda-se que a cláusula 'contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função'(...) só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições. Isso quer dizer que a 'probidade administrativa' e a 'moralidade para o exercício do mandato' são valores autônomos em relação àquela cláusula; não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a moralidade, aí, conspurcam, só por si, a lisura do processo eleitoral. As inelegibilidades possuem, assim, um fundamento ético evidente, tornando-se ilegítimas quando estabelecidas com fundamento político ou para assegurar o domínio do poder por um grupo que o venha detendo (...). Demais, seu sentido ético, correlaciona-se com a democracia, não podendo ser entendido como um moralismo desgarrado da base democrático do regime que se instaure" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 224/228).

É ainda aquele eminente constitucionalista que encarece que a lei complementar, mencionada no § 9º do art. 14 da Constituição "está autorizada a estabelecer outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, para a proteção daqueles valores, que são fundamentos do regime. Não se pense que apenas essas outras inelegibilidades é que têm por objeto protegê-los. As estatuídas diretamente pela Constituição também o têm. A explicitação do objeto quanto às inelegibilidades a serem criadas pela lei complementar era necessária, porque, configurando, elas, restrições a direitos políticos, importa sejam delimitadas aos objetos e fundamentos clara e expressamente indicados" (idem, ibidem).

Pelos precedentes deste Supremo Tribunal, é patente que a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta duas ordens de consideração:

a) Em primeiro lugar, a incidência do princípio da anterioridade (art. 16) para obstar a aplicabilidade imediata de legislação eleitoral, cuja vigência tenha se iniciado a menos de um ano do pleito, não é automática, nem se circunscreve

à questão de datas do calendário civil. Isso porque se deve atentar para as finalidades éticas que norteiam a interpretação daquela norma, como consagrado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal.

Dito de outra forma, lei que traga aperfeiçoamentos ao processo eleitoral, como foi o caso da LC 64, de 1990, e da Lei 11.300, de 2006, mesmo tendo sido promulgada em ano eleitoral, não se sujeita à *vacatio legis* do art. 16 da Constituição. E, em se tratando de legislação complementar reclamada pela própria Constituição (art. 14, § 9º), as finalidades éticas do art. 16 deverão ainda ser sopesadas com o sentido teleológico concretizado pelo legislador complementar ao editar a Lei de Inelegibilidades (proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício dos mandatos, considerada a vida pregressa dos candidatos, normalidade e legitimidade das eleições contra o abuso de poder político e econômico).

b) De outra parte, também não incidirá o art. 16 da Constituição para impedir a aplicabilidade imediata de lei eleitoral editada no mesmo ano em que se realiza o pleito, se esta não contiver dispositivos que alterem o processo eleitoral.

Nesse ponto parece imprescindível se considerar a definição de processo eleitoral adotada, em processo de controle concentrado de constitucionalidade, por este Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento da ADI 3.345/DF, relator o eminente ministro Celso de Mello.

Como sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados, para efeito de incidência do princípio da anterioridade inscrito no art. 16 da Constituição, o processo eleitoral compreende três fases, que peço vênia para recordar, transcrevendo trecho da ementa do julgado da ADI 3.345/DF:

> (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.

Alega-se, nas ações em exame, que a LC 135, de 7-6-2010, poderia ser aplicável para regular o processo de registro das candidaturas destas eleições gerais de 2010, porque não esbarraria no óbice temporal do art. 16 da Constituição do Brasil.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal e a doutrina constitucional estão conformes em que, não demonstrando de que modo a LC 135 provocaria danos para a igualdade de oportunidades entre os candidatos, ou deformações capazes de afetar a normalidade das eleições, ou ainda, como representaria manobra casuística que viesse a favorecer este ou aquele candidato, partido ou coligação em disputa, não se há cogitar de norma nova provocadora de alteração do processo eleitoral.

Como penso ter demonstrado nas premissas até aqui afirmadas, a jurisprudência desta Casa consagrou o entendimento de que a incidência do art. 16 não é automática, ou seja, não alcança toda e qualquer lei que trate de eleições e que entre em vigor no mesmo ano de realização destas, considerando-se, de toda sorte, não o calendário civil, mas o calendário constitucional, a saber, um ano contado retroativamente à data da eleição.

Tenho, portanto, que essa jurisprudência é perfeitamente ajustável ao caso ora em exame, ou seja, a LC 135, de 7-6-2010, não agrediu, antes cumpriu as finalidades éticas resguardadas pelo art. 16 quando promoveu geral, ampla e isonômica alteração relativamente apenas aos casos de inelegibilidades.

Invoco, ainda, a circunstância anotada, nas conclusões de seu voto, pelo ministro Néri da Silveira, quando do julgamento do antes mencionado RE 129.392, de que foi relator o ministro Sepúlveda Pertence.

Estava, então, em causa saber se a LC 64/1990 poderia ser aplicada para apreciar os pedidos de registro das candidaturas daquele pleito de 1990.

A circunstância destacada pelo ministro Néri foi a de que aquela lei complementar – que estabelecia novos critérios ou causas de inelegibilidade – fora editada antes do período de registro das candidaturas, momento inicial deflagrador do processo eleitoral, no qual se deve verificar o atendimento das condições de elegibilidade e não incidência, por parte dos pretensos candidatos, em qualquer das causas de inelegibilidade.

Em voto no Tribunal Superior Eleitoral chamei atenção para a circunstância de que, neste ano de 2010, aplicamos multas às pessoas que, antes das convenções e subsequentes pedidos de registros, se tinham manifestado sobre pretensos ou futuros candidatos. O argumento então aproveitado foi o de que estava se antecipando campanha eleitoral, o que a legislação brasileira não permite.

Ora, se não há campanha de candidatos antes de se terem candidatos – daí a aplicação da sanção de multa aos impetuosos pré-candidatos ou seus arautos – como se poderia agora falar da campanha, que é fase do processo eleitoral, para os fins de impedir ou se considerar inválida a atuação do Congresso Nacional de legislar, legitimamente, sobre os futuros candidatos antes de iniciado o prazo para convenções, que escolhem candidatos e antecipam os subsequentes pedidos de registros de candidaturas?

Há legislação complementar sobre inelegibilidades a iniciar a sua vigência e aplicação em ano eleitoral, mas antes da fase de convenções para escolha de candidatos, e, consequentemente, antes do período legal para apresentação e julgamento dos pedidos de registro de candidaturas.

Patente, assim, que a LC 135/2010 não alterou o processo eleitoral em sentido estrito, ou seja, aquele resguardado de mudanças casuísticas pelo art. 16 da Constituição. E não o fez pelo simples fato de que o processo eleitoral ainda não havia sequer começado quando da entrada em vigor da LC 135, tendo sido ela promulgada em 7-6-2010.

Ainda que fosse possível admitir definição ampliada do que venha a ser o processo eleitoral, a compreender também suas fases preparatórias, como a fixação do domicílio eleitoral ou mesmo a filiação partidária, a serem estabelecidos pelos pretensos candidatos com pelo menos um ano de antecedência da data das eleições, não seria possível desconsiderar o sentido estrito de processo eleitoral definido por este Supremo Tribunal em processo de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 3.345).

8. Por essas razões, afasto a alegação de afronta ao art. 16 da Constituição da República.

Presunção de não culpabilidade penal e aplicação da norma da alínea l do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 alterada pela LC 135/2010

9. Tem-se na decisão que manteve o julgado do Tribunal Regional Eleitoral mineiro, da lavra do ministro Aldir Passarinho Júnior, não prosperar a alegação do recorrente de que estaria elegível porque "a inelegibilidade decorrente de condenação por improbidade administrativa somente incide após o trânsito em julgado da decisão condenatória (...) (e) se encontram pendentes de apreciação (...) recursos da decisão que o condenou por ato de improbidade administrativa". E tanto é afastado pelo eminente ministro por se ater a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral na esteira do que decidido na Consulta 1.120-36/DF, de que foi relator o insigne ministro Hamilton Carvalhido, no sentido de que "a Lei Complementar n. 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. Nas palavras do ministro Hamilton Carvalhido, nos autos da Consulta n. 1120-26/DF, 'a garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do art. 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade, em obséquio da probidade administrativa para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato. A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade. Fê-lo o legislador, ao editar a LC 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes, já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade'".

10. O entendimento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral, na interpretação e aplicação da LC 135/2010 e com o qual me ponho de acordo, foi no sentido de que as normas do art. 1º e seus incisos não desobedecem ao princípio constitucional da presunção da não culpabilidade penal exatamente porque a inelegibilidade não é pena, mas a afirmação de uma circunstância impeditiva da oferta de alguém a candidatar-se a cargo eletivo e, ainda, que a sua definição por lei complementar atende o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição brasileira.

Da ponderação dos valores constitucionalmente abrigados é que se tem a interpretação da norma constitucional e da complementar, de modo a se cumprir o que posto no sistema como garantia do indivíduo (princípio da presunção de não culpabilidade penal) e garantir à sociedade a lisura não apenas do pleito mas da oferta dos candidatos probos (princípio da elegibilidade dos que atendem às previsões legais protetoras do processo eleitoral segundo os princípios constitucionais).

11. Daí por que considero o argumento central do autor da ação direta de inconstitucionalidade parte de premissa equivocada, qual seja, a de que a incidência da inelegibilidade importaria em apenação da pessoa do candidato, no caso, a suspensão de seus direitos políticos, regulamentada pelo art. 5º da Constituição da República.

Há muito a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do próprio Supremo Tribunal Federal assentou o exato sentido do instituto jurídico-político da inelegibilidade, concebido como uma restrição ao direito político do cidadão de candidatar-se a cargo público, em tutela da coletividade, cuja representação se dá com o exercício do mandato.

A inelegibilidade não se confunde com a ausência condições de elegibilidade. Nesse aspecto, ela ultrapassa a estrita concepção da titularidade dos direitos políticos, funcionando como um mecanismo extraordinário de tutela da coletividade e da pessoa jurídica estatal.

O § 7º do art. 14 da Constituição da República, por exemplo, elenca entre os inelegíveis "no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição". Essa vedação, limitada no tempo e no espaço, é critério objetivo de inelegibilidade, tal como o estabelecido na alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, independentemente de a pessoa estar no pleno exercício de seus direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos, que retira da pessoa condição de elegibilidade, não se confunde com a inelegibilidade superveniente. Nos dizeres de Pimenta Bueno, os direitos políticos são:

> prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizavam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado.
>
> Os direitos políticos são filhos da constituição do Estado, que estabelece suas condições de gozo em vista do interesse da sociedade. É por isso que não há fatalidade maior para um povo do que a de ter representantes fracos ou desmoralizados por interesses pessoais, hipótese em que o país inteiro sofre em sua moral, direitos

> e interesses. Tais são os direitos políticos, e tal é a sua importância, conquista dos povos livres, que não basta alcançar, mas também é preciso saber conservar e defender em toda sua plenitude.

Tampouco o exercício ou não desses direitos políticos condiciona a dignidade da pessoa humana. Exemplo disso se dá em relação ao preso definitivamente condenado por decisão judicial transitada em julgado ou mesmo o estrangeiro, que não se tornam menos dignos que a pessoa livre ou o brasileiro nato ou naturalizado.

O que se tem é tão somente ausência de condição de elegibilidade que perdura pelo tempo da pena, no primeiro caso, ou da condição de estrangeiro, no segundo.

Os direitos políticos, ao lado de outros direitos fundamentais, embora estejam abrigados no rol dos direitos fundamentais, têm seu exercício condicionado aos critérios jurídico-políticos estabelecidos na Constituição e nas leis.

A ausência de condição de elegibilidade decorrente da suspensão dos direitos políticos que atinge penalmente o réu definitivamente condenado, impedindo-o de votar e ser votado, perdura pelo mesmo prazo da pena enquanto a inelegibilidade decorrente dessa condenação somente passa a valer, de forma objetiva e por prazo certo, após o cumprimento dessa pena, como já dispunha, por exemplo, a alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, antes mesmo da LC 135/2010.

Embora essa complexa questão submeta-se agora a crivo máximo deste Supremo Tribunal, o Tribunal Superior Eleitoral já tem assentado seu posicionamento nesse sentido:

> as inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade; à luz da atual construção doutrinária vigente os coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, não ferindo o regramento constitucional.
>
> Realmente, não há, a meu ver, como se imaginar a inelegibilidade como pena ou sanção em si mesma, na medida em que ela se aplica a determinadas categorias, por exemplo, a de juízes ou a de integrantes do Ministério Público, não porque eles devam sofrer essa pena, mas, sim, porque o legislador os incluiu na categoria daqueles que podem exercer certo grau de influência no eleitorado. Daí, inclusive, a necessidade de prévio afastamento definitivo de suas funções.
>
> O mesmo se diga a respeito dos parentes de titular de cargo eletivo, que também sofrem a mesma restrição de elegibilidade. Ainda os inalistáveis e os analfabetos padecem de semelhante inelegibilidade, sem que se possa falar de imposição de pena.
>
> (RO 191.873, rel. min. Arnaldo Versini, sessão de 28-10-2010.)

Em 28-3-1996, no julgamento do MS 22.087, relator o ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> *Ementa*: *Constitucional. Eleitoral. Inelegibilidade. Contas do administrador público*: *rejeição. LC 64, de 1990, art. 1º, I, g.* 2. Inelegibilidade não constitui pena.

Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64/1990 a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.
(*DJ* de 10-5-1996.)

No voto condutor daquele mandado de segurança, o ministro relator destacou:

(...) inelegibilidade não constitui pena. Destarte, é possível a aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64, de 1990, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência. No acórdão 12.590, Rec. 9.797/PR, do TSE, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, deixou expresso que a inelegibilidade não é pena, sendo-lhe impertinente o princípio da anterioridade da lei.
(Rel. min. Carlos Mário Velloso, de 28-6-1996.)

O então ministro do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, naquele Recurso Especial Eleitoral 9.797, sessão de 19-9-1992, asseverou que a

inelegibilidade não é pena e independe até de que o fato que a gere seja imputável àquela a que se aplica; por isso, à incidência da regra que a estabelece são impertinentes os princípios constitucionais relativos à eficácia da lei penal do tempo. Aplica-se, pois, a alínea *e* do art. 1º, I, da Lei de Inelegibilidades aos condenados pelos crimes nela referidos, ainda que o fato e a condenação sejam anteriores à vigência.

No RE 129.392/DF, relator o ministro Sepúlveda Pertence, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu:

Ementa – I. Processo eleitoral: *vacatio legis* (CF, art. 16): inteligência. 1. Rejeição pela maioria – vencidos o relator e outros ministros – da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, a sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição. II. Inelegibilidade: abuso do exercício do poder (CF, art. 14, § 9º): inteligência. 2. "O abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta que é causa de inelegibilidade e o que contém a nota de improbidade exigida pelo § 4º do art. 37, da Constituição, para que se cogite da suspensão dos direitos políticos, tal como prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990" (Célio Borja): entendimento acolhido pelo TSE que não ofende as únicas normas constitucionais invocadas pelo recorrente (CF, arts. 15, V, e 37, § 4º). III. Recurso extraordinário: âmbito de devolução. 3. No julgamento do recurso extraordinário, ao menos no tocante ao juízo preliminar de seu conhecimento, é incontroverso que o STF há de circunscrever-se as questões federais – hoje, exclusivamente, questões constitucionais –, expressamente aventadas na sua interposição. 4. Se, ao interpor o recurso extraordinário, o recorrente não invocou a contrariedade as normas dos arts. 31, §§ 1º e 2º, e 71, I, da Constituição, não o beneficia o entendimento do Tribunal (RE 132.747) de que, por força delas, cuidando-se de chefes do Executivo, incluídos os prefeitos, só a rejeição de suas contas pelo Legislativo – e

não os pareceres ou decisões sobre atos específicos, do Tribunal de Contas – e que podem gerar a inelegibilidade do art. 1º, I, *g*, da LC 64/1990.
(Grifos nossos.)

Em seu voto, o ministro Néri da Silveira esclareceu:

> Quando, entretanto, a Constituição, que não dispõe sobre o processo eleitoral na sua complexidade, regula a matéria atinente à elegibilidade e inelegibilidade, confere a este tema uma natureza específica. (...) Compreendo, pois, que a matéria nunca perdeu a natureza constitucional, e, por isso mesmo, quando se cuida de inelegibilidade, o assunto é de índole constitucional, e não se comporta, a meu ver, dessa sorte, no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral, desde o alistamento até a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos. Não tendo, portanto, a matéria de que se cogita nos autos como de natureza processual eleitoral, mas, sim, de índole constitucional, não considero a LC 64 compreendida na restrição do art. 16, no que concerne à possibilidade de sua imediata aplicação.
> (*DJ* de 16-4-1993.)

Também no Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso Ordinário 8.818 (*DJ* de 14-8-1990), o relator, ministro Octavio Gallotti, ressaltou:

> a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990, aplica-se às eleições do corrente ano de 1990 e abrange sentenças criminais condenatórias anteriores à edição daquele diploma legal.

E ainda, no Recurso 9.052, de relatoria do ministro Pedro Acioli, de 30-8-1990:

> (...) a decisão recorrida se posiciona diametralmente oposta a incontáveis decisões deste Colendo Tribunal, que entende da aplicabilidade da LC 64/90, em toda a sua extensão, aos casos em que a causa da inelegibilidade tenha ocorrido em gestão administrativa anterior.
>
> Ao contrário do que afirmado no voto condutor, a norma ínsita na LC 64/90, não tem caráter de norma penal, e sim, se reveste de norma de caráter de proteção à coletividade. Ela não retroage para punir, mas sim busca colocar ao seu jugo os desmandos e malbaratações de bens e erário público cometidos por administradores. Não tem o caráter de apená-los por tais, já que na esfera competente e própria e que responderão pelos mesmos; mas sim, resguardar o interesse público de ser, novamente submetido ao comando daquele que demonstrou anteriormente não ser a melhor indicação para o exercício do cargo.
>
> Bem se posiciona o recorrente, em suas razões, quando assim expressa:
>
> O argumento de que a lei não pode retroagir para prejudicar, em matéria eleitoral, ou seja, que o art. 1º, I, *g*, da LC 64/90 não pode ser aplicada a fatos pretéritos à sua vigência, contrapõe-se a doutrina pátria, representada pelo festejado *Caio Mário da Silva Pereira* (in Instituições de Direito Civil, vol I, Forense, 1971, p. 110):
>
> > As leis políticas, abrangendo as de natureza constitucional, eleitoral e administrativa, têm aplicação imediata e abarcam todas as situações individuais. Se uma lei nova declara que ficam sem efeito as inscrições eleitorais

> anteriores e determina que todo cidadão deve requerer novo título, aplica-se a todos, sem que ninguém possa opor à nova disposição a circunstancia de já se ter qualificado eleitor anteriormente.

Inelegibilidade tem natureza jurídica que não o confunde com pena e nela não se transmuda conforme o caso, advenha ela de uma simples relação de parentesco ou de uma condenação judicial.

Embora possa eventualmente decorrer de uma apenação passada, por exemplo, pela prática de captação ilícita de sufrágio, a inelegibilidade com ela não se confunde, pois se instaura com prazo certo e próprio de duração, objetivamente aferido segundo critérios eleitorais, e não jurídico-penais.

Desse modo, a causa originária para a sua incidência, seja cível (*v.g*, por improbidade administrativa), eleitoral (*v.g*, por captação ilícita de sufrágio) ou mesmo criminal (*v.g*, por prática dos crimes arrolados na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990) não afeta ou determina a sua natureza jurídico-constitucional autônoma. Inaplicáveis, portanto, os dispositivos do art. 5º da Constituição da República ao instituto da inelegibilidade.

Princípio da razoabilidade

12. Argumenta-se, com responsável preocupação, que a aplicação de novas causas de inelegibilidade baseadas na vida pregressa do candidato, como determina o art. 14, § 9º, da Constituição da República, criadas por lei complementar, aos registros de candidatura formalizados após a sua entrada em vigor (como se tem na espécie) poderia levar o intérprete ao absurdo de considerar possível a perpetuação da inelegibilidade de determinado cidadão, sucessivas vezes surpreendido por novos impedimentos baseados em atos por ele praticados no passado, inviabilizando sua candidatura para sempre.

Esse temor, ainda que pertinente, não resiste à força do art. 16 da Constituição da República, cuja aplicação pressupõe a do princípio constitucional da razoabilidade, na medida em que investiga eventual caráter casuístico de lei nova.

É por essa verificação que se poderá avaliar, quando e se necessário for, o uso desarrazoado, abusivo ou degenerado do poder de legislar quando da criação de causas de inelegibilidade fundadas na vida pregressa do candidato.

A interpretação contrária, essa sim, voltada para a tutela de um futuro distante, perfeitamente resguardado pelas balizas interpretativas que a própria Constituição oferece, poderia desguarnecer e comprometer o futuro próximo, no qual o enfraquecimento ou a postergação da força normativa do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, poderia autorizar, por exemplo, que determinada pessoa condenada por órgão judicial colegiado pelos piores crimes ou improbidades (nova cauda de inelegibilidade), viesse a ter o seu pedido de candidatura deferido, pela singela circunstância da inelegibilidade ter sido legalmente estatuída com base em sua vida pregressa recente, embora anterior à formalização do pedido de registro, já submetido à lei nova, em vigor.

Desguarnecer o "hoje" da coletividade em favor do "amanhã" do indivíduo, que, em sua essência, reitere-se, não se torna menos digno por ver-se temporariamente inelegível, significa desprezar o critério de elegibilidade que a Constituição preceitua como a "vida pregressa do candidato", cuja definição não se confunde com "antecedentes criminais da pessoa" ou, mais precisamente, com "condenação ou decisão judicial transitada em julgado".

Embora a inelegibilidade atinja a participação política do cidadão, resguarda-se a integridade da sociedade, pois se defende, objetivamente, do risco previsto e previsível e não de dano posterior e inafastável de pleito eleitoral comprometido por desvalores constitucionalmente desacolhidos.

Daí não haver, como penso, qualquer agravo à razoabilidade das normas ao definir o legislador casos de inelegibilidade baseados nos parâmetros constitucionais relativos à vida pregressa dos cidadãos interessados em se candidatar, não se tendo, especificamente, no disposto na alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 135/2010 qualquer maltrato ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade penal.

Pelo exposto, **voto no sentido de julgar procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade**.

EXTRATO DA ATA

ADC 29/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido Popular Socialista (Advogados: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros). Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: Após o voto-vista do ministro Dias Toffoli, julgando procedente a ação para declarar a constitucionalidade da aplicação da LC 135/2010 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal, e os votos das ministras Rosa Weber, que julgava totalmente procedente a ação, e Cármen Lúcia, que acompanhava o relator para julgar parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 15 de fevereiro de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, senhores e senhoras ministras, dignos advogados, senhoras e senhores presentes.

A minha posição com relação à LC 135, chamada Lei da Ficha Limpa, é sobejamente conhecida, eu já me manifestei inúmeras vezes acerca do tema, seja no TSE, seja nesta egrégia Corte, portanto não farei maiores considerações ou considerações mais dilargadas sobre o assunto, porquanto escrevi extensamente, em vários votos, sobre esta matéria e farei juntar um voto escrito.

Mas, permito-me fazer apenas umas brevíssimas considerações apenas para que a minha participação não passe *in albis*, dizendo que esta LC 135 é uma lei, como todos sabem, que surgiu da iniciativa legislativa popular, e foi apoiada por mais de 1.500.000 assinaturas. Ademais disso, recebeu apoio de igual número de assinaturas por meio da internet, apoios, portanto, que foram formalizados pela internet; mereceu aprovação unânime das duas Casas do Congresso Nacional, depois de longos debates. 513 deputados, 81 senadores, o Congresso Nacional em peso sufragou essa lei, e mais, foi sancionada pelo presidente da República, passando, evidentemente, pelos órgãos técnicos de assessoria do Poder Executivo, sem o veto. Portanto, nós estamos diante de um diploma legal que conta com o apoio expresso, explícito dos representantes da soberania nacional.

Quero dizer que a lei em questão não foi tratada de afogadilho no Congresso Nacional, mas foi fruto de intensos e verticais debates nas duas Casas do Congresso, na Câmara Alta e na Câmara Baixa. A questão, por exemplo, do princípio da não culpabilidade ou da chamada presunção de inocência foi examinada de forma muito pormenorizada.

Um argumento muito interessante e que nós ainda não ventilamos, aqui, nesta Corte, que é o seguinte – salvo melhor juízo, jamais poderiam ter quaisquer sentenças que impõem condenações ou sanções de âmbito material diverso das do mundo penal, a possibilidade de gerar eficácia jurídica imediata, o que contrariaria por completo as lições doutrinárias firmadas no âmbito da nossa teoria geral do processo e em nossas próprias regras de direito positivo.

É uma lei, como eu disse ainda ontem, que me pareceu extremamente razoável, porque traz mecanismos que permitem, em um eventual cometimento de injustiça, a utilização de mecanismos que possibilitem que essa injustiça seja prontamente reparada, mediante o acesso aos tribunais que permitirão o registro da candidatura do candidato barrado, imediatamente, mediante uma liminar num processo que tem precedência sobre quaisquer outros, salvo, como manda a lei, os processos que se referem a *habeas corpus* em mandado de segurança.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Apenas para acrescentar às palavras de Vossa Excelência com relação a esse aspecto, houve ontem uma imbricação na questão de que, como é que uma decisão transitada em julgado pode produzir efeitos com a mera condenação pelo Colegiado? Então, muito embora eu não

tenha, ainda, experiência na Justiça Eleitoral, mercê de ter sido indicado para segundo suplente, eu verifiquei que o art. 257 do Código Eleitoral preceitua que os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. E, apesar de os recursos eleitorais não terem efeito suspensivo, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que aquelas decisões, mesmo recorríveis, produzem imediatamente os seus efeitos. Exatamente no campo eleitoral, que é uma área mais sensível em que a decisão do Colegiado já produz efeitos porque se tem, num primeiro momento, a indicação de que aquele postulante ao cargo político não preenche os requisitos necessários para o exercício do mandato.

E vou citar, eu colacionei vários, mas eu já falei por ocasião da relatoria, de sorte apenas para acrescentar ao argumento, então, eu trago à colação um acórdão recente da relatoria do ministro Fernandes Neves, cujo teor é o seguinte:

> Registro candidatura – Filiação partidária – Ausência de comprovação – Decisão proferida em processo específico – Falta de trânsito em julgado – Irrelevância – Recurso sem efeito suspensivo – Reexame de fatos e provas – Impossibilidade – Recurso especial não conhecido.
>
> Se há decisão da própria Justiça Eleitoral assentando que o recorrente não tem filiação partidária no prazo exigido por lei, não há como deferir o registro do candidato.
>
> A falta de trânsito em julgado da decisão proferida no processo sobre a filiação não se apresenta relevante, uma vez que os recursos não têm efeito suspensivo (...)
>
> (AC 20.224, 19 de setembro de 2002.)

E tenho aqui vários outros acórdãos nesse mesmo sentido que, no campo eleitoral, ainda que o recurso não tenha efeito suspensivo, as deliberações sobre matéria eleitoral, como sói ser a deliberação sobre uma inelegibilidade, produzem imediatamente os seus efeitos e é possível antever a *ratio essendi* dessas disposições. Porque, no campo político, é preciso ter certeza da probidade e da moralidade daquele postulante a um cargo público.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu agradeço a intervenção de Vossa Excelência.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Celso de Mello, eu – com muito respeito, e Vossa Excelência é o decano da Casa, sempre nos brinda com preciosíssimas lições – diria que, aqui, até tendo em conta os ensinamentos do grande jurista alemão Robert Alexy, nós estamos diante de ponderação de valores, nós temos dois valores de natureza constitucional de mesmo nível. E aí nós temos, exatamente, a proteger – e esta lei, LC 135, busca proteger os valores que estão abrigados no art. 14, § 9º, da Constituição, e que são, exatamente, os valores da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e que, a meu ver, são valores de igual

dignidade e peso constitucional. E é uma opção legislativa legítima que foi feita pelo Congresso Nacional.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Mas eu ponderaria a Vossa Excelência, ministro Celso de Mello, com todo o respeito, o seguinte: Vossa Excelência, claramente, está se referindo a um direito individual muito importante, que surgiu, como todos nós sabemos, no século XIX, um direito de primeira geração nas lutas contra o absolutismo, que é o direito à participação política. Mas eu me refiro a um direito da coletividade também. Quer dizer, aí nós temos um direito individual a ser sopesado contra um direito coletivo, que também tem abrigo na Constituição, e que se espraia por vários dispositivos da Constituição, a começar do art. 37, *caput*, que fala da moralidade.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: A norma veiculada pelo inciso III do art. 15 da Constituição é uma norma geral. A norma veiculada pelo § 9º do art. 14, sobre inelegibilidade, é uma norma especial. Então as coisas não brigam, se conciliam. A norma geral cede espaço, em matéria de inelegibilidade, para a norma especial.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Não, não é marginalizado; é que outro valor mais alto se alevanta.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, Excelência, se me permite: os direitos fundamentais são de três naturezas na Constituição, pelo menos explicitamente: os direitos individuais, art. 5º, notadamente; os direitos sociais, arts. 6º e 7º, também por modo especial; e, a partir do art. 15, os direitos políticos são também fundamentais, porque todos fazem parte do título de número II da Constituição, todas as três categorias, cujo nome é Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Os direitos políticos, o direito que tem o eleitor de escolher candidatos de vida biográfica isenta de um passivo penal avultado é um direito fundamental.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Ayres, se Vossa Excelência me permite... Vossa Excelência, ministro Celso, me permite?

Eu confesso a Vossa Excelência que, na origem, quando relatei e votei, realmente, num primeiro momento, eu me deparei com uma certa contradição entre o art. 15 e o art. 14. Mas a própria Constituição Federal, depois de dispor dessa forma genérica no art. 15, se refere ao direito fundamental genérico, ou seja, o direito de votar e o direito de ser votado; ambos o *jus honorum* e o *jus suffragii*. Já o art. 14, § 9º, da Constituição, ele próprio – então a sede é a mesma, não foi uma ponderação do legislador, foi uma inserção feita pelo próprio

constituinte – estabeleceu que a lei complementar poderia estabelecer, seria uma fonte de fixação de casos de inelegibilidades. Então o fundamento da lei complementar não é um fundamento calcado numa opção legislativa que eventualmente até deveria ser respeitada, porque é a maioria do parlamento; às vezes eles erram, nós declaramos aqui a inconstitucionalidade. Mas a verdade é que esse § 9º, no meu modo de ver, que foi como eu consegui vencer essa perplexidade, tem esse caráter de autorizar que a lei complementar traga outras inelegibilidades. E foi exatamente o que foi feito, porque, do contrário, nós esvaziamos o conteúdo do § 9º do art. 14.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não, respeitando o ponto de vista de Vossa Excelência, ministro Celso de Mello, e aprendo sempre. Por isso que eu disse mesmo que nós nos defrontamos com dois valores constitucionais da mesma hierarquia. E, quando o legislador complementar escolheu um determinado caminho, ele optou por um desses valores, que é exatamente o valor ou os valores que estão abrigados no art. 14, § 9º, da Constituição.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois é.

Eu queria também trazer à colação mais um argumento: nós estamos diante de alguns vetores interpretativos, exegéticos, hermenêuticos, que são fundamentais, que são exatamente aqueles consignados ao art. 1º da nossa Constituição, o qual diz que o Estado brasileiro se assenta sobre um tripé: os princípios republicano, federativo e democrático. Ainda que se pudesse dar um valor maior ao princípio da não culpabilidade, este princípio deve ser interpretado, a meu ver, a partir deste princípio magno, o princípio republicano, que está – como eu disse – plasmado logo no art. 1º da nossa Constituição. Portanto, o intérprete, ao adentrar na Constituição, forçosamente o fará por esse vestíbulo, o qual vai – a meu ver – matizar toda interpretação constitucional. Então, isso me parece ser extremamente relevante.

Tenho várias outras considerações, mas vou fazer apenas mais uma, senhor presidente, porque minhas posições são conhecidas com relação à retroação da lei – não há uma retroação; que não se trata de uma sanção; trata-se apenas de uma condição de elegibilidade etc. Não farei mais considerações, porque trago um voto muito longo.

Mas quero dizer, até porque, na sessão passada, causou uma certa espécie o fato de nós, no Tribunal Superior Eleitoral, termos entendido que o Júri configura, para os efeitos da LC 135, um órgão colegiado. Bem, causou uma certa espécie.

Em primeiro lugar, queria dizer o seguinte. Na minha visão – creio que também na visão de muitos outros colegas, inclusive do TSE –, a lei tratou de órgãos colegiados, não de órgãos de segunda instância. Ela quis evitar um juízo, de certa maneira, discricionário, subjetivo, de um único juiz. Então, um

colegiado. Mas essa questão do Júri pode ser debatida – penso que deve ser debatida –, mas o TSE já enfrentou essa questão com muita substância.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quero lembrar a Vossa Excelência que há um projeto – até apoiado por mim quando estive no CNJ –, em razão de segurança dos juízes, o qual propõe que haja julgamentos, especialmente em relação a crimes organizados por grupos ou câmaras, também em primeiro grau.

Ontem, o ministro Ayres Britto lia, tentando ver a *mens legislatoris* – mas a gente vê como isso é difícil –, a menção do atual ministro da Justiça, que foi relator na Câmara dos Deputados, na Comissão Constitucional de Justiça, dizendo que o órgão colegiado aqui se referia a órgão de segundo grau.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Matéria *de lege ferenda*, não é?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, agora, nós não podemos ter, daqui a pouco, e existe na tradição universal, órgãos colegiados de primeiro grau.

Então, veja que isso adultera, por completo, toda a sistemática.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Lewandowski, há um detalhe, se Vossa Excelência me permite, que vai exatamente ao encontro do que Vossa Excelência afirmou.

Muito bem, quer dizer, há uma certa perplexidade porque o Tribunal do Júri não é colegiado de segundo grau. Realmente, o Tribunal do Júri é um colegiado de primeiro grau. Agora, nós que estamos habituados a julgar, nas Turmas, *habeas corpus* contra decisões do Tribunal do Júri, o que nós podemos fazer contra o veredito soberano dos jurados?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois é. Vossa Excelência tocou num ponto que me parece extremamente importante.

Eu tenho aqui o voto, inclusive um belíssimo voto da ministra Cármen Lúcia, do qual reproduzirei alguns trechos, que me parecem muito interessantes, mas nas discussões – e o relator era o eminentíssimo ministro Carvalhido, já aposentado, uma das grandes sumidades da magistratura, como todos nós sabemos – eu, no primeiro momento, manifestei a minha perplexidade nas discussões, dizendo o seguinte: no caso do Júri, o que me causa certa perplexidade – isso no meu voto oral – é o fato de que não é dado ao Tribunal de Justiça reformar a decisão dos jurados – exatamente o que o ministro Fux está dizendo –, mas, simplesmente, anulá-la. Portanto, em princípio, imagino que jamais se teria julgamento de um homicida por um colegiado de magistrados, em razão da competência originária. Motivo pelo qual essa hipótese da alínea *e*, com relação aos homicidas, que serão julgados pelo Tribunal do Júri, jamais se caracterizaria, porque o Tribunal *ad quem*, que é o Tribunal de Justiça, não tem o poder, em função da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, que é assegurado pela Constituição, de reformar materialmente a decisão pronunciada por esses representantes da soberania popular.

Bem, mas não é isso, apenas, que eu quero dizer. No caso, e o Tribunal Superior Eleitoral, como toda a Justiça Eleitoral, assim como faz, por exemplo,

a Justiça Criminal, ela se atém muito ao fato concreto. Nós julgamos fatos, contrariamente ao que acontece nesta egrégia Corte, em que nós julgamos questões, teses abstratas, como estamos a fazer aqui, nesta LC 135. Mas, no caso, a eminentíssima ministra Cármen Lúcia, sensibilizada pelo caso que nós estávamos examinando, pediu vista e conseguiu reverter o julgamento, que até então, com três votos, era contrário, porque se tratava do seguinte: pretendia, o registro de candidatura, uma pessoa que foi condenada pela morte de dois menores, em 1993, com crueldade e sem defesa. Os jovens foram jogados no lago. Ele foi, então, em função disso... Imaginemos nós, um homicida! Alguém que pratica uma morte, quer dizer, caracterizada por ser triplamente qualificada. Esse indivíduo pode concorrer a um cargo público?

Então, vem a eminente ministra Cármen Lúcia, com um belíssimo voto. Bom, aí, eu quero dizer o seguinte: depois, em razão de um juízo de retratação, porque foi julgado, aqui, um recurso extraordinário neste Tribunal, reverteu a nossa decisão e, então, o Superior Tribunal Eleitoral foi obrigado a deferir o registro da candidatura deste homicida, que acabou concorrendo, e não sei, provavelmente até foi eleito.

Mas o que disse a eminente ministra Cármen Lúcia? Eu vou ler apenas um trecho para mostrar que a decisão não é tão assim fora de propósito como se quis, talvez, aqui, sugerir. Diz a ministra Cármen Lúcia o seguinte:

A interpretação doutrinária dada ao Tribunal do Júri considera que esse órgão judicial é colegiado, como afirmado, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci, que é um dos grandes penalistas, juiz de direito de São Paulo, o qual sustenta que "é praticamente pacífico, na doutrina, ser o Júri um órgão do Poder Judiciário, embora lhe seja reconhecida a sua especialidade".

São fundamentos disso: a) o Tribunal do Júri é composto por um juiz presidente, magistrado togado, e de 21 jurados, dos quais 7 tomam assento no Conselho de Sentença. O magistrado togado não poderia tomar parte em um órgão meramente político. Enfim, trata-se de um órgão especial do Poder Judiciário, que assegura a participação popular direta nas suas decisões de caráter jurisdicional.

> No mesmo sentido [diz a ministra Cármen Lúcia] é a lição de Adel El Tasse, segundo o qual a composição do Tribunal do Júri é de um juiz presidente e 25 jurados (CPP, art. 447) (...) atualmente, não mais 12, mas 25 jurados, em conjunto com juiz presidente, constituem o Tribunal do Júri (...).
>
> Não parece [diz a ministra Cármen Lúcia] sobrepairar dúvida, portanto, quanto à natureza de órgão judicial colegiado do Tribunal do Júri.
>
> 5. A dúvida que ainda persistiria quanto à aplicação ao caso da norma do art. 1º, I, *e*, n. 9, da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010, refere-se à natureza da decisão proferida por órgão judicial colegiado que imponha inelegibilidade.

E, aí, ela faz menção ao voto do ministro Hamilton Carvalhido, respeitando dele discordar, dizendo:

> Aquiesço com a observação do nobre ministro relator no sentido de que da leitura gramatical da norma se está diante de preceito que busca alguma certeza da decisão, em razão da qual a conclusão de inelegibilidade se impõe, pelo que o órgão judicial colegiado deveria de ser, em princípio e em geral de segunda instância.
>
> Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral afastou este entendimento ao afirmar que a decisão judicial de órgão judicial colegiado que detenha competência originária para o julgamento de determinadas pessoas (foro especial) seria bastante para a aplicação daquela norma. Até mesmo porque [esse é o grande argumento] se assim não fosse, os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não ensejariam aplicação da norma [porque é uma única instância também]. E são exatamente as autoridades de maior proeminência da República, constitucionalmente arroladas, que se submetem ao julgamento no Supremo Tribunal Federal (...).

Senhor presidente, eu paro por aqui, porque também já fiz menção à proporcionalidade das penas estabelecidas nesta norma que está ora em discussão, nesse diploma legal. E, enfim, entendo que tanto as penas quanto todas as demais opções legislativas foram feitas de forma consciente, de forma absolutamente dosada pela racionalidade, pelo Congresso Nacional, após profunda discussão.

De maneira que tomo a liberdade de, neste momento, aderir integralmente ao voto do ministro Joaquim Barbosa, pedindo vênia, numa pequeníssima parte, ao ministro Luiz Fux, com relação à objeção que Sua Excelência tem, mas acompanho o ministro Joaquim Barbosa.

No mais, as nossas posições, as minhas e a do eminente ministro Fux, são inteiramente coincidentes.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski:

I – Considerações iniciais

O legislador complementar, ao aprovar a LC 135, de 4 de junho de 2010, denominada "Lei da Ficha Limpa", que tem origem em projeto de iniciativa legislativa popular, conforme ficou consignado no Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a normalidade e a legitimidade das eleições.

Para tanto, criou novas causas de inelegibilidade, mediante critérios objetivos, tendo em conta a "vida pregressa do candidato", com amparo no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, o qual, de resto, integra e complementa o rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Lei Maior, *in verbis*:

> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger **a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato**, e a normalidade

> e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[1]
> (Grifei.)

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, ademais, assentou que a citada lei complementar, ao estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade além daquelas já previstas no texto constitucional, teve em mira proteger valores que servem de arrimo ao próprio regime republicano adotado pela Constituição Federal.

Lembro, ainda, que, no julgamento da ADPF 144/DF, rel. min. **Celso de Mello**, pelo STF, no qual se assentou a impossibilidade de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra candidatos, de procedimentos judiciais sem trânsito em julgado, consignei que, em Roma antiga, os candidatos a cargos eletivos trajavam uma toga branca como forma de identificá-los e distingui-los dos demais cidadãos. Nesse sentido, destaquei que a palavra "candidato" vem do latim *candidatus*, que significa "aquele que veste roupa branca", representando a pureza, a honestidade, a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

Naquela quadra, ressaltei, também, que, a prevalecer o entendimento daqueles que ajuizaram a referida arguição de descumprimento de preceito fundamental, estar-se-ia diante de uma verdadeira norma em branco

> que permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de "vida pregressa", a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

Entretanto, ressalvei em meu voto que, "enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional", é melhor que prevaleça "aquele estabelecido pela lei complementar vigente".

É dizer, em nenhum momento exclui a possibilidade de o legislador complementar, mediante critérios objetivos que busquem proteger a probidade administrativa e a moralidade eleitoral, criar novas causas de inelegibilidade, tendo em conta aquilo que a Constituição denominou "vida pregressa do candidato", nos exatos termos do art. 14, § 9º, que inaugura o capítulo dos Direitos Políticos de nossa Lei Maior.

Entendo, desse modo, que a LC 135/2010, ao estabelecer novos casos de inelegibilidade, prazos de sua cessação, determinando, ainda, outras providências, teve como escopo proteger valores constitucionais que servem de arrimo ao próprio regime republicano, além de integrar e complementar o rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

---

[1] Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão 4, de 1994.

II – Da alegada impossibilidade de retroação da LC 135/2010

Uma instigante questão suscitada por aqueles que combatem a "Lei da Ficha Limpa" consiste em saber se os efeitos da LC 135/2010 podem ou não retroagir para alcançar situações pretéritas, em face da mudança de redação de alguns de seus dispositivos, operada no Senado Federal.

A aprovação do projeto pelo Senado, de fato, suscitou certa perplexidade por conta de uma emenda de redação proposta pelo senador Francisco Dornelles (PP/RJ), acatada pelo relator, senador Demóstenes Torres (DEM/GO), que alterou os tempos verbais em cinco situações. Em todos os casos, substituiu-se a construção "tenham sido condenados" pela expressão "que forem condenados", nas alíneas *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do art. 1º da LC 64/1990.

Para descobrir o sentido e o alcance dessa emenda de redação, é preciso fazer uma reflexão a respeito da técnica hermenêutica, pois não existe norma em si mesma considerada, senão aquela que é interpretada pelo aplicador do direito.

O primeiro método de interpretação para compreender-se o significado de uma norma jurídica é o *gramatical* ou *filológico*. Nessa perspectiva, ao examinar a questão sob exame, Carlos Vogt, eminente professor titular de linguística, área de semântica, da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), concluiu o seguinte:

> (...) "os que forem condenados" é um enunciado de compreensão e não de extensão. Define, pelo predicado que enuncia, o universo compreensivo dos que nele se incluem pela qualidade de "ser condenado", de maneira conceitual e, nesse sentido, intemporal.
>
> Não é um enunciado descritivo, isto é, não inclui por enumeração, no conjunto dos "condenados", os indivíduos que a ele pertencem, mas sim o faz por atribuição da qualidade enunciada no predicado "ser condenado".
>
> Daí a forma condicional de sua enunciação: em sendo condenado, a qualquer tempo, seja ontem, hoje, ou amanhã, o indivíduo pertence, por compreensão atributiva ao conjunto dos que são definidos pelo enunciado "os que forem condenados" e, portanto, compreendidos pela abrangência da lei.[2]

Já para o filólogo Evanildo Bechara, membro da Academia Brasileira de Letras (ABL), enquanto a expressão "tenham sido" é mais clara e aponta para uma só categoria, qual seja, a daqueles que já foram condenados no passado, a expressão "os que forem condenados" dá margem a duas interpretações:

> Uma dessas interpretações abrange só os que vierem a ser condenados. A outra, porém, abrange todos aqueles na condição de condenados, o que, portanto, inclui os que já tiverem condenações. Do meu ponto de vista, essa segunda interpretação é a mais próxima do espírito inicial do projeto pensado na sociedade. E eu escolho o que está mais próximo do espírito do projeto.[3]

---

[2] Resposta a consulta formulada por este presidente do TSE, encaminhada por e-mail.

[3] Cf. *O Globo*. Ficha Limpa: efeitos da mudança no tempo verbal do texto da lei dividem especialistas, de 24-5-2010.

Entretanto, ainda que, segundo esse método, possam surgir duas interpretações, como lembra Karl Larenz na esteira de outros doutrinadores, a interpretação literal dos textos legais constitui apenas a primeira etapa do processo hermenêutico.[4] Vicente Ráo, por sua vez, discorrendo acerca das técnicas de interpretação, aponta para os riscos decorrentes do apego ao sentido literal dos textos, com o abandono dos demais processos hermenêuticos, recordando uma velha regra do direito luso-brasileiro segundo a qual "deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção".[5]

Ao ponderar quanto aos problemas da exegese literal, Carlos Maximiliano, por seu turno, ensina que, na hipótese de "antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo autor, ou legislador, conforme as interferências deduzíveis do contexto".[6] E acrescenta o referido jurista:

> Resulta imperfeita a obra legislativa; porque as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas, e não atendem somente aos ditames da sabedoria (...). Daí resultam deslizes que se não corrigem, nem descobrem sequer, mediante o emprego do elemento gramatical: imprecisão dos termos, mau emprego dos tempos dos verbos (...).[7]

Não obstante essa assertiva, conforme esclareceu o relator do projeto de lei, em interpretação autêntica, o Senado introduziu no texto apenas uma emenda de redação, com o objetivo de uniformizar e harmonizar os tempos verbais utilizados nos vários dispositivos do projeto.[8] Nessa linha, assentou, conforme consta dos anais, que

> pode ser feita uma emenda de redação, para colocar só "os que forem". Pode apresentar emenda de redação, que acolho, que isso aí **é bem para a harmonização desse texto**. E nós vamos colocar "os que forem". Mas não há defeito nenhum. Isso, em direito, é assim mesmo. Várias leis falam "os que forem" e várias leis falam "os que tenham sido". Agora, na mesma lei, realmente é complicado.[9]
> (Grifei.)

---

[4] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

[5] Assentos n. 345, de 17-8-1811, e 358, de 10-6-1817, adotados pelo art. 62, § 3º, da Consolidação de Carlos Carvalho. Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 486.

[6] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed.

[7] Idem. Ibidem. p. 97.

[8] Cf. art. 118, § 8º, do *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*: "Denomina-se *emenda de redação* a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto" (Grifei).

[9] Ata da 21ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura, realizada no dia 19-5-2010.

Assim, por tratar-se de mera emenda de redação, forçoso é concluir que o texto não sofreu nenhuma modificação em seu sentido original, pois se tal fosse o caso, o projeto teria sido devolvido à Câmara dos Deputados.

O já citado Dalmo de Abreu Dallari, reforçando tal entendimento, relembra que alguns exemplos, calcados na legislação brasileira, deixam evidente que a flexão verbal "forem" tem sido frequentemente utilizada na linguagem jurídica para designar uma condição e não um lugar no tempo:

> (...) no Código Civil que vigorou desde 1916, no artigo 157, ficou estabelecida a possibilidade de separação de um casal por mútuo consentimento "se forem casados por mais de um ano". E jamais se disse que isso valia apenas para os casamentos futuros.
>
> Mais tarde, quando se introduziu o divórcio no sistema jurídico brasileiro, a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, dispôs que poderia ser dada a separação judicial dos cônjuges "se forem casados há mais de dois anos". E pelo artigo 49, parágrafo 6º, estabeleceu-se que o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença. E jamais se disse que essas disposições valiam apenas para os casamentos realizados depois da vigência dessa lei ou para os que adquirissem a nacionalidade brasileira depois da nova lei.
>
> As expressões "forem casados" e "forem brasileiros" designavam, precisamente, uma condição ou qualidade, nada tendo a ver com acontecimentos futuros. Acrescente-se, ainda, que o novo Código Civil brasileiro, de 2002, estipula, no artigo 1.642, inciso VI, que tanto o marido quanto a mulher podem "praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente". E ninguém, razoavelmente esclarecido, dirá que só estão proibidas as vedações estabelecidas por lei posterior a 2002. Quando a lei diz "forem vedados" refere-se a estarem vedados, podendo a vedação estar prevista numa lei muito antiga.[10]

Desse modo, concluo que a expressão "os que forem condenados" não exclui do alcance da LC 135/2010 os candidatos já apenados, pois lei eleitoral nova que altere as causas de inelegibilidade – ampliando ou não seu gravame – aplica-se imediatamente.

Não se trata, pois, nessas hipóteses ou em outras contempladas na LC 135/2010, em especial aquela objeto de discussão nestes autos, a meu ver, de **hipótese de retroatividade**. Isso porque, por ocasião do registro, considerada a lei vigente naquele momento, é que são aferidas as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. São, portanto, levados em linha de conta, no momento oportuno, fato, ato ou decisão que acarretem a impossibilidade de o candidato obter o registro.

Também não se pode perder de vista que, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte e do TSE, as normas que alteram ou impõem inelegibilidades **não têm caráter penal**, como também não configuram sanção. Constituem

---

[10] DALLARI, Dalmo de Abreu. *A gramática da ficha suja.* Observatório da Imprensa, Caderno da Cidadania, de 16-6-2010. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=594CID012>.

regras de proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos.

É que, como bem assevera José Afonso da Silva, "a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de direito constitucional, mas princípio geral de Direito".[11]

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que:

> Outra alegação é que a aplicação da Lei da Ficha Limpa a situações estabelecidas anteriormente seria contrária à regra constitucional que proíbe a retroatividade. Também nesse caso está ocorrendo um equívoco. De fato, a Constituição proíbe a aplicação retroativa da lei penal, encontrando-se essa interdição em disposição expressa do art. 5º, inciso XL, segundo o qual "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Ora, não há como confundir uma lei que estabelece condições de inelegibilidade, uma lei sobre as condições para o exercício de direitos políticos, com uma lei penal. Veja-se que a própria Constituição, no já referido art. 14, parágrafo 9º, manda que seja considerada a vida pregressa do candidato, ou seja, o que ele fez no passado, para avaliação de suas condições de elegibilidade. Assim, pois, não ocorre a alegada inconstitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, porque ela não fixa pena, mas apenas torna explícito um dos aspectos da vida pregressa que podem gerar a inelegibilidade.[12]

A jurisprudência do STF e do TSE, sedimentada a partir do advento da LC 64/1990, cumpre lembrar, formou-se exatamente nessa direção.

No julgamento do Recurso 8.818/SE, julgado em 14-8-1990, por exemplo, o relator, ministro **Octavio Gallotti**, afirmou não haver aplicação retroativa de norma penal, "mas incapacidade para eleição futura".

Em hipótese semelhante, que também cuidava do art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990, o ministro **Carlos Velloso**, no Recurso 10.127/PR, de 24-9-1992, na mesma linha, assentou ser "impossível se falar em direito adquirido, face à ausência de elementos constitutivos de sua formação (...). O que se verifica no caso sob exame é o efeito dinâmico de uma situação, alcançado pela norma superveniente de direito público".

Ainda com relação ao mesmo dispositivo, o ministro **Sepúlveda Pertence**, no julgamento dos Recursos 10.138/SP, de 17-9-1992, e 9.797/PR, de 19-9-1992, partindo do pressuposto de que a inelegibilidade não é pena, consignou: "aplica-se, pois, a alínea *e* do art. 1º, I, da Lei de Inelegibilidades aos condenados pelos crimes nela referidos, ainda que o fato e a condenação sejam anteriores à vigência."

---

[11] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 134.

[12] Cf. (observatoriodaimprensa.com.br), acesso em 21-9-2010.

Na mesma linha, no Recurso 9.052/RS, relator o ministro **Pedro Acioli**, de 30-8-1990, entendeu-se que o art. 1º, I, *g*, da LC 64/1990 incidia sobre aqueles que tinham suas contas rejeitadas, mesmo antes da vigência da lei.

Confirmando também que o art. 1º, I, *g*, da LC 64/1990 aplicava-se àqueles que tinham contas rejeitadas antes do advento da Lei de Inelegibilidades, o STF, no MS 22.087, relator o ministro **Carlos Velloso**, em 10-5-1996, assentou que as inelegibilidades não constituem pena, sendo possível a "aplicação da LC 64/1990 a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência".

Na verdade, o próprio legislador complementar, vislumbrando a possibilidade de o diploma em comento alcançar situações jurídicas anteriores à publicação do novo diploma, previu que "os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o *caput* do art. 26-C da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar" (art. 3º da LC 135/2010).[13]

Vê-se, assim, que as causas de inelegibilidade, enquanto normas de ordem pública, aplicam-se a todos indistintamente, contemplando, inclusive, situações jurídicas anteriores à publicação da LC 135/2010, cabendo à Justiça Eleitoral verificar – no momento do pedido de registro de candidatura – se determinada causa de inelegibilidade prevista em abstrato na legislação incide ou não em uma situação concreta, tal como sempre ocorreu em todos os pleitos.

III – Da não ocorrência de afronta ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, ambos abrigados no art. 5º, XXXVI, da Constituição

Penso que **a inelegibilidade não constitui efeito futuro do ato de renúncia**, tratando-se, ao revés, de hipótese que incide sobre a condição de elegibilidade do candidato no tempo presente.

Ora, tratando-se de condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade, esses requisitos se perfazem **no momento do registro da candidatura**. Tal entendimento alinha-se à decisão já proferida por esta Corte no sentido de que a lei a ser considerada é aquela vigente por ocasião do registro, quando serão levados em linha de conta o fato, o ato ou a decisão que acarretem eventual inelegibilidade (cf. RE 129.392/DF, rel. min. **Sepúlveda Pertence**).

No mesmo sentido, o STF já assentou **não haver direito adquirido à reeleição**, pois aplicam-se às candidaturas as regras de elegibilidade vigentes no momento do registro "não [o direito] adquirido no passado, mas [o direito] atual" (RE 597.994/PA, rel. min. **Eros Grau**, *DJE* de 28-8-2009).

---

[13] "A novel norma adiciona o art. 26-C na Lei de Inelegibilidades, Lei Complementar 64, de 1990, possibilitando ao órgão colegiado competente apreciar o recurso contra a decisão condenatória, em caráter cautelar, a suspensão da inelegibilidade, condicionada ao expresso requerimento na petição recursal e à plausibilidade dos fundamentos elencados." Cf. FURTADO COELHO, Marcus Vinícius; REIS, Márlon Jacinto. A cautelar suspensiva de inelegibilidade e a competência dos órgãos judiciários. In: *Ficha Limpa*: Lei Complementar 135 de 4 de junho de 2010, interpretada por juristas responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: EDIPRO, 2010. p. 250.

Reconhecendo, todavia, a tensão que se estabelece entre os valores "estabilidade" e "justiça", não tenho maiores dúvidas em rejeitar a ideia de que as normas de ordem pública são infensas à regra que protege o direito adquirido. Alinho-me, contudo, à jurisprudência do STF que, sem negar a incidência do direito adquirido às regras de ordem pública, **atribui-lhe alcance mais restritivo** (cf. RE 235.736/MG, rel. min. **Ilmar Galvão**, *DJ* de 21-3-2000; RE 140.436/SP, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 6-8-1999).

É que a incidência irrestrita do direito adquirido, em se tratando de regime jurídico público, levaria, nas palavras da ministra **Cármen Lúcia**, a uma condição de "inércia a estagnar a dinâmica jurídica das normas fundamentais".[14]

Diante desse quadro, estou convencido de que não há falar em ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ambos abrigados no art. 5º, XXXVI, da Constituição, uma vez que as condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade, estabelecidas na LC 64/1990, são verificadas no momento do registro de candidatura.

IV – Da inexistência de violação do art. 55, II, III, e §§ 2º e 4º, da Constituição Federal

Nos termos do art. 55, § 2º, da Constituição, cabe ao Senado a decisão a respeito da **perda do mandato** de senador acusado de infringir o disposto no art. 55, I, II e VI, da Carta Magna.

Todavia, a alínea *k* da LC 135/2010 requer, apenas, que a representação proposta perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal tenha o potencial ou a capacidade de autorizar a abertura do processo contra o parlamentar. Ora, não há dúvida de que a análise do referido potencial ou capacidade **não está relacionada ao mérito** da representação ou da petição, uma vez que este exame – é certo – cabe apenas às Casas que integram o Congresso Nacional. Convém recordar, no entanto, que o próprio texto constitucional elenca objetivamente os requisitos que revelam esse potencial, quais sejam, **a finalidade do pedido** e **a legitimidade do representante**.

Proceder-se a tal análise não me parece desarrazoado, especialmente tendo em vista que a legitimação para a apresentação dessas representações está limitada à "provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional" (art. 55, § 2º, da Constituição).

Entendo, assim, que interpretação diversa faria com que se perdesse a teleologia da norma em questão, decorrendo essa exegese, de resto, de uma interpretação sistemática dos §§ 2º e 4º do art. 55 da Lei Maior.

Ora, como já decidido por esta Suprema Corte, com fundamento do art. 55, § 4º, da CF, após a **abertura do processo, a renúncia deixa de produzir efeitos, ficando suspensa** "até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º" (MS 25.595/DF, rel. min. **Ayres Britto**, *DJ* de 1º-10-2005).

---

[14] ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *Revista Forense*. v. 308, out./dez. 1989. p. 3-11.

Significa dizer que a renúncia oferecida **após a abertura** do processo **não impede o seu processamento**, de modo que o congressista acabará sendo julgado por seus pares. Consequentemente, apenas a renúncia apresentada antes que o parlamentar seja acusado é que impedirá o curso do processo e a inelegibilidade decorrente de eventual condenação.

Justamente nesse ponto reside a finalidade da norma sob exame. Partindo do pressuposto de que **eventual condenação leva não apenas à perda do mandato, mas também à inelegibilidade, a LC 135/2010 veio suprir uma lacuna decorrente de renúncia com o propósito de contorná-la**.

A nova disposição legal, com efeito, impõe a inelegibilidade justamente àqueles que **abdicam do mandato, antes da instauração do processo**, de modo a impedir eventual inelegibilidade que poderia advir de uma futura condenação.

Em outras palavras, a citada alínea *k*, ao invés de fazer oposição ao dispositivo constitucional em tela, acaba por prestigiá-lo. Penso ser essa a interpretação mais consentânea com o objetivo colimado pelo texto constitucional. Cito, nesse sentido, Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto:

> (...) agiu corretamente o legislador ao estabelecer a inelegibilidade do detentor de cargo eletivo que renunciar após o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo que possa implicar perda do mandato e inelegibilidade. Neste caso, o ato caracteriza fraude mediante o desvirtuamento da faculdade de renunciar a mandato eletivo, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 9º do art. 14 da CF, havendo desvio de finalidade do direito à renúncia.
>
> (...)
>
> Impende salientar que esse preceito não pode ser considerado novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo art. 172 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores civis da União, o servidor que estiver respondendo a processo disciplinar somente poderá ser exonerado a pedido ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade eventualmente aplicada. Além disso, de acordo com os arts. 134 e 135 dessa lei, se posteriormente for comprovada a prática de falta punível com a demissão dentro do prazo prescricional de cinco anos, o servidor já afastado poderá ter sua aposentadoria e sua disponibilidade cassadas, ou sua exoneração poderá ser convertida em destituição de cargo em confiança.[15]

Não há dúvida de que a renúncia, antes de instaurado o processo no Poder Legislativo, opera plenos efeitos, segundo a norma constitucional, razão pela qual não poderia lei complementar afastar essa possibilidade.

A alínea *k* do mencionado dispositivo, porém, não conflita com o art. 55, § 4º, da Constituição, cuja consequência limita-se à perda do mandato. De fato, ao estabelecer nova causa de inelegibilidade, ela dispõe, validamente, a respeito de matéria que apresenta natureza infraconstitucional.

---

[15] Da inelegibilidade por renúncia a mandato eletivo no curso de processo político. In: REIS, Márlon Jacinto e outros (Coord.). *Ficha Limpa*: Lei Complementar n. 135 de 4 de junho de 2010 interpretada por juristas responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: EDIPRO, 2010. p. 186-187.

V – Da ausência de afronta aos postulados da presunção de inocência e do devido processo legal, estabelecidos no art. 5º, LIV e LVII, da Constituição Federal

Quanto à suposta violação do princípio da presunção de inocência, destaco, inicialmente, que a LC 135/2010, como já dito, buscou resguardar a "probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato", valores constitucionais do mais alto quilate.

Nessa linha, **para os fins de inelegibilidade**, penso que a Constituição conferiu especial destaque a tais valores, sem, contudo, impor maiores sacrifícios ao princípio da não culpabilidade, conforme bem destacou o ministro **Hamilton Carvalhido**, no julgamento da Consulta 1.120-26/DF, *in verbis*:

> A garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do art. 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade, em obséquio da probidade administrativa para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato.
>
> A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.
>
> Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar n. 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade.

Com efeito, em uma necessária ponderação de valores, penso que a presunção de não culpabilidade, em se tratando de eleições, cede espaço – sem ser, evidentemente, desprezada – aos valores constitucionais estabelecidos no art. 14, § 9º, da Constituição.

Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, **como a renúncia ou a condenação por órgão colegiado**, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

Essa questão não passou despercebida pelas Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional. Nesse aspecto, na CCJ do Senado Federal, o parecer ratifica, *ipsis litteris*, o parecer que foi aprovado na CCJ da Câmara dos Deputados ao assentar que:

> Naturalmente, no que tange ao campo da constitucionalidade material, as premissas jurídicas que alicerçam a presente iniciativa têm ensejado, no âmbito do Parlamento e da sociedade, fortes e agudas polêmicas. De fato, há os que entendem que esta proposição legislativa colidiria com o princípio da presunção de inocência

firmado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, na medida em que este afirma que "ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Data maxima venia, não compartilhamos desse ponto de vista, apesar de reconhecermos o consistente embasamento jurídico de que se reveste e a inegável autoridade jurídica dos que os sustentam. Ao contrário do que ocorre com os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), acreditamos que ao aludido princípio da presunção de inocência não se pode dar interpretação ampliativa capaz de abranger toda e qualquer situação restritiva de direitos decorrente de ato jurisdicional. Seu âmbito de aplicação – **ou pelo menos a sua aplicação de forma mais rigorosa e estrita, acrescento** – deve ser circunscrito exclusivamente ao processo penal, como, aliás, resulta diretamente da interpretação literal do dispositivo que o agasalha. Não fosse assim, salvo melhor juízo, jamais poderiam ter quaisquer sentenças que impõem condenações ou sanções de âmbito material diversos das do mundo penal, a possibilidade de gerar eficácia jurídica imediata, o que contrariaria por completo as lições doutrinárias firmadas no âmbito da nossa Teoria Geral do Processo e em nossas próprias regras de direito positivo.

(Fl. 11.)

Convém destacar que os valores constitucionais estampados no art. 14, § 9º, da Carta Magna são exigidos não apenas daqueles que almejam cargo eletivo no Poder Executivo e no Poder Legislativo, mas também – e nem poderia ser diferente – daqueles que querem ingressar nos tribunais do País.

Com efeito, a Constituição exige para o ingresso nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 94). Da mesma forma, para ingressar nos Tribunais Superiores (arts. 104, 119 e 123, todos da CF) e no Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF) requer-se notável saber jurídico e reputação ilibada. Em outras palavras, sem a reputação ilibada, que, a meu ver, engloba os valores probidade administrativa e moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa, o candidato não pode integrar o Poder Judiciário.

Nesse sentido, nos autos da Rcl 5.413/SP, rel. min. **Menezes Direito**, julgada na sessão de 10-4-2008, o Plenário desta Corte entendeu que a recusa de determinado nome da lista de candidatos ao "quinto constitucional", pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, estava arrimada em critério objetivo, pois o candidato **respondia a processo criminal**. O julgado recebeu a seguinte ementa:

Reclamação. Ordem dos Advogados do Brasil. Lista. Composição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recusa. Devolução.

1. A devolução da lista apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil com clara indicação dos motivos que a suportaram não viola decisão desta Suprema Corte que, expressamente, ressalvou essa possibilidade "à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário" (MS 25.624/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19-12-2006).

2. Reclamação julgada improcedente.

Colho do voto condutor proferido pelo eminente ministro **Menezes Direito** os seguintes fundamentos:

> O acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontado como ofensivo ao do mencionado mandado de segurança, apenas determinou a devolução da lista à Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo sob o argumento de que não estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 94 da Constituição Federal quanto a dois dos advogados indicados na respectiva lista. Um deles responderia a processo criminal e outro não possuiria notável saber jurídico por ter sido reprovado em cerca de dez concursos para a magistratura.
>
> Não se verifica, assim, o alegado descumprimento à decisão desta Corte, MS 25.624/SP, que, inclusive, ressalvou a possibilidade "à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário". Ressalto que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a devolução da lista apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo com a clara indicação dos motivos que a nortearam, razão por que não afrontou o que foi decidido pela Suprema Corte.

Dito de outro modo, ficou decidido que o Tribunal competente, mediante critério objetivo e motivado, pode e deve recusar o nome de candidato a membro do Poder Judiciário mesmo que este esteja apenas respondendo a processo criminal.

Pergunto, então, poderia o mesmo cidadão pleitear um cargo eletivo, por exemplo, o de governador de uma unidade da Federação? A resposta, para mim, é claramente negativa. Com efeito, a LC 135/2010, a partir dos vetores constitucionais que devem balizar o ingresso em todo e qualquer cargo público, definiu novas hipóteses de inelegibilidade, mediante critérios objetivos e razoáveis (prazo de oito anos de inelegibilidade e possibilidade de sustar a decisão judicial que acarreta a restrição).

Não há falar, portanto, em violação do princípio da não culpabilidade, nessas situações.

VI – Do suposto abuso no poder de legislar e da alegada afronta ao princípio da proporcionalidade

Finalmente, sobre a fixação do mesmo prazo de inelegibilidade para aqueles que foram condenados, absolvidos ou que renunciaram violaria o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e isonomia.

Não verifico, porém, a ocorrência de ofensa a tais princípios, porque ausente qualquer abuso legislativo. Com efeito, não identifico nenhuma desproporção ou exagero na LC 135/2010, seja na classificação dos atos considerados impeditivos do registro de candidaturas, seja na cominação de novos prazos de inelegibilidade, sobretudo porque ela mesma prevê a sustação judicial de seus efeitos.

Ademais, considerando tratar-se de uma opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas,

pelo chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie.

Ressalto, por fim, que não há falar em critério desproporcional na fixação de inelegibilidade pelo prazo de oito anos, uma vez que esse tempo, a meu ver, é o mínimo que o legislador poderia ter estabelecido.

Isso porque o prazo de oito anos coincide: i) com o mandato de senador da República; ii) com o tempo em que o chefe do Executivo pode permanecer no poder, contando com a reeleição; e iii) com a "inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública" como consequência de *impeachment*, prevista no art. 52, parágrafo único, da Constituição.

Na redação anterior do art. 1º, I, da Lei de Inelegibilidades, as alíneas *b*, *c*, *d*, *e*, e *h* estabeleciam o prazo de três anos de inelegibilidade, a alínea *f* fixava quatro anos, e a alínea *g* previa cinco anos. Entretanto, na realidade, esses prazos eram praticamente inócuos. Isso porque **o estado de inelegibilidade, na maioria dos casos, cessava antes mesmo do término do mandato**.

Na antiga dicção da alínea *d*, por exemplo, a inelegibilidade era estabelecida para "os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, **transitada em julgado**, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados", bem como para as que se realizassem nos três subsequentes. Desse modo, como se sabe, os políticos em tal situação livravam-se da inelegibilidade no terceiro ano de seu mandato e podiam concorrer até mesmo à reeleição.

Na verdade, a referida alínea *d* jamais teve efetividade na história da Justiça Eleitoral. É que, além de ser completamente inócuo o prazo de inelegibilidade fixado em três anos, contado do início do mandato, **a exigência do trânsito em julgado tornava o dispositivo letra morta**.

Por essas razões, o legislador complementar procurou superar a falta de efetividade dos citados dispositivos, uniformizando, por meio da "Lei da Ficha Limpa", o prazo de inelegibilidades para oito anos nas alíneas *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, garantindo, assim, o mínimo de eficácia normativa aos valores constitucionais protegidos pela norma, em clara homenagem aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia.

VII – Da parte dispositiva

Isso posto, julgo **procedente** esta ação para declarar a constitucionalidade da LC 135/2010, denominada "Lei da Ficha Limpa".

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Protesto por novo Júri, por exemplo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O TSE não. Aqui, sim.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Até porque os irmãos Naves não poderiam ter concorrido.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Quem é que vai querer um político desse ao seu lado, que instiga o suicídio?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Se o argumento fosse esse, bastaria um inquérito; não precisaria ter julgamento, bastaria o inquérito, crime grave por si só.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite? Sem querer polemizar, evidentemente, mas também concordando em grande parte com as dificuldades que Vossa Excelência está encontrando, até do ponto de vista da razoabilidade, desta opção legislativa, mas eu insisto nesse aspecto, eminente ministro Celso de Mello, isso foi uma opção legislativa, quer dizer, ele optou por um órgão colegiado. Ele poderia ter dito que seria segundo grau ou depois de um recurso adequado. Mas o que faria o prejudicado, no caso, alguém que é condenado por um órgão judicial dessa natureza? Ele simplesmente recorre mediante um remédio expedito, previsto na própria Lei da Ficha Limpa, LC 135, que tem precedência sobre todos os processos, como eu já disse, salvo sobre *habeas corpus* e mandado de segurança, para restituir-lhe imediatamente, se for o caso, se for pertinente o seu pleito, o seu direito sagrado de concorrer às eleições.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Se me permite, Excelência.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas há uma diferença de monta, me parece, de qualidade. Dos órgãos colegiados de primeiro grau, somente o Tribunal do Júri é soberano, as correções eventuais se fazem por *error in procedendo*, não por *error in judicando.*

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, mas materialmente não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É recorrível, mas não é substituível.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Uma vez e pode-se repetir a mesma decisão.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas a soberania do Júri está lá na Constituição Federal.

Mas não é esse o aspecto que eu queria abordar rapidamente. Só para Vossa Excelência também ponderar. Vossa Excelência tanto contribui com os nossos debates, eu gostaria também de ser recíproco nesse particular.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E é exatamente sobre a colegialidade. Eu tive a oportunidade de participar de uma banca examinadora de um excepcional mestrando, professor Guilherme Sokal, que abordava exatamente essa questão da colegialidade. Então, a colegialidade não está intrinsecamente ligada a um órgão do segundo grau de jurisdição, porquanto a razão de ser da colegialidade, segundo essa tese que me convenceu, está exatamente na garantia da independência dos vários membros julgadores – e aqui no Júri são vários mesmo – e, acima de tudo, na contenção do arbítrio individual.

Então, a lei não prevê decisões monocráticas, e, se a lei eventualmente recai no Tribunal do Júri, nós temos aí a razão de ser da colegialidade atendida, porque se garante a independência – são vários e incomunicáveis, inclusive é regra que os jurados não podem se comunicar. Em segundo lugar, contém-se eventualmente o arbítrio individual, porque a decisão é colegiada. Essa é a razão de ser da colegialidade, não é necessariamente o segundo grau de jurisdição, porque, se o segundo grau de jurisdição fosse tão bom assim, as ações se iniciariam direto lá.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite? Não pode haver órgão de segundo grau para o Júri, por quê? Porque como o veredito do corpo de jurados é soberano, o veredito é soberano, a soberania pré-exclui qualquer ideia de segundo grau, quanto à materialidade da decisão.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Não, mas volto a dizer: para *error in procedendo*. Mas para mudar a substância da decisão, a materialidade da decisão, não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não há soberania.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência, enquanto as palavras tiverem um sentido lógico, "soberania", mencionada pela Constituição às expressas, "soberania dos vereditos", vem de super-homem: o que está acima de tudo, o que está acima de todos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, eu vejo o exame de validade jurídica da LC 135, de 4 de junho de 2010, chamada de Lei da Ficha Limpa,

por um único modo possível de exame propriamente jurídico, que é confrontar, comparar a lei com a sua matriz constitucional. A lei não se faz de rogada. Ela diz, desde o seu preâmbulo, desde a sua ementa, que se destina a atender a convocação do § 9º do art. 14 da Constituição Federal em matéria de inelegibilidade. O *pedigree* da lei não começa com ela mesma, começa com a Constituição: o § 9º do art. 14 de que ela é serviente. E, desde o julgamento do RE 630.147, de 22-9-2010, venho defendendo essa tese, esse ponto de vista da compatibilidade da lei formal e materialmente com a Constituição Federal.

Então, o primeiro elogio que faço não é propriamente à lei, é à própria Constituição com a redação introduzida ao § 9º pela Emenda Constitucional de Revisão 4, já considerada constitucional por este Supremo Tribunal Federal.

E aqui está dito na Constituição:

> Art. 14. (...)
> (...)
> § 9º Lei complementar [é o caso da Lei da Ficha Limpa] estabelecerá outros casos de inelegibilidade [e efetivamente cuida a LC 135 de outros casos, vale dizer, além dos casos de inelegibilidade já aportados pela Constituição no art. 14] e os prazos de sua cessação, a fim de proteger [aí vem os valores exponenciais] a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato (...)

Com esse comando, a Constituição homenageou um dos valores hoje universalmente consagrados. Há três valores, em rigor, planetariamente consagrados como signo de evolução cultural e maturidade política de um povo. Esses três valores são: a democracia, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a moralidade na vida pública. São três valores que todo o povo de democracia consolidada, de cultura avançada, todo o povo que se preza na sua experiência histórica consagra e proclama como conteúdo de norma de direito positivo.

A nossa Constituição, portanto, merece esse elogio por haver homenageado o princípio – vou chamar da moralidade porque, para mim, a probidade administrativa é um dos conteúdos do princípio da moralidade. Mas a Constituição falou de probidade administrativa em separado, como se fosse algo distinto do princípio da moralidade, por uma razão perfeitamente compreensível: a probidade administrativa foi tratada com especial carinho, com especial apreço, com especial valoração pela nossa Carta Magna.

Está dito no § 4º do art. 37, em letras luminosas, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário sem prejuízo das ações penais cabíveis. Por que a Constituição reagiu por modo tão drástico, tão severo à violação da probidade administrativa? Porque a nossa tradição administrativa política não é boa – muito pelo contrário – nessa matéria de respeito a bens e valores públicos. Lembro-me, ministro Celso de Mello, de um trocadilho muito bem posto por padre Antônio Vieira sobre os governadores-gerais. Ele disse assim: os governadores chegam pobres às Índias ricas – o Brasil era

chamado de Índias Ocidentais por causa do erro de Colombo – e retornam ricos das Índias pobres. Ou seja, eles saqueavam o tesouro, o erário, os valores aqui deste nosso País, desta nossa colônia. E Ulisses Guimarães, numa frase também muito bem colocada, disse: a corrupção é o cupim da República. A nossa tradição, portanto, é péssima em matéria de respeito ao erário.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: (Cancelado)

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Muito bem. Então, a nossa Constituição só merece aplauso por essa norma em defesa do princípio da moralidade e, mais de perto, em defesa de um dos conteúdos, talvez, o mais eminente dos conteúdos do princípio da moralidade, que é a probidade administrativa.

Ao fazê-lo, a Constituição criou uma espécie de devido processo legal eleitoral substantivo, que tem duas vertentes, parece-me, ou dois conteúdos: primeiro, é o princípio da respeitabilidade, aquele que sai do campo da presentação de si mesmo e se desloca para o campo da representação de toda uma coletividade, investindo-se em prerrogativas, como inviolabilidade, que é material, e imunidade, que é processual, e se tornando membro do poder, a face visível do Estado, a encarnação do poder público. Tem que ter respeitabilidade, porque uma coisa é o direito individual a se presentar nos atos da vida civil em geral; outra coisa é o direito político de representar toda uma coletividade. Presentação é uma coisa. Representação é um *plus* de significação jurídica, a demandar um regime jurídico também muito mais qualificado. Foi o que fez a nossa Constituição.

Agora, ela não esgotou o assunto. Que assunto? A sua focada preocupação de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. E foi uma preocupação tão focada, tão séria, que mandou considerar a vida pregressa do candidato – a vida pregressa do candidato.

E vida pregressa, volto a dizer, é uma vida biográfica, é um histórico de vida, é toda uma trajetória de vida do candidato que não pode estar imersa numa ambiência de nebulosidade no plano ético, menos ainda numa ambiência, digamos assim – os pilotos de avião temem muito uma nuvem chamada *cumulus nimbus*, que é capaz de derrubar um avião em pleno voo, evidentemente – uma pessoa que desfila pela passarela quase inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa pode-se apresentar como candidato? Candidato vem de cândido, que significa – o étimo da palavra explica bem – cândido é puro, é limpo, é depurado eticamente. E candidatura significa limpeza, pureza ética.

E nós sabemos dos costumes romanos, de os senadores vestirem-se com aquelas túnicas brancas para sinalizar a sua pureza de propósitos de intenções no trato da coisa pública.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Agora, sucede que cada povo formata juridicamente o seu apreço pela moralidade – esses três valores planetários: meio ambiente ecologicamente equilibrado; democracia; moralidade –, cada povo formata juridicamente esses valores a partir da sua cultura, a partir da sua história. Por exemplo, nos Estados Unidos, a tradição de democracia é a melhor possível. Nenhum povo pontifica tanto no respeito a princípios democráticos como o povo norte-americano, embora a matriz da democracia dita liberal seja propriamente a Inglaterra, a partir dos ensinamentos de Locke, e depois a França de Jean-Jacques Rousseau, embora suíço de nascimento, e o autor da separação dos poderes é Montesquieu. Esses dois foram os dois pensadores, por excelência, do movimento que veio a passar à história com o nome de constitucionalismo liberal.

Ora, aqui no Brasil, a Constituição tinha que ser mais dura na formatação jurídica do combate à imoralidade e à improbidade, porque a nossa história não é boa, muito pelo contrário, a nossa história é ruim. No plano democrático também. Eu me lembro, ministro Celso de Mello, que Tobias Barreto dizia – e olhe que Tobias Barreto nasceu em 1839, e acho que morreu em 1889, pouco antes da proclamação da República.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito, é um dos gênios da raça. Ele disse magnificamente: "Ali, onde o povo não é tudo, o povo não é nada." Eu não conheço um conceito tão radical de democracia quanto o de Tobias Barreto.

E o que quis esse artigo? Esse § 9º do art. 14 foi ambicioso. Ele quis infletir sobre uma péssima cultura brasileira no trato da coisa pública. E por isso é que se fez particularmente zeloso, cuidadoso com a proteção desses dois valores da probidade e da moralidade, considerada a vida pregressa do candidato.

Esse Supremo Tribunal Federal, de fato, é uma casa de fazer destino, não é ministro Celso de Mello? Julgamos ainda há pouco a Lei Maria da Penha, que é uma lei ambiciosa, porque ela não quis simplesmente endurecer a resposta penal do Estado a uma eventual agressão física de uma mulher no ambiente doméstico. Ela quis mudar uma cultura, uma mentalidade, excomungar o patriarcalismo.

Decidimos também sobre resolução do CNJ, que, para mim, aboliu, excomungou a cultura do biombo e confirmou a cultura da transparência, que ressai da nossa Constituição. Não por acaso – coisa interessante isso –, a resolução que nós terminamos por considerar constitucional é de número 135, e essa Lei da Ficha Limpa é de número 135. Acho que é uma feliz coincidência.

Então a Lei da Ficha Limpa tem essa ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no País o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos. Candidatos respeitáveis. Esse é um dos conteúdos do que estou chamando de princípio do devido processo legal eleitoral substantivo. O outro conteúdo é o direito que tem o eleitor de escolher pessoas

sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Os partidos políticos não vêm cumprindo na devida conta as altas responsabilidades que a Constituição lhes conferiu. Mas, enfim, a Lei da Ficha Limpa veio dezesseis anos depois da Emenda Constitucional de Revisão 4. O Congresso Nacional estava em mora. Ele não atendeu, por conta própria, por impulso interno, o chamamento a Constituição para aportar outros casos de inelegibilidade em prol da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. E o povo cansado, a população saturada, desalentada, se organizou, sob a liderança de mais de sessenta instituições da sociedade civil, dentre as quais, a CNBB e a Ordem dos Advogados do Brasil – estou, aqui, a divisar fisicamente os seus representantes –, o povo tomou essa iniciativa, conjugando democracia direta ou representativa – ainda, ontem, dizia a ministra Rosa Weber – com democracia indireta ou representativa, porque, quando a lei é de iniciativa popular, o Congresso Nacional atua quando a matéria já está a meio caminho, quando a iniciativa já está deflagrada. A democracia dita representativa, exercida pelo Congresso Nacional, já "pega o bonde andando", mas quem "põe o bonde nos trilhos", quem "põe o trem nos trilhos" é a própria sociedade civil, isso, no exercício do que a Constituição chama literalmente, no art. 14, soberania popular. Diz o art. 14:

> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto (...), e, mediante:
> I – plebiscito;
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Então, a iniciativa popular plenifica a democracia, a democracia procedimentalista ou representativa dá as mãos, dá os braços à democracia direta ou participativa. O que confere à lei, senão uma hierarquia jurídica maior – toda lei complementar tem a mesma hierarquia –, mas um tônus de legitimidade ainda maior, ainda mais denso. Então, essa lei complementar é fruto do cansaço, da saturação do povo com os maus-tratos infligidos à coisa pública, como se não vivêssemos numa *res publica*, numa República.

Mas o Congresso Nacional merece elogios, por quê? Porque purgou a mora, pagou a dívida e produziu uma lei, que a meu sentir, *data venia* de entendimento contrário, é de boa qualidade e foi votada por unanimidade – houve, ministro Lewandowski, no painel, um voto contra, mas o então presidente da Câmara, o deputado Michel Temer fez a devida apuração e foi erro, não havia nenhum voto contra –, então, ela passou por unanimidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Essas matérias todas: retroação, corporação, Tribunal do Júri e princípio da presunção de não culpabilidade, tudo foi debatido, aliás, na própria Constituinte, ministro Celso de Mello, eu resgatei uma emenda, que é de suma importância

para a compreensão da matéria que estamos a julgar. Foi a emenda do deputado Délio Braz. A emenda, aqui está, 100.315-1 na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Ele apresentou, o deputado, uma proposta para ampliar ao máximo o princípio da presunção de não culpabilidade, ele queria que o princípio da presunção de não culpabilidade rompesse os diques do direito penal e do direito processual penal para se derramar por todo e qualquer ramo do direito. E a proposta dele era:

> § 11. Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Ele retirou a palavra penal, ("até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"); mas ele perdeu, foi rejeitada essa emenda e foi colocada a palavra *penal* para restringir, adstringir, circunscrever, limitar o âmbito da proteção do indivíduo à matéria penal e não à matéria política. É importante o resgate dessa emenda no Congresso Nacional, rejeitada pelos constituintes. E eu acho que está certo, os constituintes agiram certo, os direitos individuais têm uma característica clássica e que permanece; em linhas gerais, eles se opõem ao Estado e implicam uma postura de inação do Estado, o "cruzar de braços" do Estado já é a própria condição material de gozo dos direitos individuais, claro, pelos indivíduos. São direitos do ser humano enquanto gente, enquanto pessoa de carne e osso.

Os direitos políticos, diferentemente, implicam uma intervenção do cidadão, não do indivíduo, do membro da *polis* na vida do Estado em dois momentos: para constituir os poderes políticos do Estado, produzir os quadros representativos da política estatal, e para acompanhar, criticamente, os atos desse poder politicamente constituído. Os direitos políticos, portanto, não têm a natureza jurídica dos direitos individuais no que toca, no que tange à pessoa jurídica do Estado. O Estado, como característica central, se abstém, daí se falar de absenteísmo estatal perante os direitos individuais. Mas perante os direitos políticos a proatividade é do indivíduo, que interfere na constituição dos poderes do Estado e controla o desempenho do concreto exercício desses poderes. Por isso que, enquanto o indivíduo é gente, o membro do poder é agente – não confundir gente com agente. Para sair da condição singela de gente para a condição muito mais qualificada de agente, a face visível do poder, a encarnação do Estado, é preciso muito maior qualificação. E essa é a razão de ser da ficha limpa, bebendo de boa fonte, de fonte límpida, que é o § 9º do art. 14 da Constituição.

Nessa perspectiva, senhor presidente, eu concluo o meu voto, acompanhando integralmente o voto do ministro Joaquim Barbosa, porque o voto do ministro Luiz Fux, embora na mesma direção, contém uma restrição, uma interpretação conforme, e eu entendo que a lei é constitucional às inteiras, de ponta a ponta.

Muito obrigado!

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, eu já externei, em outras oportunidades, minha opinião a propósito desse tema, no que é já, portanto, conhecida.

Eu trago voto escrito, mas vou tentar sintetizar.

Estou aqui me referindo às lições do nosso Tribunal a propósito da própria violação ao princípio da irretroatividade. Cito a doutrina portuguesa, a propósito também do assunto, e leio o voto.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: As ADC 29 e 30 e a ADI 4.578, em seu conjunto, têm por objeto, na parte conhecida conforme o voto do ministro relator, as alíneas *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010.

O eixo da argumentação desenvolvida pelos requerentes diz respeito ao confronto entre esses dispositivos da LC 135/2010 e os princípios da (I) **irretroatividade da lei**, da (II) **presunção de não culpabilidade** e da (III) **proporcionalidade**.

Analisemos, então, as questões levantadas.

I – Violação ao princípio da irretroatividade da lei

É, ainda hoje, multiplamente referida a lição de Moreira Alves (relatório/voto na ADI 493, julgada em 25-6-1992), citando José Carlos de Matos Peixoto, o professor Matos Peixoto, no *Curso de direito romano*:

> Normalmente as leis dispõem para o futuro, não olham para o passado. Em consequência, os atos anteriores à vigência da lei nova regulam-se não por ela, mas pela lei do tempo em que foram praticados – *tempus regit actum*.
>
> Entretanto, algumas leis afastam-se, excepcionalmente, dessa regra e retrocedem no tempo, alcançando fatos pretéritos ou os seus efeitos. Tais leis chamam-se retroativas. Mas a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade. Desse ponto de vista, distinguem-se, em direito civil – dizia Matos Peixoto, citado por Moreira Alves – três graus de retroatividade: máxima, média e mínima.
>
> Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consumados. Está nesse caso, por exemplo, a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres, os juros já recebidos. Também o era a lei francesa de 12 de brumário, do ano II (3 de novembro de 1793), que admitiu esses naturais à sucessão paterna e materna em igualdade de condições com os filhos legítimos, desde 14 de julho de 1789, data em que, segundo as leis revolucionárias da época, *les droits de la nature ont repris leur empire*. A retroatividade operava radicalmente no passado, até a data referida, refazendo mesmo as partilhas definitivamente julgadas. A retroatividade é

média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor. Tal é a Constituição de Justiniano que limitou a seis por cento, em geral, após sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores. No mesmo caso está o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, Lei de Usura, que reduziu a doze por cento, em geral, as taxas dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.

E prosseguia, então, o ministro Moreira Alves:

Como assinala Arnold Wald, "a doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta os negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança os direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei novas consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior".

Nesse sentido, por igual, a lição de Caio Mário da Silva Pereira – dizia então Moreira Alves:

> Quando uma lei atinge os efeitos dos atos jurídicos praticados ou as situações jurídicas constituídas, ou os direitos subjetivos adquiridos sobre o império da lei caduca, diz-se que é retroativa. Os princípios de direito intertemporal têm por escopo indagar em que casos ocorre a retroatividade da lei, e formular as regras, segundo as quais o aplicador se informa de quando o efeito imediato da lei não envolve uma atuação retro-operante. Noutros termos, sob a rubrica direito intertemporal, a Ciência Jurídica formula os princípios que devem nortear o intérprete na conciliação daqueles dois cânones fundamentais do ordenamento jurídico, que são a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas.

E ele dizia ainda mais – o ministro Moreira Alves –, citando agora um dos nossos clássicos do direito civil; nada mais, nada menos do que Serpa Lopes:

Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito pode gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem, necessariamente, sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àquelas situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhados pela nova lei revogadora.

E, mais adiante – diz Moreira Alves –, refutando a tese de que a aplicação imediata é inconfundível com o efeito retroativo, completa Serpa Lopes:

O argumento em geral não nos parece procedente. A lei pretérita teve vigência num determinado espaço de tempo e os fatos jurídicos então ocorridos muitas vezes não se paralisam igualmente com a cessação da lei. Pelo contrário. Muitos deles se projetam durante largo tempo, em etapas continuadas, como num filme cinematográfico.

> A controvérsia gira, precisamente, em torno de se saber até que ponto deve chegar o respeito aos efeitos da lei pretérita.
>
> O argumento de que a lei pretérita só pode ser tomada em consideração, pelo juiz, tanto quanto lhe autorize ou lhe dê força a lei vigente e obrigatória, é possível em países onde a irretroatividade da lei não for princípio constitucional. Mas onde quer que, como acontece entre nós, a irretroatividade constituir um princípio constitucional, a lei pretérita tem força de aplicação em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída, ou de um julgado de que não caiba mais recurso.

A doutrina portuguesa moderna também adota a distinção da retroatividade em três graus:

> a) A retroatividade de grau máximo seria aquela em que a lei nova nem sequer respeitasse as situações definitivamente decididas por sentença transitada em julgado ou por qualquer outro título equivalente (sentença arbitral homologada, transação etc.) ou aquelas causas em que o direito de ação já havia caducado (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226). Ou seja, não seriam respeitadas as *causae finitae*.
>
> b) Na lição de Baptista de Machado, o segundo caso, que podemos chamar de retroatividade média, está representado por aquela situação que, "respeitando embora as *causae finitae*, não se detém sequer perante efeitos jurídicos já produzidos no passado, mas que não chegaram a ser objecto de uma decisão judicial, nem foram cobertos ou consolidados por um título equivalente"[51]; nesse sentido, observa-se que tal retroatividade viria a se verificar se, *v.g.*, uma lei nova viesse a reduzir a taxa legal de juros máximos e estabelecesse a sua aplicação retroativa em termos de obrigar a restituir os próprios juros vencidos sob a lei anterior (e em face desta perfeitamente legais) (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226).
>
> c) Finalmente, mencione-se a também chamada retroatividade mínima ou normal, que respeita os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica sob a lei anterior; seria o caso se lei nova viesse a estabelecer prazo mínimo mais longo para arrendamento rural e mandasse aplicar esse prazo aos contratos em curso no momento do início de vigência ou, ainda, se a lei nova viesse reduzir o máximo da taxa legal de juros e se declarasse aplicável aos juros dos contratos de mútuo em curso no momento do seu início de vigência, relativamente aos juros que viessem a vencer no futuro (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226).

Quando a LC 135/2010 estabelece como causa de inelegibilidade a condenação, por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa (alínea *l* do inciso I do art. 1º), por exemplo, ela inevitavelmente assume um caráter retroativo. Essa retroatividade, poder-se-ia dizer, insere-se, pelo menos, na categoria dogmática da retroatividade mínima, podendo assumir até mesmo contornos de retroatividade máxima.

Isso porque ela incide sobre a garantia, já assegurada aos cidadãos antes de seu advento, de que a sanção de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, ela repercute diretamente sobre os recursos processuais já

interpostos e seus respectivos efeitos. Ela tem o condão, inclusive, de afastar o obrigatório efeito suspensivo do recurso em ação de improbidade administrativa.

O dispositivo que trata dos efeitos da renúncia a cargo de mandato eletivo é outro bom exemplo. A alínea *k* do art. 1º, I, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, assim dispõe:

> 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;

Parece-me evidente que esse dispositivo não pode abarcar os casos de renúncia ocorridos antes de sua entrada em vigor. Isso sob pena de se tornar uma norma *ad hoc*, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do estado de direito e da democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro.

Não se pode negar, nessa perspectiva de análise, que o legislador apanhou fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro, em detrimento dos direitos políticos fundamentais de cidadãos específicos.

Nesse contexto, importante ressaltar que, em matéria eleitoral, esta Corte possui um importante precedente – firmado no julgamento da ADI 966, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 11-5-1994 –, que deixa consignado entendimento sobre a inconstitucionalidade da lei que retroage para apanhar fatos passados (conhecidos do legislador) e atribuir-lhes efeitos futuros. Isso ficou muito claro nos votos vencedores de então, por exemplo, o voto do relator, o ministro Marco Aurélio:

> Frise-se, por oportuno, que o inciso IV do art. 17 da Carta em vigor, no que preceitua o funcionamento parlamentar de acordo com a lei, não diz respeito, em si, à legitimidade para a indicação de candidatos a concorrerem a pleito eleitoral. Junge, isto sim, à atuação político-partidária no âmbito de cada Casa Legislativa ao que previsto em lei.
>
> O dispositivo não tem o condão de abrir ao legislador ordinário a possibilidade de limitar a participação nos certames eleitorais dos pequenos partidos, afastando, assim, a representação das minorias.

Ressalte-se que o ministro Marco Aurélio falava exatamente sobre a função desta Corte na defesa das minorias:

> Nítida é a diferença entre a atual Carta e a anterior. Na de 1969, dispôs-se mediante a regra do inciso II do § 2º do art. 152, minimizando-se o princípio da autonomia partidária e o desempenho e igualdade de condições, que o funcionamento

dos partidos políticos ficava jungido à filiação de pelo menos 10% (dez por cento) dos representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que tivessem como fundadores, assinados os atos constitutivos, ou o apoio expresso em votos de 5% (cinco por cento) do eleitorado que participara da última eleição geral da Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles. Nota-se, isto sim, que o legislador ordinário, em última análise, revelado pela atuação dos grandes partidos, considerados os dados fáticos já conhecidos, diante da extirpação das condições fixadas na Carta pretérita pelo legislador constituinte de 88, resolveu reeditá-las, colocando em segundo plano os pequenos partidos registrados definitivamente no Tribunal Superior Eleitoral, alguns deles tendo apresentando candidatos nas últimas eleições. Olvidara-se tratar-se de matéria incompatível com as novas regras constitucionais, e somente poderia estar compreendido e disciplinado na própria Carta, como ocorria com a anterior.

O conflito com a Constituição Federal, em vigor, no que se mostra diversa da pretérita que previa a limitação, é conducente ao acolhimento do pedido inicial (...).

E, por isso, o ministro Marco Aurélio declarava, então, a inconstitucionalidade da norma. E, na mesma linha, o ministro Sydney Sanches dizia:

Senhor presidente, a meu ver, os arts. 14 e 17 da Constituição, embora tratem de temas relacionados com os partidos políticos, não cuidam do âmbito de sua atuação, não fixam limites, mas, também, não os proíbem. Parece-me que a lei, portanto, poderia estabelecê-los, desde que o fizesse razoavelmente.

Não vejo no *caput* do art. 5º, nas expressões que estão sendo consideradas inconstitucionais ("desde que, nesse último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei"), falta razoabilidade, nem mesmo ferido o princípio da isonomia. Vejo diferença, e muita, entre partido com registro provisório e partido com registro definitivo, porque só este último já demonstrou seu caráter nacional.

Estabelecer igualdade entre os iguais não me parece uma forma de bem interpretar o princípio da isonomia. Portanto, quanto a esse ponto, considero constitucional o art. 5º, inclusive a cláusula final. Quanto aos parágrafos e incisos do art. 5º, minha propensão, de início, era acompanhar os votos dos ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, por considerar razoável a preocupação do legislador em estabelecer limites na atuação dos partidos, segundo sua maior ou menor expressão eleitoral, e até, eventualmente, em face de sua inexpressividade, sobretudo, diante da *pletora* de partidos no País.

O que me chocou, porém, durante todo o debate, foi o argumento de que não consigo superar, no sentido de que a lei está partindo de fatos já ocorridos, para regular o futuro. Assim, no dia 30 de setembro de 1993, quando entrou em vigor a lei, já se sabia quais os partidos que não poderiam concorrer, quais os que ficaram por ela automaticamente excluídos.

Na mesma linha, o ministro Néri da Silveira dizia:

Compreendo que, em realidade, essa lei especial não poderia estabelecer exigências de caráter restritivo para o funcionamento do processo eleitoral, no que concerne à participação nesse processo de candidatos de partidos já organizados e

> registrados, neste rol também se podendo compreender partidos que já haviam participado do processo eleitoral presidencial anterior.
>
> A mim bastante se faz esse fundamento, porque entendo que, se não cabe invocar o princípio da isonomia, em toda a extensão, no que concerne ao funcionamento partidário, de tal maneira que se desse por inviável uma disciplina nova, porque criaria eventuais dificuldades a partidos que já estão funcionando, não é menos exato que se há de compreender invocável a norma maior da isonomia sempre que a disciplina nova pretender discriminar, entre os partidos, num certo processo eleitoral.
>
> A lei em exame dispõe a respeito do processo eleitoral, para as eleições de 1994, e estabelece restrições que afastam da participação, nas eleições majoritárias, para presidente e governador, muitos partidos políticos que já possuem sua história dentro do processo eleitoral brasileiro, pelos anos em que vêm funcionando, pela participação que têm logrado já em eleições anteriores e, particularmente, em eleições municipais.
>
> Penso que não é de aceitar que essa legislação discrimine entre partidos, que já têm sua história no nosso processo partidário nacional, para estabelecer que uns podem participar, e outros não, das eleições majoritárias. A tanto equivalem as estipulações, as exigências aqui feitas.

Com palavras idênticas, o ministro Néri da Silveira apontou o **casuísmo** da legislação de então e a sua incompatibilidade, por isso, com a Constituição: adoção de critério existente no passado para vincular o futuro.

O enquadramento, em termos de dogmática constitucional, deu-se com a observação do ministro Moreira Alves de que a questão colocava-se, repita-se, no **apanhar fatos passados para atribuir-lhes efeitos no processo eleitoral**. Dizia ele:

> Senhor presidente, a meu ver, o problema capital que se apresenta, em face desta lei, é que ela fere, com relação aos dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei. Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados e, portanto, já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles (...).

Parece que o ministro Moreira Alves estava falando para nós, que compomos hoje o Plenário desta Corte; falava para este caso, para nos constranger, e constranger a todos que entendem que essa lei pode ser aplicada. E continuava o ministro Moreira Alves:

> (...) constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos *ad hoc*, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.

Portanto, como lembraram os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, em ocasiões anteriores, na qual enfrentamos os casos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, a Corte já enfrentou esse tipo de questão, especialmente na seara

político-partidária, para dizer não a esse tipo de aplicação retroativa da lei eleitoral. E, tal como observado no caso Jader Barbalho, não se tratava de uma aplicação para o fato ocorrido na imediatidade da aprovação da lei. Não. Nós estávamos a falar de algo que se deu há quase dez anos e, sem nenhum outro critério, nós não temos limite. O legislador poderá apanhar fatos de vinte e de trinta anos.

Não tenho dúvida, portanto, de que a LC 135/2010, nas hipóteses em que apanha fatos passados para atribuir-lhes efeitos nos processos eleitorais futuros, viola o princípio da irretroatividade da lei.

II – Violação ao princípio da presunção de não culpabilidade

II-1 Inelegibilidade por condenação penal não transitada em julgado e o princípio da presunção de não culpabilidade

O relator, ministro Luiz Fux, delimitou a controvérsia presente nestas ações reavivando questão enfrentada por esta Corte no conhecido julgamento da ADPF 144 e assim delimitado naquela ocasião pelo ministro Celso de Mello: "o postulado da não culpabilidade ou do estado de inocência restringe-se, unicamente, ao domínio penal ou, ao contrário, irradia os seus efeitos para além dos limites em que se delineia o processo penal de natureza condenatória?"

Sobre a questão, deixo claro que me alinho à posição externada pela Corte na ADPF 144, com base nas lições emanadas do voto do ministro Celso de Mello, que bem assinalou os pontos nodais do tema:

> Como sabemos, a presunção de inocência – que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado – representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder.
>
> É interessante registrar, no ponto, em reflexão sobre as origens históricas do direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial, que, não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas (para Beccaria, "A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz (...)"), essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas ("*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*"), valendo mencionar o que se continha no Digesto, que estabelecia, em benefício daquele que era processado, verdadeiro *favor rei*, que enfatizava, ainda que de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do *Ancien Régime*.
>
> A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino, em sua "Suma Teológica", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, vem esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, o momento inaugural em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, senhor presidente, é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10-12-1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, art. 7º, § 1º, *b*) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, *e*) e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, senhor presidente, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douta lição exposta por *Antônio Magalhães Gomes Filho* ("Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram *Francesco Carrara e Giovanni Carmignani*, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da Escola Positiva, como *Enrico Ferri* e *Raffaele Garofalo*, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir

o "espírito do tempo" (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve, em *Emanuele Carnevale* e em *Vincenzo Manzini*, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista – a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de *Vincenzo Manzini* ("Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia "A chamada tutela da inocência" e que vê, na "pretendida presunção de inocência", algo "absurdamente paradoxal e irracional" (op. cit., p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, senhor presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que baniu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva *ex parte principis*, cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo poder público, como se culpado fosse!

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento – *insista-se* –, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao poder público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia *progressivamente*, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – *repita-se* – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

(...)

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito

em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, senhor presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, afirmou que "ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de direito eleitoral, com *o estado espiritual do povo brasileiro*, ou se desacredita a Constituição" (ênfases acrescidas).

Sobre essa afirmação, gostaria de fazer recordar, mais uma vez, as lições de Zagrebelsky sobre a democracia crítica:

Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi*, *vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acríticos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.

Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.

Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.

Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário,

> desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor.
> (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: II *"Crucifige!" e la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995.)

O ministro Fux também afirmou que "o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular".

Sobre o tema, recordo também as considerações que fiz na ocasião do julgamento do RE 633.703, em que também discutimos a denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Naquele julgamento, esta Corte deixou bem claro o seu verdadeiro papel na proteção da Constituição, ainda que contra a opinião popular. **O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional**. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da "ficha limpa" tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa**. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma corte constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão**. Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow – uma conferência pronunciada no *The Club* em New Haven y *The Yale Law School Alumni Association of Boston*, durante a primavera de 1952 – sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional. Do texto de Rostow, retiro uma interessante passagem em que ele enfatiza o fato de que as decisões contramajoritárias acabam tendo um relevante papel educativo quanto a questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade e podem desencadear todo um processo público de construção participativa de soluções para os problemas enfrentados. Nesse trecho, Rostow trata das decisões da Corte Suprema norte-americana em tema de racismo contra negros:

> *Ni tampoco, más claramente, es verdad como un hecho de experiencia que un vigoroso protagonismo del Tribunal Supremo inhiba o debilite la responsabilidad popular en la misma área. El proceso de formación de la opinión pública en los Estados Unidos es continuo, con muchos participantes – el Congreso, el Presidente, la prensa, los partidos políticos, los universitarios, los grupos de presión, y demás. La discusión*

de los problemas y la declaración de los principios generales por los Tribunales son un elemento básico en la experiencia de la comunidad, a través del cual la política americana se hace. El Tribunal Supremo es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y los Jueces son inevitablemente profesores en un seminario vital nacional. El prestigio del Tribunal Supremo como institución es alto, a pesar de los conflictos de los últimos quince años, y los miembros del Tribunal se expresan siempre de manera influyente.

¿Puede uno dudar, por ejemplo, de la influencia inmensamente constructiva de la serie de decisiones en las que el tribunal va lentamente afirmando el derecho de los negros para votar y para viajar, vivir y tener una educación profesional sin segregación? Estas decisiones no han paralizado o suplantado la acción legislativa o la de la comunidad. La han precipitado. No han creado fanatismo. Han ayudado a combatirlo. El conjunto de decisiones en estos casos – *influyentes porque son numerosos, acumulativos, y, en su conjunto, coherentes – ha jugado un papel crucial en dirigir la opinión pública y alentar la acción pública para hacer frente al desafío y a la carga del problema negro como una obligación constitucional, esto es, moral. La posición del Tribunal ha estimulado a los hombres de todas partes a tomar medidas, por medio de leyes estatales, por medio de políticas colectivas o sindicales, en las comunidades locales, en el profesorado universitario, en las asociaciones estudiantiles, en los tribunales, y en los hospitales. El negro no goza todavía de igualdad en la sociedad norteamericana, ni siquiera de algo que se le aproxime. Pero su posición está siendo mejorada, año tras año. Y las decisiones y opiniones del Tribunal Supremo están ayudando inconmensurablemente en ese proceso.*

Eugene Rostow então prossegue nesse raciocínio, dando agora o exemplo das decisões da Corte Suprema norte-americana sobre procedimentos penais utilizados pela polícia:

El protagonismo del Tribunal ha sido también constructivo, en su conjunto, en la reforma de los procedimientos penales estatales; aquí de nuevo, en una larga serie de decisiones que, año tras año, están produciendo sus efectos en la conducta de los agentes de policía y en el curso de los juicios. Este lento y evolutivo proceso requiere un buen número de litigios: un rayo salido del cielo podría no acabar con la inercia de largos años de malas prácticas, ni con el natural deseo de los policías y de los fiscales de ganar sus casos. La presión de las opiniones del Tribunal en este área requiere meditación y acción en el legislativo de cada Estado y, en realidad, en cada tribunal y comisaría del país. El Tribunal no ha detenido ni impedido una acción democrática responsable sobre estos problemas. La ha exigido. La acción policial ilegal no se ha desterrado todavía de la vida norteamericana, pero el más primitivo sargento de policía está aprendiendo que los métodos del tercer grado pueden volverse contra él.

Após citar outros exemplos, Rostow assim conclui:

La relación recíproca entre el Tribunal y la comunidad en la formación de la política puede ser una paradoja para aquellos que creen que hay algo antidemocrático en el poder de control constitucional de los jueces. Pero el trabajo del Tribunal puede tener el efecto, y cuando es sabiamente ejercido lo tiene, no de inhibir, sino de dejar en libertad y fortalecer a las fuerzas predominantemente democráticas de la vida norteamericana. La razón histórica de esta paradoja es

que la vida norteamericana, en todos sus aspectos, es un intento de expresar y de cumplir con un código moral de amplio alcance. Algunos observadores encuentran en esto un handicap para hacer una política fríamente realista[16]*. Otros ven en ello la grandeza esencial y el poder de atracción de los Estados Unidos como idea y como una fuerza mundial*[17]*. El prestigio y el poder del Tribunal Supremo derivan del hecho de que es aceptado como el último intérprete del código norteamericano en muchas de sus más importantes aplicaciones*.
(ROSTOW, Eugene. *El carácter democrático del control judicial de la constitucionalidad*. Trad. de Joaquín Brage Camazano.)

Não cabe a esta Corte fazer "relativizações" de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero **diálogo institucional** entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das cortes constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática.

Ademais, é sempre importante lembrar que permanecem no sistema outros mecanismos, postos à disposição dos cidadãos e dos diversos grupos sociais, para impedir a candidatura e a consequente eleição de pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo.

Uma das características fundamentais de um regime democrático é a existência de múltiplos meios de impedir a chegada ou a permanência do mau governante no poder. Lembro, aqui, as palavras de Karl Popper, em sua monumental obra "A sociedade aberta e seus inimigos", segundo as quais "a democracia é o regime de governo que prevê mecanismos de destituição do mau governante do poder".

O primeiro e mais elementar mecanismo de controle é o voto.

Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*).

Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.

O *voto direto* impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja uma mediação por uma

---

[16] Ver KENNAN, *American diplomacy*, 1900-1950, 95-103 (1951), McDougal, Book Review, 46 A:B:A:J: 102 (1952).

[17] Ver MYRDAL, *An American dilemma* 3-6 (1944).

instância intermediária ou por um colégio eleitoral. Não retira o caráter direto da eleição a adoção do modelo proporcional para a eleição para a Câmara de Deputados (CF, art. 45, *caput*), que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros ou à própria legenda. É que, nesse caso, decisivo para a atribuição do mandato é o voto atribuído ao candidato ou ao partido e não qualquer decisão a ser tomada por órgão delegado ou intermediário.

O *voto secreto* é inseparável da ideia do *voto livre*.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.

A *igualdade do voto* não admite qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral.

Ressalte-se que o caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do poder público, mas também das pessoas privadas em geral. Com base no direito alemão, Pieroth e Schlink falam de uma eficácia desse direito não só em relação ao poder público, mas também em relação a entes privados (*Drittwirkung*) (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatrecht II*, 2005. p. 277).

Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

O direito ao voto permite ao eleitor escolher, de forma livre e soberana, candidatos que, em sua visão, são os mais aptos ao exercício do mandato eletivo.

Outro mecanismo de controle é a escolha de candidatos no âmbito interno dos próprios partidos políticos. Cabe às agremiações políticas a eleição de candidatos cuja vida pregressa os qualifiquem para exercer, com probidade e moralidade, determinada função pública.

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que

concerne ao processo eleitoral[18]. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

O controle das candidaturas realizado pelos partidos políticos tem relevância fundamental no regime democrático. Trata-se de um controle proveniente da própria sociedade organizada em associações privadas de caráter político.

Conforme as lições de Canotilho, os partidos políticos são associações privadas com funções constitucionais. O reconhecimento da relevância jurídico-constitucional dos partidos de modo algum corresponde à sua estatização. As Constituições, ao reconhecerem a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental, bem como ao concederem-lhes um estatuto distinto e privilegiado em relação às demais associações, na verdade, estão a conceder aos partidos um estatuto constitucional, com dimensões de direito subjetivo, direito político e liberdade fundamental. (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 315-316).

Afirma Canotilho: "Como elementos funcionais de uma ordem constitucional, os partidos situam-se no ponto nevrálgico de imbricação do poder do Estado juridicamente sancionado com o poder da sociedade politicamente legitimado" (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 316-317).

É possível reconhecer aos partidos políticos liberdade externa e liberdade interna. No que tange à primeira, os partidos políticos gozam do direito à sua fundação e atuação sem as ingerências do Estado, dentro dos próprios limites estabelecidos pela Constituição. No que diz respeito à liberdade externa, ela significa que sobre os partidos não pode haver qualquer tipo de controle ideológico-programático, nem controle sobre a organização interna do partido (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 317-318).

Assim, é próprio da democracia de partidos que os cidadãos possam participar amplamente do processo de escolha de seus mandatários políticos, não apenas por meio do voto direto, secreto e universal, mas por meio da atuação das agremiações partidárias representativas dos mais diversos interesses sociais, encarregadas de escolherem os candidatos mais aptos ao exercício dos mandatos eletivos com probidade e moralidade.

---

[18] GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, Berlim/Nova York, 1995. p. 599 (p. 606).

O art. 14, § 9º, da Constituição, por si só, já traça uma inequívoca diretriz aos cidadãos-eleitores, aos cidadãos-candidatos e aos partidos políticos para que exerçam, eles próprios, esse controle das candidaturas tendo em vista a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos.

É completamente equivocado, portanto, utilizar "a vontade do povo" ou a "opinião pública" para se "relativizar" o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal "relativização" levando em conta uma suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custa de um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não culpabilidade.

Não se deve esquecer, ademais, que essa tal "opinião pública" ou essa imprecisa "vontade do povo" é a mesma que elege os candidatos ficha suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a jurisdição constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo.

Por fim, e ainda no contexto do princípio da presunção de não culpabilidade, não posso concordar com a afirmação de que não se trata de um princípio, mas de uma *regra* que deve ser interpretada restritivamente para que seu âmbito de aplicação seja restrito ao direito penal. Essa afirmação, indubitavelmente, parte de um mal-entendimento e de uma interpretação claramente equivocada de tudo que a dogmática do direito constitucional e a filosofia do direito construíram em torno da distinção entre regras e princípios. A norma prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, pode ser obviamente qualificada como princípio desde diversas perspectivas, seja por sua estrutura normativa (aspecto estrutural), por sua forma de aplicação (aspecto funcional) ou mesmo por seu caráter fundamental não apenas no sistema jurídico penal, mas no ordenamento jurídico como um todo. Seria plenamente possível denominar esse princípio de regra, utilizando-se desse critério distintivo como um recurso interpretativo ou argumentativo; porém, isso não poderia ser feito para afastar a sua aplicação – o que seria um contrassenso – e sim para fazer sobressair as razões que fornece essa norma para sua aplicação ao caso.

II-2 – A exigência do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa e a presunção de não culpabilidade

O art. 1º, *l*, da LC 135/2010, torna inelegível quem for condenado por órgão colegiado pela prática dolosa de ato de improbidade administrativa que resulte em lesão ao patrimônio e enriquecimento ilícito.

Extrai-se do referido dispositivo que o legislador dispensou o trânsito em julgado da decisão colegiada para a configuração da inelegibilidade.

Contudo, não se pode olvidar que a imutabilidade da decisão que julga procedente ação civil de improbidade administrativa é qualidade indispensável à interdição temporária dos direitos políticos.

Em que pese o fato de o art. 15, V, da Constituição Federal ter erigido a procedência de ação civil de improbidade em causa de suspensão dos direitos políticos, esse dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com outro comando constitucional, o art. 37, § 4º, segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão, entre outras sanções, a suspensão dos direitos políticos *na forma e na gradação previstas em lei*.

Como se vê, o constituinte delegou o detalhamento das sanções ao legislador ordinário, que disciplinou a matéria e, no art. 20, *caput*, da Lei 8.429/1992, determinou que "**a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória**".

Essa questão foi considerada pelo ministro Celso de Mello, com costumeira maestria, no seguinte trecho de seu voto na ADPF 144:

> (...) **não se ignora que o julgamento de procedência** da ação civil de improbidade administrativa **também se qualifica** como causa de suspensão dos direitos políticos (**CF**, art. 15, V), **observados**, no entanto, para esse efeito, **os termos** estabelecidos no art. 37, § **4º**, da Constituição, **que dispõe** que "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos (...), na **forma e gradação** previstas em lei (...)".
>
> **A regra** constitucional em questão, **implementada e desenvolvida** pela Lei 8.429/1992, **outorgou**, ao legislador comum, **a possibilidade** de disciplinar as condições em que se dará, **uma vez julgada procedente** a respectiva ação civil, **a privação temporária** dos direitos políticos do "*improbus administrador*".
>
> **O legislador**, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, **prescreveu**, de modo **plenamente** legítimo, **que a suspensão** dos direitos políticos, **nos processos civis** instaurados por improbidade administrativa, **efetivar-se-á** "*com o trânsito em julgado da sentença condenatória*" **(art. 20**, *caput*).
>
> **A Lei de Improbidade Administrativa**, dessa maneira, **em atenção** ao princípio da segurança jurídica (**que tem**, na formação da coisa julgada, **a causa visível** de sua concretização), **condicionou a adoção** daquela medida **restritiva** de direitos políticos, **à existência de uma situação juridicamente consolidada que representa** – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – **uma garantia de preservação de sua integridade**.

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa – legitimada pela Constituição Federal e atenta aos princípios da presunção de não culpabilidade e da segurança jurídica – impediu a restrição assoberbada da cidadania passiva, prestigiando a prática da liberdade em sua dimensão política.

Dessa forma, mencionada legislação, cautelosamente, obstaculizou seu mau uso, pois, entendendo-se de forma diversa, o trâmite da ação civil, anteriormente à condenação definitiva, já teria o condão de impingir aos réus a pecha de culpados.

Em suma, a suspensão dos direitos políticos não é prevista pela Constituição como medida acautelatória, mas sim como sanção. Portanto, observada sua natureza penalizadora, para se impingir a suspensão dos direitos políticos ao réu da ação civil por improbidade, é necessário um juízo de certeza, existente apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ou melhor, é necessário que a condição de réu se convole em de condenado, condição esta que pode ser aceita, somente, de forma imutável. É inadmissível que o processado sofra efeitos de uma sanção, na condição de "condenado provisório" ou de "condenado em segunda instância", sob pena de se converter o princípio da presunção de não culpabilidade em princípio da presunção de culpabilidade.

Nesse ponto, consigno que eventuais recursos procrastinatórios, que desvirtuam as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, não constituem argumento suficiente para autorizar a instabilidade do sistema jurídico. Condutas processualmente abusivas comportam outros meios de contensão, tendo sido combatidas pela reiterada jurisprudência desta Suprema Corte.

Penso, inclusive, que a necessidade de uma prestação jurisdicional célere constitui questão indissociável da presente discussão. Afinal, não se pode ignorar que foi o grande sentimento de impunidade – decorrente da morosidade em se alcançar o trânsito em julgado – que deflagrou o embate acerca da possibilidade de decisões colegiadas condenatórias, ainda recorríveis, serem suficientes para a suspensão dos direitos políticos.

O cerne da questão foi identificado com precisão pela ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento da ADPF 144, quando teceu as seguintes considerações (fls. 550-551):

> Senhor presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar as coisas em seus devidos lugares e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social. Penso, basicamente, serem dois os motivos. O primeiro é que, a cada dia, todos nós, cidadãos brasileiros, somos afligidos com notícias de atos de absoluta falta de ética, de quebra de princípios éticos e morais, com casos e mais casos de corrupção na administração pública, fato que afronta o nosso sentimento de viver com justiça em uma sociedade civilizada.
>
> Em segundo lugar, há a morosidade do trânsito em julgado de decisões judiciais. Fossem as decisões rápidas – e isso é uma questão que se coloca – e não tivéssemos tantos casos, ninguém iria afirmar que esta Constituição não está sendo cumprida, inclusive em seu fundamento ético.
>
> Ora, não é exatamente perpassando o problema – tal como proposto pela Associação dos Magistrados Brasileiros – que ele será resolvido, até porque, conforme bem demonstrou o ministro Celso de Mello em seu brilhante voto, não é, de forma alguma, restringindo ou constrangendo direitos fundamentais que teremos

um Estado Democrático de Direito, no qual a segurança e a liberdade de todos, inclusive as do eleitor, serão garantidas.

Um juiz da Corte Suprema norte-americana disse uma vez que quem abre mão da sua liberdade em benefício de um momento de segurança há de chegar, certa e rapidamente, a um momento em que não terá nem liberdade nem segurança.

Penso que, tal como até agora decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, estão não apenas resguardados os direitos fundamentais no plano político e também nas instituições, cujo aprimoramento nenhum de nós brasileiros há de imaginar, em sã consciência, que não precisa ser aperfeiçoado. Isso é necessário sim, porque todos nós cidadãos não aguentamos mais, todos os dias, deparamo-nos com casos de corrupção, de falta de ética, de falta de apreço pela coisa pública. Não é, porém, contornando normas constitucionais – não apenas dando integral cumprimento a elas e, principalmente, sobrepondo-se ao legislador complementar – que será atingido esse objetivo.

Com efeito, fosse rápido o trânsito em julgado das decisões judiciais, ninguém cogitaria ser dispensável a imutabilidade da decisão condenatória das instâncias ordinárias, para a suspensão dos direitos políticos dos cidadãos. Contudo, as mazelas do Poder Judiciário não podem ser suplantadas com o sacrifício das garantias constitucionais, sob pena de se descumprir duas vezes a Constituição: violando-se o princípio da celeridade e o princípio da presunção de inocência.

Nesse ponto, gostaria de ressaltar a fragilidade do argumento de que a condenação em segundo grau reveste-se de segurança jurídica em razão de as instâncias ordinárias serem incumbidas do exame fático-probatório, cuja análise é vedada no recurso extraordinário.

Sobre a questão, peço vênia para transcrever os apontamentos do ministro Ricardo Lewandowski, na mencionada ADPF 144, que bem ilustra a falácia desse argumento (fls. 558-559):

Saltando outros trechos que deixarei para a publicação de meu voto, trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal, que me parece deveras relevante. (Acho que esses dados já estão em mãos dos eminentes colegas). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foram total ou parcialmente reformadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse período. **No tocante ao provimento integral dos recursos extraordinários, observo que mais de um quarto dos candidatos eventualmente barrados em função de uma condenação em primeira ou segunda instâncias, a prevalecer a tese da recorrente, teriam transmudadas suas fichas – para empregar uma expressão hoje recorrente na mídia – de sujas para limpas. Quer dizer, um quarto dos postulantes a cargos eletivos impedidos de concorrer seriam mais tarde reabilitados pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas**

depois de já passadas as eleições. Isso significa que teriam coactado um dos mais importantes direitos fundamentais: o direito de participar da gestão da coisa pública por meio do voto, valor guindado à dignidade constitucional, desde o fim do século XVIII, como resultado das revoluções liberais deflagradas contra o absolutismo monárquico.

Assim, como defendido pelos ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, no julgamento da ADPF 144, a solução para o problema aqui enfrentado não se encontra em medidas ofensivas ao princípio da não culpabilidade, mas na necessária e permanente busca por celeridade processual e pela plena efetividade do princípio da duração razoável do processo.

Ressalto, ainda, que a exigência de coisa julgada, para a suspensão dos direitos políticos como sanção em ação de improbidade administrativa, não significa dispensa de probidade administrativa ou de moralidade para o exercício de mandato eletivo. Entre os primados constitucionais da coisa julgada e da probidade administrativa, inexiste qualquer colisão ou antinomia.

Em suma, a condição intransponível do trânsito em julgado de decisão colegiada condenatória para a suspensão dos direitos políticos não tisna o Estado Democrático de Direito, ao contrário, consagra a segurança jurídica como seu fundamento estruturante.

III – A inelegibilidade por rejeição de contas e a aplicação do art. 71, I, da Constituição (alínea *g*)

A alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC 135/2010 dispõe que são inelegíveis "os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

A parte final desse dispositivo deve ser interpretada em consonância com a jurisprudência desta Corte a respeito da interpretação do art. 71, incisos I e II da Constituição Federal. A respeito desse tema, ressalto o entendimento que deixei consignado no julgamento da ADI 3.715-MC (*DJ* de 25-8-2006), no sentido de que a Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Nesse sentido, este Tribunal tem considerado que "os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição dos seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos". Assim, "a norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna, necessariamente, extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas" (ADI 892-MC/RS, rel. min. Celso de

Mello, *DJ* de 7-11-1997; ADI 2.959/MG, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 11-11-2005; ADI 3.361/MG, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 11-11-2005; ADI 397/SP, rel. min. Eros Grau, *DJ* de 9-12-2005; ADI 2.208/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJ* de 25-6-2004; ADI 134/RS, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 3-9-2004; ADI 1.632/DF, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 28-6-2002; ADI 892/RS, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26-4-2002; ADI 2.502-MC/DF, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 14-12-2001; ADI 2.117-MC/DF, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-11-2003; ADI 1.957-MC/AP, rel. min. Néri da Silveira, *DJ* de 11-6-1999).

Dessa forma, esta Corte também tem entendido que, no contexto do art. 75 da Constituição Federal, dentre as normas constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros incluem-se as atinentes às competências institucionais do Tribunal de Contas da União (ADI 849-8/MT, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-4-1999).

No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre:

1) a competência para **apreciar e emitir parecer prévio** sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, CF/1988;

2) a competência para **julgar** as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988 (ADI 1.779-1/PE, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 14-9-2001; ADI 1.140-5/RR, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 26-9-2003; ADI 849-8/MT, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-4-1999).

No primeiro caso, cabe ao Tribunal de Contas apenas apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo. A competência para julgar essas contas fica a cargo do Congresso Nacional, por força do art. 49, IX, da Constituição.

Na segunda hipótese, a competência conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas é de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/1988).

Esses entendimentos foram também adotados em decisão proferida pelo ministro Celso de Mello na Rcl 10.445, julgamento em 12-8-2010, nos seguintes termos:

> É **que**, no caso ora em exame, **trata-se** de hipótese **que deve ser interpretada**, no que concerne **aos chefes do Poder Executivo** da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal **e** dos Municípios, **em consonância** com quanto dispõem **os arts**. 71, I, 75, *caput*, **e** 31 e seus §§ 1º e 2º, **todos** da Carta Política.
>
> **Esses preceitos constitucionais** permitem definir, **como** órgão **competente** para apreciar as contas públicas do presidente da República, dos governadores **e** dos prefeitos municipais, **o Poder Legislativo**, a quem foi deferida **a atribuição** de

efetuar, **com o auxílio opinativo** do Tribunal de Contas correspondente, **o controle externo** em matéria financeira e orçamentária.

As contas públicas dos chefes do Executivo **devem sofrer o julgamento** – final **e** definitivo – **da instituição parlamentar**, cuja atuação, **no plano** do controle externo da legalidade **e** regularidade da atividade financeira do presidente da República, dos governadores **e** dos prefeitos municipais, é desempenhada com a intervenção *ad coadjuvandum* do Tribunal de Contas.

A apreciação das contas **prestadas** pelo chefe do Poder Executivo – **que é a expressão visível** da unidade institucional desse órgão da soberania do Estado – **constitui** prerrogativa intransferível **do Legislativo**, que **não** pode ser substituído pelo Tribunal de Contas, **no desempenho** dessa magna competência, **que possui extração** *nitidamente* **constitucional**.

A regra de competência inscrita no art. 71, II, da Carta Política – **que submete** ao julgamento desse importante órgão auxiliar do Poder Legislativo **as contas** dos administradores **e demais** responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta – **não legitima** a atuação **exclusiva** do Tribunal de Contas, **quando** se tratar de apreciação das contas **do chefe** do Executivo, **pois**, **em tal hipótese**, **terá plena incidência** a norma especial **consubstanciada no inciso I** desse mesmo preceito constitucional.

Há, pois, **uma dualidade** de regimes jurídicos a que os agentes públicos estão sujeitos **no procedimento** de prestação **e** julgamento de suas contas. **Essa diversidade** de tratamento jurídico, **estipulada** *ratione muneris* pelo ordenamento constitucional, **põe em relevo** a condição político-administrativa **do chefe** do Poder Executivo.

O **eminente** ministro MARCO AURÉLIO, **em passagem expressiva** de seu douto voto proferido no julgamento do **RE 132.747/DF**, do qual foi relator, **assinalou**, com inteira propriedade, **essa dualidade de situações**, **dando adequada** interpretação às normas **inscritas nos incisos** I **e** II do art. 71 da Constituição Federal:

> ***Nota-se****, mediante leitura* ***dos incisos I e II do art. 71*** *em comento,* ***a existência*** *de tratamento diferenciado,* ***consideradas*** *as contas do chefe do Poder Executivo da União* ***e*** *dos administradores em geral.* ***Dá-se****, sob tal ângulo,* ***nítida dualidade*** *de competência,* ***ante a atuação*** *do Tribunal de Contas.* ***Este aprecia*** *as contas* ***prestadas*** *pelo presidente da República* ***e****, em relação a elas,* ***limita-se a exarar parecer, não chegando****, portanto,* ***a emitir*** *julgamento.*
>
> **Já em relação** às **contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros**, bens e valores públicos da administração direta e indireta, **incluídas** as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e às contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, **a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo**. **Extravasa-o**, **para alcançar o do julgamento**. Isto está evidenciado **não só** pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos – **apreciar e julgar** – **como também pelo desdobramento** da matéria, **explicitando-se**, quanto às contas do presidente da República, **que o exame** se faz "mediante parecer prévio" **a ser emitido**, como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas.
>
> (...)
>
> (...) *O presidente da República, os governadores* ***e*** *os prefeitos* ***igualam-se*** *no que se mostram merecedores do "status" de chefes de*

Poder. ***A amplitude*** *maior ou menor das respectivas áreas de atuação* ***não é de molde*** *ao agasalho de qualquer distinção* ***quanto*** *ao órgão competente* ***para julgar*** *as contas que devem prestar,* ***sendo certa*** *a existência de Poderes Legislativos específicos.* ***A dualidade de tratamento****,* ***considerados*** *os chefes dos Poderes Executivos* ***e*** *os administradores em geral,* ***a par*** *de atender a aspecto prático,* ***evitando*** *a sobrecarga do Legislativo,* ***observa a importância política*** *dos cargos ocupados,* ***jungindo*** *o exercício do crivo* ***em relação*** *às contas* ***dos chefes*** *dos Executivos federal, estaduais* ***e*** *municipais à atuação* ***não*** *de simples órgão administrativo,* ***mas*** *de outro Poder – o Legislativo.*

(**Grifei**.)

Órgão **competente**, portanto, **para apreciar** as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo, **somente** pode ser, em nosso sistema de direito constitucional positivo, **no que se refere ao presidente da República**, **aos governadores e aos prefeitos municipais**, **o Poder Legislativo**, a quem incumbe exercer, **com o auxílio** meramente técnico-jurídico do Tribunal de Contas, **o controle externo** pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais **e** das entidades administrativas.

Somente à Câmara de Vereadores – **e não ao Tribunal de Contas** – **assiste** a indelegável prerrogativa **de apreciar**, mediante parecer prévio daquele órgão técnico, **as contas** prestadas pelo prefeito municipal, **condição** que ostentou a parte ora reclamante.

Não se subsume, em consequência, à noção constitucional de julgamento das contas públicas, **o pronunciamento** técnico-administrativo do Tribunal de Contas, **quanto** a contratos **e** a outros atos de caráter negocial celebrados pelo chefe do Poder Executivo.

Esse procedimento do Tribunal de Contas, **referente** à análise individualizada **de determinadas** operações negociais **efetuadas** pelo chefe do Poder Executivo, **tem** o claro sentido de instruir o exame oportuno, **pelo próprio Poder Legislativo** – **e exclusivamente** por este –, **das contas anuais** submetidas à sua exclusiva apreciação.

Não tem sido diversa a orientação jurisprudencial **adotada** pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, cuja **sucessivas** decisões sobre o tema ora análise **ajustam-se** a esse entendimento, **afastando**, por isso mesmo, **para efeito** de incidência da regra de competência **inscrita** no art. 71, I, **c/c** os arts. 31, § 2º, **e** 75, **todos** da Constituição da República, **a pretendida** distinção **entre** contas **relativas** ao exercício financeiro **e** contas de gestão **ou** referentes à atividade de ordenador de despesas, **como se vê** de expressivos acórdãos **emanados** daquela Alta Corte Eleitoral:

> ***Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade****. Art. 1º, I, g, da Lei Complementar n. 64/90.* ***Competência****.*
>
> ***1. A competência para o julgamento das contas de prefeito*** é ***da Câmara Municipal, cabendo*** *ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio,* ***o que se aplica tanto*** às ***contas*** *relativas ao exercício financeiro,* ***prestadas*** *anualmente pelo Chefe do Poder Executivo,* ***quanto*** às ***contas de gestão*** *ou atinentes à função de ordenador de despesas.*
>
> ***2. Não há falar*** *em rejeição de contas de prefeito por mero decurso de prazo para sua apreciação pela Câmara Municipal,* ***porquanto constitui***

esse Poder Legislativo o órgão competente *para esse julgamento,* ***sendo indispensável*** *o seu efetivo pronunciamento.*

Agravo regimental ***a que se nega*** *provimento.*

(**REspe 33.747-AgR/BA**, rel. min. *Arnaldo Versiani* – Grifei.)

Registro de candidatura. ***Inelegibilidade***. *Art.* 1º, I, *g*, da Lei Complementar n. 64/90. ***Competência***.

– **A competência** para o julgamento **das contas** do prefeito é da Câmara Municipal, **cabendo** ao Tribunal de Contas **a emissão de parecer prévio**, **o que se aplica tanto** às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, **quanto** às contas de gestão **ou** atinentes à função de ordenador de despesas.

Recurso especial provido.

(**REspe 29.117/SC**, rel. min. *Arnaldo Versiani* – **Grifei**.)

Contas – Prefeito – Rejeição – Decurso de prazo.

Consoante dispõe *o art. 31 da Constituição Federal,* ***descabe endossar*** *rejeição de contas* ***considerado*** *o decurso de prazo para a Câmara Municipal exercer crivo* ***tendo em conta parecer****, até então simples parecer,* ***do Tribunal de Contas***.

(**RO 1.247/GO**, rel. min. *Marco Aurélio* – **Grifei**.)

Sendo assim, em face das razões expostas **e** em juízo **de estrita** delibação, **defiro** o pedido de medida cautelar, **em ordem a suspender** "*os efeitos da decisão administrativa prolatada pelo TCM/CE, proc. n. 16498/09,* ***consubstanciada*** *no acórdão de n. 1480/10,* ***até*** *o julgamento final da presente demanda*" (**Grifei**.)

Portanto, quando a alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, estabelece que deve ser aplicado o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição, "a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição", não se pode deixar de considerar o disposto no art. 71, I, da Constituição, o qual, conforme firme jurisprudência desta Corte, fixa a competência do Congresso Nacional – e, no âmbito dos Estados e dos Municípios, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, respectivamente – para julgar as contas do chefe do Poder Executivo, sejam elas *contas anuais* ou as *contas de gestão.*

Assim, acompanho, nesse ponto, o voto do ministro Dias Toffoli, para dar interpretação conforme a Constituição à parte final dessa alínea *g*, no sentido de que os chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Constituição.

IV – A inelegibilidade decorrente da *exclusão* dos conselhos profissionais (alínea *m*) e *da* demissão de servidores públicos (alínea *o*)

Art. 1º, I, *m*, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010. Confira-se a redação:

> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

Esse dispositivo traz algumas perplexidades que devem ser apontadas. Trata-se de hipótese de inelegibilidade, decorrente de decisão dos conselhos profissionais, em razão do cometimento de infração ético-profissional.

É importante ressaltar que quando se cuida de inelegibilidade está-se a falar, em verdade, de uma espécie de nulificação da própria cidadania, ainda que temporariamente. Os direitos políticos, dizendo de modo simples, são os direitos do cidadão de participar da "vontade geral", seja diretamente (por meio da elegibilidade), seja indiretamente (por meio da possibilidade de escolher os representantes que exerçam essa prerrogativa).

Por essa razão, são direitos que se reconduzem diretamente à própria democracia, pois dizem respeito ao modo pelo qual os cidadãos participarão da condução dos negócios do Estado. Dessa forma, sem a garantia estrita dos direitos políticos, ou admitindo-se interferências indevidas sobre tais direitos, sem dúvida estar-se-á colocando em risco a saúde da vida democrática.

Foi Benjamin Constant, no início do século XIX, o prolator do célebre discurso que, comparando a liberdade dos antigos (aquela liberdade em sentido positivo, que requer a participação dos cidadãos nas decisões públicas) à dos modernos (aquela em sentido negativo, que requer limites à atuação do Estado, impedindo interferências indevidas na esfera de autonomia privada dos indivíduos), concluiu pela complementariedade entre ambas.

Significa dizer que se todos os indivíduos em dado Estado fossem alheios aos negócios públicos, abdicando de seus *poderes* inerentes à liberdade dos antigos, certamente nesse mesmo Estado as liberdades modernas correriam grave risco. Do mesmo modo, não havendo espaço para que os indivíduos exerçam suas aptidões privadas, em pouco tempo eles seriam relegados à margem da condução dos negócios públicos, sem sequer gozarem dos meios necessários ao restabelecimento dos direitos que lhes terão sido tirados.

Por essa razão, tanto os direitos inerentes à cidadania, quanto aqueles relacionados às liberdades individuais básicas, são considerados – na velha classificação, de todos conhecida – direitos fundamentais de primeira geração, os quais apenas admitem restrições claras e seguras, desde que não afetem os seus respectivos núcleos essenciais, consoante tantas vezes observado por esta Corte.

O dispositivo em exame traz uma restrição grave a um direito político essencial, que é o de submeter-se ao escrutínio público visando a eleger-se a cargos de direção política, de modo que não há dúvida acerca da gravidade da restrição a direito de que se cuida. Mas nesse ponto a lei complementar foi além e transferiu a gravíssima pena de inelegibilidade às decisões ético-profissionais dos conselhos profissionais.

Aqui não se deve usar de meias palavras, a lei complementar está a remeter às decisões disciplinares dos conselhos profissionais uma eficácia restritiva de direitos políticos que a Constituição da República jamais cogitou que pudessem ter. Admitir essa possibilidade seria permitir a nulificação da cidadania (restrição de direito político essencial) por meio de decisão

emanada de órgãos corporativos (Hely Lopes Meirelles os denominava autarquias corporativas), cujas direções e câmaras julgadoras são de caráter temporário e de ocupação política, no sentido mais comezinho do termo.

Há mais: existem dezenas ou centenas de conselhos profissionais no Brasil, cada qual com seu respectivo estatuto ético-disciplinar, alguns aprovados por meio de lei e outros tantos aprovados simplesmente por resoluções dos próprios órgãos profissionais, de modo que admitir-se a nulificação da cidadania de alguém – pois é disso que se trata –, por meio de decisões de conselhos profissionais é absolutamente temerário, além de atentar contra toda a dogmática de proteção aos direitos fundamentais, bem como contra o próprio Estado de Direito, ante o elevado grau de insegurança jurídica que esse dispositivo tem o condão de gerar.

Tudo isso resta evidente ao se constatar que existem dezenas ou centenas de estatutos disciplinares, cada qual com seus regramentos específicos, cada órgão julgador com normas procedimentais também específicas, de maneira que, ao admitir que, por esse tipo de decisão, chega-se a afetar gravemente (pois em alguns casos certamente estaremos a cuidar de banimento da vida pública, ante a extensão da pena e a idade do atingido) **o direito de participação política, esta Corte estará a chancelar um estado de insegurança jurídica, que poderá ser acentuado por conta de conflitos entre as facções políticas existentes no seio de cada órgão de fiscalização profissional, em detrimento de seu dever de tutela dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito**.

O Estado de Direito requer segurança jurídica e, portanto, clareza de regras. Esse dispositivo, ao transferir eficácia restritiva ou nulificante de direito fundamental inerente à cidadania, às decisões de conselhos profissionais, tomadas de modo absolutamente alheio a qualquer fiscalização estatal eficiente, ofende o postulado do Estado de Direito, em razão da insegurança que proporciona, e ofende, também, à própria dogmática dos direitos fundamentais, ao permitir restrições a direitos políticos oriundas de órgãos que não possuem competência constitucional para fazê-las e que operam segundo uma miríade de normas disciplinares que impedem uma fiscalização segura e eficiente por parte do Estado.

Outro dispositivo procede de forma similar a esse que prevê a inelegibilidade por meio de decisão disciplinar dos conselhos profissionais. A alínea *o* do art. 1º, I, dispõe que ficarão inelegíveis os que forem demitidos do serviço público. Confira-se a redação do dispositivo:

> o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a norma relativa aos conselhos profissionais, a demissão se dá em processo judicial ou administrativo e, portanto, em procedimentos previstos e tutelados pela Constituição Federal.

Sendo assim, a restrição ao direito fundamental de participação política encontra-se albergada por critérios e procedimentos extremamente mais seguros e fiscalizáveis do que na hipótese anterior, de modo que não vislumbro ofensa ao postulado do Estado de Direito.

Não obstante, o dispositivo é genérico em sua redação e isso dá margem a alguns questionamentos. Parece inegável que o objetivo da lei complementar em exame é garantir uma presunção de probidade daqueles que poderão vir a ocupar cargos eletivos no País. Ocorre que o Estatuto do Servidor Público prevê hipóteses de demissão que não estão relacionadas à probidade administrativa, mas a outros parâmetros, especificamente voltados ao serviço público. Eis as hipóteses de aplicação da pena de demissão, previstas pela Lei 8.112/1990:

> Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
> I – crime contra a administração pública;
> II – abandono de cargo;
> III – inassiduidade habitual;
> IV – improbidade administrativa;
> V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
> VI – insubordinação grave em serviço;
> VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
> VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;
> IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
> X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
> XI – corrupção;
> XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
> XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Assim, para que o dispositivo em exame amolde-se à dogmática constitucional de restrição dos direitos fundamentais é preciso que a pena de inelegibilidade esteja vinculada ao objetivo precípuo da LC 135, que é o de garantir a probidade dos ocupantes de cargos eletivos, de modo que se deve **emprestar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo impugnado para se restringir a pena de inelegibilidade às hipóteses de demissão que guardem conexão direta com a improbidade administrativa**.

É que há hipóteses que podem levar à demissão de servidor que não se ligam à improbidade administrativa. É o caso da inassiduidade, da incontinência pública, da ofensa física, entre outros. Esse tipo de sanção guarda relação com o bom ambiente laboral dos servidores, todavia, não possuem qualquer conexão com o exercício dos direitos políticos por parte dos cidadãos. Assim, admitir a restrição de direitos políticos por razões especificamente funcionais seria algo extravagante, que denotaria um avanço estatal desproporcional e injustificável sobre os direitos políticos dos cidadãos.

V – Inelegibilidade decorrente de condenação por desfazimento de vínculo conjugal ou de união estável (alínea *n*)

O dispositivo constante da alínea *n* do art. 1º, I, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, também traz causa de inelegibilidade que apresenta problemas, especialmente no que concerne à sua redação. Confira-se:

> n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude.

Apesar de ser facilmente identificável a finalidade do dispositivo, que pretende punir com a inelegibilidade aqueles que pretenderem fraudar o cumprimento do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, a forma apresentada e sua redação não lhe garantem a validade.

Note-se que, na primeira parte do dispositivo, faz-se menção ao desfazimento do vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, o que, pelo menos em princípio, não é ato ilícito algum e, portanto, não há razão para que seja punido com a inelegibilidade prevista na norma atacada.

Na parte seguinte, o dispositivo menciona a simulação do desfazimento do vínculo conjugal ou de união estável para evitar a caracterização de inelegibilidade. Nesse ponto, a redação não se apresentou satisfatória. Primeiro, porquanto seja necessário, na simulação, que as partes envolvidas estejam imbuídas do propósito de dar eficácia ao ato que vão praticar e não se vislumbra que o Estado, representado pelo magistrado, possa estar nesse estado de espírito, consoante o magistério de San Tiago Dantas, referido no voto do ministro Dias Toffoli.

Caso se admita que o dispositivo possa ser interpretado como veiculador de punição aos que pretenderem fraudar a lei, ter-se-á, na hipótese, possível causa de nulidade, visto que a regra jurídica que supostamente teria sido cumprida por meio do ato ou negócio jurídico fraudulento, em verdade não o foi, em razão de violação de pressuposto material ou de regra jurídica de forma, tudo consoante bem salientado pelo ministro Dias Toffoli em seu voto-vista.

Ademais, não há uma ação específica para que se chegue à condenação a que se refere o dispositivo em exame, de modo que não se sabe, em princípio, se tal condenação, caso ocorra, terá natureza penal ou civil. Permitir o grave cerceamento de direitos políticos, punindo, com a inelegibilidade pelo prazo de oito anos após a decisão que reconhecer a fraude, a prática de um ato que pode ser considerado nulo, implica prestigiar a insegurança jurídica em detrimento da boa dogmática constitucional de tutela dos direitos fundamentais.

Isso não bastasse, salientou o ministro Toffoli que o Tribunal Superior Eleitoral possui sedimentada jurisprudência no sentido de que a dissolução fraudulenta de sociedade conjugal, configurada em processo eleitoral, dá causa à aplicação da inelegibilidade do art. 14, § 7º, da CF (REspe 9.920/PI, rel. min. José Cândido de Carvalho Filho, publicado em sessão de 27-9-1992).

Por isso, estou de acordo com a tese esposada acima no sentido de que também dá causa à inelegibilidade do art. 14, § 7º, CF, a hipótese em que a Justiça Eleitoral reconhece que alguém simulou a dissolução do vínculo conjugal ou de união estável, com o fim de subtrair-se à restrição constitucional.

Desse modo, reconheço que se houve a simulação, detectada pela justiça, o ato ou negócio jurídico é nulo, ou pelo menos anulável. E, nesse caso, aplica-se a regra de inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, tal como asseverou o ministro Dias Toffoli.

Por outro lado, se assim reconheço, não posso admitir que esse mesmo ato possa dar causa à aplicação da pena de inelegibilidade prevista no dispositivo em exame, em razão de não constituir ilícito autônomo, não estar relacionado à improbidade administrativa, mas constituir-se apenas ato que pode ser declarado nulo pelo Judiciário, restaurando os interessados ao *status quo ante*, em que se lhes aplica o art. 14, § 7º, da CF.

Criar hipótese de restrição de direitos políticos, sobre bases frágeis e inseguras tais como as ora apresentadas, afigura-se ofensivo à dogmática de proteção dos direitos fundamentais, sobretudo quando a própria Constituição Federal, bem interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral, disciplina diretamente a matéria.

Por essas razões, acompanho, no ponto, o voto-vista do ministro Dias Toffoli, para declarar a inconstitucionalidade da alínea *n* do art. 1º, I, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010.

VI – Violação ao princípio da proporcionalidade

A alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010, dispõe que são inelegíveis os cidadãos "que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena", pelos crimes que menciona.

A alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010, dispõe que são inelegíveis os cidadãos "que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena".

Perceba-se que, em ambos os casos (condenações criminais e por improbidade administrativa) a referida lei fixa que a inelegibilidade incidirá sobre o cidadão "desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena".

Façamos então um pequeno exercício de exemplificação para tentar demonstrar o que significa aplicar o texto da lei em sua literalidade.

Imaginemos um cidadão que foi condenado por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa, à suspensão dos direitos políticos por um prazo de oito anos (o art. 12 da Lei 8.429/1992 permite que essa sanção seja aplicada com prazos entre três e cinco, cinco e oito e oito e dez anos, conforme a natureza da infração).

De acordo com a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), essa condenação por órgão judicial colegiado já é suficiente para a decretação da inelegibilidade do cidadão. Essa, inclusive, é a hipótese dos autos.

Também de acordo com a lei – lida na sua literalidade, como descrita acima – o prazo da inelegibilidade começa a contar na data da publicação dessa decisão do órgão colegiado e vai até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

No caso de condenação à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa, o efetivo cumprimento da pena somente começa com o trânsito em julgado da decisão definitiva de mérito, tal como dispõe o art. 20 da Lei 8.429/1992.

Na prática, isso significa que o prazo da inelegibilidade transcorrerá entre a decisão do órgão judicial colegiado – geralmente um Tribunal de segunda instância – e o término do prazo de oito anos contados do efetivo cumprimento da pena, o qual começa apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória na ação de improbidade administrativa.

Assim, levando-se em conta que, de acordo com os parâmetros temporais atuais de tramitação processual na Justiça brasileira, entre a decisão do órgão do Tribunal de segunda instância e o efetivo trânsito em julgado do processo podem transcorrer vários anos, o prazo total da inelegibilidade, na hipótese da alínea *l* em exame, pode chegar a ser mais que o dobro da condenação à suspensão de direitos políticos determinada na ação de improbidade.

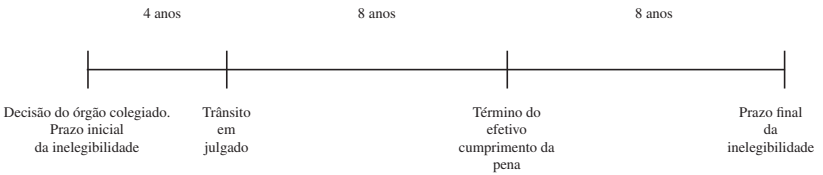
Se imaginarmos que, em termos bastante otimistas, uma decisão de segundo grau em ação de improbidade administrativa leve quatro anos para transitar em julgado no STJ ou no STF (geralmente nessas ações são suscitadas questões constitucionais diversas), podemos então fazer um somatório dos prazos e calcular o tempo efetivo que o cidadão terá que suportar como inelegível.

Seguindo o exemplo acima delineado, serão:

a) **quatro anos** entre a condenação em segunda instância e o trânsito em julgado da ação de improbidade; mais

b) **oito anos** de cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos, contados a partir do trânsito em julgado (art. 20 da Lei 8.429/1992); mais

c) **oito anos** de inelegibilidade determinados pela LC 135/2010 (alínea *l*, I, art. 1º, LC 64/1990), contados a partir do cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos fixada na ação de improbidade administrativa (oito anos no exemplo aqui descrito).



Total: Vinte anos de inelegibilidade.

Não é preciso muita imaginação para constatar que há, aqui, um excesso do legislador e, portanto, uma **patente violação ao princípio da proporcionalidade**.

O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um *núcleo essencial* do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma *margem de ação* ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador.

No caso, o direito fundamental em questão diz respeito, especificamente, ao direito de ser votado, como exercício da denominada cidadania passiva.

A questão, portanto, está em saber se, de acordo com um critério de proporcionalidade, a decretação da inelegibilidade daqueles cidadãos condenados por improbidade administrativa, por prazos que podem chegar a vinte anos ou mais, restringe de forma excessiva o direito fundamental de ser votado.

O princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador (*Übermassverbot*).

Para a aferição da proporcionalidade da medida legislativa, deve-se averiguar se tal medida é *adequada* e *necessária* para atingir os objetivos perseguidos pelo legislador, e se ela é *proporcional* (*em sentido estrito*) ao grau de afetação do direito fundamental restringido.

No caso, o fim almejado pelo legislador é impedir que cidadãos considerados ímprobos participem de eleições para o preenchimento de cargos políticos. Em outros termos, a lei visa garantir a moralidade da participação nos pleitos eleitorais e, dessa forma, permitir que apenas cidadãos probos possam exercer os mandatos políticos.

Esse objetivo poderia ser alcançado com a decretação da inelegibilidade daqueles cidadãos que foram condenados por decisão de mérito, definitiva e transitada em julgado, em ação de improbidade administrativa. Não se olvide que a pecha da improbidade, segundo o regime fixado na Constituição (art. 15, V; art. 37, § 4º), somente pode ser atribuída àqueles que têm contra si uma decisão definitiva e imutável.

Assim, se se pretende retirar temporariamente da vida política cidadãos ímprobos, tal finalidade poderia ser alcançada com a previsão legal da inelegibilidade de todos aqueles que foram condenados definitivamente em ação de improbidade administrativa, com decisão transitada em julgado.

Existindo outros meios mais adequados e menos gravosos à situação política dos cidadãos, a medida legislativa levada a cabo pela LC 135/2010, ao introduzir a alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, certamente não passa no teste da proporcionalidade nos níveis da adequação e da necessidade.

Mas o legislador decidiu, por meio da LC 135/2010, que não seria necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória na ação de improbidade administrativa, bastando a decisão do órgão colegiado para a incidência da causa de inelegibilidade. Partindo-se do pressuposto de que isso seria possível – apesar de tal medida, como analisado acima, não passar nos testes da adequação e necessidade –, ainda assim a LC 135/2010, nesse ponto, não passaria no teste da proporcionalidade (em sentido estrito).

Isso porque, como visto acima, o legislador prescreveu que a inelegibilidade incidirá sobre o cidadão *desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena*. E, tal como analisado, **isso pode significar, na prática, a penas que ultrapassam vinte anos de inelegibilidade**.

A Lei da Ficha Limpa pretendeu estender para oito anos o prazo da inelegibilidade, tendo em vista que, no sistema anterior, os três anos fixados pela LC 64/1990 acabavam por permitir a candidatura já no pleito eleitoral seguinte, tornando inócua a medida estabelecida. Porém, o legislador foi longe demais ao construir um texto normativo que permite, como visto, prazos de inelegibilidade de mais de vinte anos.

A Lei de Improbidade Administrativa – a Lei 8.429/1992 – prevê, em seu art. 12, pena de suspensão de direitos políticos que pode chegar, no máximo, a dez anos.

Na medida em que a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) possibilitou que a inelegibilidade possa chegar a prazos de mais de vinte anos – mais que o dobro fixado na Lei 8.429/1992 –, ela entra em confronto claro com o regime de responsabilização político-administrativa estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Mas não só isso, ela viola claramente o postulado da *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que fixa a medida por ela prevista é extremamente invasiva dos direitos políticos do cidadão, sem qualquer proporção em relação ao fim almejado.

Há, aqui, uma evidente relação de desproporção entre a medida legislativa adotada e o objetivo a ser alcançado.

Não se pode negar que a previsão de prazos de inelegibilidade que podem superar os vinte anos tem o condão de praticamente retirar um cidadão da vida política, dependendo do caso. A medida adotada pela Lei

da Ficha Limpa pode, inclusive, aniquilar carreiras políticas, tamanha a desproporção com que fixou o prazo da inelegibilidade.

Para se ter uma ideia dessa total falta de proporcionalidade, basta verificar os prazos das penas fixadas pela legislação penal para os crimes contra a administração pública, levando-se em conta que a condenação penal também gera a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos.

O crime de peculato tem pena máxima de doze anos (art. 312 do Código Penal).

A concussão tem pena máxima fixada pelo Código Penal em oito anos (art. 316).

O excesso de exação, na modalidade qualificada, tem pena máxima de doze anos (art. 316, § 2º).

A corrupção passiva é penalizada com o máximo de doze anos (art. 317 do Código Penal).

A prevaricação, a condescendência criminosa, a advocacia administrativa e o abandono de função têm penas que vão até o máximo de um ano (arts. 319, 320, 321 e 323 do Código Penal). A violação de sigilo funcional, por seu turno, tem pena máxima de dois anos (art. 325 do Código Penal).

Perceba-se, portanto, que a Lei da Ficha Limpa adota medidas que restringem direitos políticos dos cidadãos condenados por improbidade administrativa de forma muito mais rigorosa do que a própria legislação penal, a qual, para os crimes contra a administração pública, prevê penas de no máximo doze anos.

Parece evidente, nesse sentido, a sanha do legislador ao tentar retirar da vida política cidadãos condenados apenas em segunda instância em ação de improbidade administrativa.

Não vejo como não reconhecer a violação ao princípio da proporcionalidade nessa alínea *l*, assim como da alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, inserida pela LC 135/2010.

O relator, ministro Luiz Fux, em seu voto, chegou a conclusão semelhante, nos seguintes termos:

> (...) admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva. Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo *caput* do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, *de per se*, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva

e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.

A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal).

Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.

Cumpre, destarte, proceder a uma *interpretação conforme a Constituição*, para que, tanto na hipótese da alínea *e* como da alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de oito anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

Como se vê, **o ministro Fux propôs a aplicação da técnica da interpretação conforme** para que, tanto na hipótese da alínea *e* como da alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de oito anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

Com base nessas considerações, acompanho a proposta do ministro relator.

VII – Conclusão

Ante o exposto, voto:

1) pela procedência total da ADI 4.578, para **declarar a inconstitucionalidade** da alínea *m*;

2) pela improcedência da ADC 29, **para declarar o caráter retroativo da LC 135/2010 e determinar sua aplicação apenas em relação aos fatos ocorridos após a sua vigência**, respeitada a anualidade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição, tal como já afirmado pela Corte no RE 633.703;

3) pela improcedência parcial da ADC 30, para **declarar a inconstitucionalidade** da alínea *n*;

4) pela improcedência parcial da ADC 30, para **declarar a inconstitucionalidade** da expressão "ou proferida por órgão judicial colegiado", contida nas alíneas *e* e *l*;

5) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que a alínea *o* é constitucional desde que interpretada no sentido de que somente as hipóteses de demissão diretamente relacionadas a atos de improbidade administrativa podem constituir causas de inelegibilidade;

6) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que a alínea *g* é constitucional desde que interpretada no sentido de que os chefes do Poder Executivo,

ainda quando atuem como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Constituição;

7) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que as alíneas *e* e *l* – retirada a expressão "ou proferida por órgão judicial colegiado" – são constitucionais desde que sejam interpretadas no sentido de que seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de oito anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, relembro o teor do § 9º do art. 14 da Constituição Federal, na redação primitiva:

> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Por que surgiu a LC 135/2010 em iniciativa popular, para vir a ser aprovada nas duas Casas do Legislativo federal a uma só voz? Porque se constatou realidade umbilicalmente ligada à cultura nacional: praticamente a falência das convenções na escolha dos candidatos, deixando os órgãos dos partidos de implementarem a almejada triagem, a partir do perfil daqueles que se apresentam para concorrer a cargos eletivos. Surgiu, também, considerada a pequena visibilidade dos eleitores, quanto aos perfis dos candidatos.

Essa lei, presidente, veio dezesseis anos após – foi ressaltado pelo ministro Ayres Britto – a inserção, no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, de outros elementos, visando a preservar, acima de tudo, a coisa pública. Com a Emenda Constitucional de Revisão 4/1993, inseriu-se na Carta Federal que se teria lei de inelegibilidade a prever dados voltados a proteger – é o vocábulo do legislador – a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. E, então, previu-se que se consideraria algo que apresenta conceito aberto: a vida pregressa do candidato. Na maioria das vezes, define-se a vida pregressa, que tem como sinônimo "idoneidade", no campo administrativo. É o que ocorre, por exemplo, quanto a esse segmento importantíssimo na busca da justiça, que é o da advocacia. É o que acontece, também, presente a Carta da República, quanto àqueles que, egressos da advocacia, devem ocupar cadeira em Tribunal Regional ou no Superior Eleitoral. Ultimamente – vamos falar assim, sem definir balizamento temporal –, o Tribunal Superior Eleitoral tem sido rígido, devolvendo listas, quando o indicado se apresenta já acionado no Judiciário, quer no campo cível, quer no criminal.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ainda na semana passada, não é, ministro Marco Aurélio, se me permite, nós, no eleitoral, exatamente devolvemos uma em

razão da pendência de processos penais em relação a um candidato a juiz de um tribunal eleitoral, com unanimidade dos juízes.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Em processo de relatoria de Vossa Excelência.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas foi unânime. Do colegiado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Tudo ocorre a partir do bom senso, da ordem natural das coisas, da razoabilidade, da proporcionalidade, tendo em conta esse conceito que disse "aberto", que é o alusivo à vida pregressa, ou seja, o que vem antes.

Presidente, examino os incisos atacados, ressaltando que julgaremos três ações: duas declaratórias de constitucionalidade, a de n. 29 e a de n. 30, e uma de inconstitucionalidade, a de n. 4.578. E, muito embora não estejamos sujeitos, no processo objetivo, à causa de pedir, estamos vinculados aos pedidos formalizados, e não devemos mesmo nos atrever a solucionar todos os conflitos passíveis de surgirem, considerada a criatividade humana e a aplicação da lei.

Houve alteração quanto à alínea *c* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, implicando o elastecimento do prazo de inelegibilidade, no caso de perda de cargos eletivos, por infringência a dispositivo da Constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município. Numa opção político-normativa, dilatou-se o prazo, que era de três anos subsequentes ao término do mandato, alusivo à perda do cargo, para oito anos. Aqui não se tem qualquer dúvida quanto à constitucionalidade.

A alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 – e estamos no campo da representação a ser processada e julgada pela Justiça Eleitoral – surgiu pela primeira vez – contei seis preceitos contendo esse instituto –, em alusão à decisão proferida por órgão colegiado. Evidentemente, partiu-se da premissa de que, em se tratando de um órgão colegiado, a presunção de acerto do pronunciamento é maior, tendo em conta o concurso de ideias.

Não tenho, presidente, como inconstitucional – para chegar-se ao objetivo maior da LC 135/2010, que é a ocupação dos cargos eletivos por quem vise o cargo para servir aos semelhantes e não para se servir do cargo – levar-se em conta decisão formalizada por órgão colegiado, muito embora sujeita a reforma, presente acesso muito afunilado a sede extraordinária, porque quase sempre o órgão colegiado é representado por tribunal de justiça ou regional.

Presidente, chegamos – ia deixar por último esse item, mas não farei suspense quanto ao meu voto – ao tema tratado na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 com a redação conferida pela LC 135/2010. Na redação primitiva, realmente a consideração da decisão criminal condenatória estava submetida à preclusão maior, ao trânsito em julgado. Versava o preceito o período de três anos quanto à inelegibilidade, três anos após o cumprimento da decisão. Veio o novo preceito elastecendo esse período para oito anos, sendo essa unidade de tempo – oito anos – referida, em geral, nos diversos dispositivos da LC 135/2010.

Há referência a decisão transitada em julgado, pressupondo-se decisão individual e decisão – acórdão, presumo; presumo o que normalmente ocorre, não o extravagante, o teratológico – formalizada por órgão judicial colegiado. O termo inicial da inelegibilidade ficou sendo a condenação, projetando-se o prazo até oito anos após o cumprimento da pena.

Presidente, a problemática do prazo é resolvida, a meu ver, a menos que o Supremo passe a atuar como legislador positivo, no campo – como ressaltado por colegas, inclusive o ministro Ricardo Lewandowski – da opção político-normativa. Três ou oito anos? Partiu-se para oito, nem por isso se chegando a uma sanção – não vou falar em pena, porque não se trata de pena –, por prazo indeterminado, à inelegibilidade perpétua. E tem-se, na lei, fixados os parâmetros para definir-se o espaço de tempo em que o condenado no campo criminal – não é pouco –, por órgão colegiado, permanece inelegível.

Vem-nos do principal rol das garantias constitucionais, que é o do art. 5º, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O que sinaliza esse dispositivo, e já foi proclamado pelo Supremo? Que antes do trânsito em julgado da decisão condenatória – e o preceito versa não inelegibilidade, mas consequências da ação penal – não pode haver a execução da pena. O que se contém no preceito não obstaculiza a consideração, não de uma simples denúncia recebida pelo juízo competente, como havia na lei complementar anterior à 64, para ter-se a inelegibilidade, e a referência a pronunciamento condenatório de colegiado, o que, quase sempre, ocorre no campo da revisão – não afasto a possibilidade de se ter a competência originária do colegiado –, para saber se aquele que se apresenta visando ter o nome sufragado pelos concidadãos tem, ou não, vida pregressa irreprochável. Pregresso quer dizer o que se passou antes, algo a preceder. Vida pregressa recomendável é a que não coloque em dúvidas a adequação do candidato para ocupar o cargo.

Presidente, tenho que o prazo previsto na lei – e precisamos lembrar que muitos apostam na morosidade da Justiça – resultou de válida opção político-normativa dos representantes do povo brasileiro, os deputados federais, e dos representantes dos Estados, os senadores.

Há mais, presidente, o sistema precisa fechar. Será que posso dizer, a um só tempo, que o pronunciamento de colegiado gera a inelegibilidade e assentar que não é marco temporal, termo inicial do prazo, quanto ao período de inelegibilidade? A meu ver, não posso, muito menos para mitigar espaço de tempo previsto, de forma expressa, no preceito. Não assusta, porque não é algo novo no cenário jurídico haver-se a inelegibilidade projetada por oito anos após o cumprimento da pena. Devo lembrar que é possível considerar alguém reincidente nos cinco anos posteriores ao cumprimento da pena do crime pretérito. A adoção de cinco ou oito anos está no âmbito, repito, da opção político-normativa.

Fiz uma projeção. Imaginemos que uma decisão de colegiado tenha sido prolatada em 2010. E que essa decisão, de início, desafie recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário – estrito senso, já que o especial

também é de natureza extraordinária, para o Supremo. Ante essa interposição simultânea, que veio à balha com a Carta de 1988, quando se criou o Superior Tribunal de Justiça, ferindo de morte o princípio da unidade recursal – para cada situação decisória um recurso –, sabemos que o recurso extraordinário fica na prateleira, aguardando o esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. Principalmente no âmbito penal, a projeção no tempo da decisão final é importantíssima, tendo em conta os efeitos da prescrição. E é possível que haja a interposição do recurso especial e, julgado, a protocolação de embargos declaratórios, de embargos de divergência e, apreciado, a interposição de novos declaratórios, para, posteriormente, adentrar nessa via alargada, considerado o rol recursal, chegar-se ao enfrentamento da matéria no Supremo. Se houver uma situação concreta em que, de forma otimista, imaginemos a passagem apenas de cinco anos na tramitação do processo nos dois tribunais, ter-se-á, considerado uma pena de três anos, o cumprimento, e mais os oito alusivos à inelegibilidade tal como prevista na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990. O que ocorrerá se proceder-se à mitigação da norma aprovada pelos legisladores e cogitar-se da subtração do período entre o acórdão e a data do trânsito em julgado? Onze anos (oito mais três) menos os cinco aludidos – e não considero o argumento extravagante quanto a possível sanção de inelegibilidade por vinte, vinte e cinco, trinta anos –, estará o candidato inelegível apenas por seis anos, isso sem vislumbrar demora maior até o trânsito em julgado, já que é possível ter-se pendência recursal nos dois tribunais, considerada a multiplicidade de recursos passíveis de serem manejados, por mais dez anos. Sobejará, no caso de condenação a três anos, apenas um ano de inelegibilidade!

O sr. ministro Ayres Britto: Ainda ontem eu dizia algo parecido – mas não com essa riqueza de pensamento, de articulação de ideias como fez Vossa Excelência – ao ministro Lewandowski. Dizia que chegaríamos a esse paradoxo a que chegou Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, se entendermos que cabe a subtração, estaremos assentando, em sentido diametralmente oposto ao que está no preceito, que o pronunciamento do Colegiado não implica a inelegibilidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sim. Exatamente.

O sr. ministro Ayres Britto: É coisa nenhuma, praticamente.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ministro, queria que Vossa Excelência repetisse essa conta que foi feita apenas para perfeito esclarecimento, até porque, se for o caso, vou acompanhá-lo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Muito embora tenha feito o científico e não o clássico, porque minha família me queria engenheiro, hoje não mais domino números.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas é só essa conta, exatamente, que Vossa Excelência fez. Digamos três anos. Vossa Excelência, depois, fixou? Como foi no exemplo de três anos?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É impressionante esse número.

O sr. ministro Marco Aurélio: Peguei a condenação de três anos, porque até mesmo durante o cumprimento da pena temos, pelo texto constitucional primitivo, a suspensão dos direitos políticos e, levando em conta a norma, adicionei os oito subsequentes a esse cumprimento, encontrando onze anos.

Na maioria das vezes, após a condenação, não se tem a preclusão maior. Às vezes o Ministério Público não recorre, mas, quase sempre a defesa o faz, numa via afunilada, que é a de acesso à sede extraordinária, projetando-se a preclusão maior, ante a prática de ato pela própria parte.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim. É só porque eu interpretei – por isso acompanhei o ministro Fux – que da condenação da qual cabem esses recursos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ele está inelegível.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Então, na minha conta, como se fossem acumulando, portanto, não daria esse mesmo resultado. Porque, se a interpretação levar a esse resultado como Vossa Excelência, eu também acompanho o mesmo raciocínio de Vossa Excelência e reajusto para julgar totalmente procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Porque anula realmente a condenação do Colegiado.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Então, essa conta é importante para mim.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos ficar com o aspecto acadêmico-jurídico.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Quer dizer, se tem três anos, mais a condenação, mais os recursos, mais o cumprimento e depois começa a contar oito anos.

O sr. ministro Ayres Britto: É assim.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Isso.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É assim que começa a contar.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Então não há como fazer esse desconto.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não tem como!

O sr. ministro Ayres Britto: Não, tem.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Como seria feito esse desconto?

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos voltar ao que apontei como incongruência.

A um só tempo, posso dizer que o pronunciamento do Colegiado provoca a inelegibilidade para, em passo seguinte, afastar o período entre esse pronunciamento e o trânsito em julgado?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, isso é uma justificativa para...

O sr. ministro Marco Aurélio: Não estarei atuando como legislador positivo?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, isso é uma justificação para tirar a detração, é isso? Esse seu ponto de vista exclui a detração, aquela detração?

O sr. ministro Marco Aurélio: A detração, para mim, é imprópria, porque, no caso, pelo texto legal, se tem período contínuo a partir do pronunciamento do Colegiado até oito anos após o cumprimento da pena.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A ser assim, eu reafirmo minha conclusão pela procedência das ações declaratórias e pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, o nosso raciocínio foi o seguinte: condenado, está inelegível.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Com a detração, nenhuma dúvida.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Condenado pelo Colegiado está inelegível. Aí recorre-se. Suponhamos, Vossa Excelência calculou quanto tempo de duração até o recurso?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, mas o ministro contou os oito anos daí.

O sr. ministro Marco Aurélio: O legislador assentou que estará inelegível por mais oito anos após o cumprimento da pena, a menos que seja absolvido posteriormente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Certo.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas é da condenação e será sempre da condenação.

O sr. ministro Marco Aurélio: Estará inelegível desde o pronunciamento do Colegiado até oito anos após o cumprimento da pena.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O cumprimento da pena. Então?

O sr. ministro Marco Aurélio: Quanto maior a pena, e presumindo-se que a prática tenha sido mais grave, será mais dilatado o período de inelegibilidade.

Como neto de português, na minha cabeça não passa, já que as coisas precisam ser coerentes, dizer: "olha, o pronunciamento judicial leva à inelegibilidade, mas depois, transitado em julgado, selada a culpa, deve ser expungido o interregno entre ele e o trânsito em julgado?"

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, permita-me, só para entender o seu raciocínio.

Suponha hipótese em que alguém tenha sido condenado, em segundo grau, a dez anos de prisão, e, entre essa decisão e o trânsito em julgado, tenham ocorrido cinco anos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Consegue-se projetar no tempo o trânsito em julgado por dez, quinze anos...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, aí, temos cinco anos que se somam a partir da decisão até o trânsito em julgado, mais dez anos do cumprimento da pena e mais oito anos depois.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É isso que a lei diz.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, não posso...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu sei que Vossa Excelência não pode; eu só queria entender o cálculo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, não posso endossar a postura daqueles que apostam na morosidade da Justiça!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ah, mas isso, se Vossa Excelência não acreditar, Vossa Excelência é muito crédulo!

O sr. ministro Marco Aurélio: Interpõe sucessivos recursos...

O sr. ministro Ayres Britto: Interpôs sucessivos recursos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Aí aproveitaria exatamente quem faz do recurso não um direito, mas uma chicana. O recurso é um direito. Quando ele é utilizado para impedir a implicação, realmente nós não podemos convalidar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Interpõe-se sucessivos recursos para projetar no tempo, visando a não cumprir o decreto condenatório, o trânsito em julgado da decisão. É a realidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Independente da crença de Vossa Excelência, temos o total de 23 anos nesse caso.

O sr. ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, observo a opção político-normativa do legislador. Não vejo falta de razoabilidade no período de inelegibilidade. Descabe dar desconto a quem tenha claudicado no campo penal. Não vejo falta de razoabilidade, não vejo absurdo a conduzir esta Corte, sob a minha óptica, que pode não ser a da maioria – e já se disse que o Supremo tudo pode porque não tem acima de si um órgão para exercer crivo quanto às respectivas decisões –, adentrar o campo reservado à atuação legiferante positiva e dizer que o prazo não é o fixado em lei, que deve ser reduzido, considerado o espaço de tempo entre aquele evento, que é o julgamento pelo Colegiado, e o trânsito em julgado, evento que implica inelegibilidade, devendo ser subtraído do período, pouco importando a projeção no tempo do processo pela interposição de sucessivos, para as calendas gregas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permite, agora entendi o raciocínio de Vossa Excelência.

Vossa Excelência entende que, não obstante possa esse prazo transcorrer durante trinta ou quarenta, enfim, vinte anos, não há falta de razoabilidade na opção legislativa, porque a parte pode utilizar o recurso para postergar e, por essa razão, quer dizer, como Vossa Excelência está coerente e entende razoável isso, não entende que deva se fazer a detração.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas é bom não esquecer que o Ministério Público também pode recorrer. É bom não esquecer.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas a maioria, realmente o ministro Marco Aurélio tem razão, é da parte.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu levei em consideração o recurso da parte.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há mais. Qualquer crime é conducente à inelegibilidade? Não. Há na lei um rol exaustivo, a revelar práticas que mereceriam, na visão comum, e não jurídica, a excomunhão maior.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Gravíssimas.

O sr. ministro Ayres Britto: Fincadas na cultura distorcida da política brasileira.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por que houve a necessidade de se aditar a Carta de 1988 e dispor sobre a moralidade, sobre a vida pregressa?

Eis os crimes: "1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;"

Se não vivesse em sistema no qual o direito é posto, diria que pessoa que comete um crime desses não pode se achar habilitada a vir a ocupar um cargo representativo.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência me permite, na Itália, crime contra a economia popular impede até o voto. O eleitor decai da sua condição de eleger quem quer que seja para cargo político.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Depois do trânsito em julgado, na Itália.

O sr. ministro Marco Aurélio: Evidentemente, depois de cumprida a pena, a atuação política ativa é possível: ser eleitor é possível. Enquanto estiver cumprindo a pena e dependendo também da pena – é preciso partir para a razoabilidade – evidentemente os direitos políticos estarão suspensos.

Continua a lei:

> 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

Faliu, praticando crime, no campo privado. O que buscará no setor público?

> 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
> 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
> 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo [mesmo assim com a condição perda do cargo] ou à inabilitação para o exercício de função pública;
> 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
> 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins [não sei se depois da corrupção ou antes da corrupção é o crime que maiores danos causa à sociedade; não me

atrevo a dizer o que é pior, se é a corrupção ou o tráfico], racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa [até hoje não se definiu esse tipo], quadrilha ou bando;

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência permite, só para não ser infiel de nenhum modo, no Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297/SP, o ministro Moreira Alves disse:

Na Itália, apesar do texto constitucional expresso, não podem sequer ser eleitores, em razão de indignidade moral (*indignità morale*), os falidos, os concessionários de casa de jogo, os sujeitos à medida preventiva ou de segurança, previstas no Código Penal.

E vai nessa linha, citando também Biscaretti di Ruffia, na última edição do seu *Direito constitucional* etc., etc.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, não posso entender que, sob o ângulo – considerados esses crimes – do prazo, a lei seja desarrazoada e mereça a glosa do Supremo. Só devemos declarar a inconstitucionalidade – teria muita dificuldade em assim proceder para reduzir um prazo que foi fixado e eleger aleatoriamente outro sem ser legislador – ante conflito frontal com o texto da Carta da República. Não há texto que – e temos princípios implícitos, o da razoabilidade o é – leve à conclusão da inconstitucionalidade desse preceito.

Torno a frisar: uma coisa é ter-se como selada a culpa de alguém para efeitos criminais, algo diverso é considerar-se um contexto – e quem o previu foi o legislador, não estamos no campo administrativo –, assentar que o cidadão não tem vida pregressa capaz de respaldar – a vida pregressa deve ser irreprochável –, a candidatura a certo cargo eletivo.

Presidente, vou adiante. Na alínea *f* do inciso I do art. 1º, tivemos o elastecimento do prazo – considerado o texto primitivo da LC 64/1990, e não me defrontei, jamais, com impugnação sob o ângulo da inconstitucionalidade desse preceito –, de quatro para oito anos, período que se adotou, como disse, em relação a quase todos os dispositivos da lei. Na alínea *g*, que também já havia na LC 64/1990: passou-se a ter um elemento subjetivo que atende aos interesses, não do geral, mas do próprio candidato, no que previsto que a rejeição das contas deve resultar de ato insanável e também ter-se – para ficar configurada a inelegibilidade – o dolo. Não vislumbro a necessidade de ressalvar o inciso I do art. 71 da Carta Federal. Tenho como constitucional, portanto, o preceito.

Na alínea *h*, voltou-se à alusão, quanto àqueles que tenham se beneficiado "de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional", ou utilizado em benefício de "terceiros", a decisão de tribunal. Não há, nessa previsão, qualquer conflito com a Constituição Federal.

Vejamos o dispositivo da alínea *j*, introduzida no art. 1º, I, da LC 64/1990, versando, inclusive, a prática pelo presidente da República, alínea *k*:

> k) o Presidente da República, o Governador de Estado 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 [é a condição] da 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 renúncia é um ato de vontade. Surte efeitos pelo implemento respectivo, não dependendo da aquiescência de quem quer que seja. Não podemos confundir o que previsto nesse preceito com outra regra da Constituição que obstaculiza, quando já instaurado processo que possa desaguar em cassação, a renúncia por parlamentar. O que se tem é uma opção do legislador, apontando que aqueles que hajam renunciado – já assuntado quanto ao resultado desse processo administrativo – o colegiado que julgaria o processo administrativo para fugir a uma cassação, ou seja, aqueles que tenham voltado as costas à responsabilidade e ao próprio órgão a que integrado, não podem concorrer, considerado "o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes". Eis um prazo que pode chegar a praticamente dezesseis anos. Basta considerar o mandato de senador. Poderemos ter um prazo de inelegibilidade menor na área criminal, como consequência de uma prática delituosa glosada pelo Código Penal, caso prevaleça o decote preconizado pelo relator.

Presidente, entendo que não há qualquer inconstitucionalidade no preceito.

Alínea *l*:

> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Mais uma vez homenageou o legislador o pronunciamento de tribunal, não se tendo qualquer vício.

Prossigo, presidente. A alínea *m* versa:

> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional (...)

Quer dizer, alguém não está habilitado para exercer a profissão, uma certa profissão, mas estaria habilitado para representar os concidadãos?

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência me permite: todos esses Conselhos profissionais têm uma dimensão corporativa e, sem dúvida, de seleção, disciplina e proteção da classe, mas eles têm uma dimensão, necessariamente, transcorporativa, é a dimensão institucional, por isso que arrecadam

contribuições de natureza de tributo. Veja Vossa Excelência o que acontece com a OAB, por exemplo, em diversas passagens da Constituição ela é solicitada a compor até os quadros de formação do Judiciário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Acredito – pressupondo o que normalmente ocorre e não o excepcional, o teratológico – nas entidades e instituições pátrias. Há, de qualquer forma, a contracautela. O que prevê a cláusula final da alínea *m*?

> (...) salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.

Se formos ao rol das garantias constitucionais, veremos que o acesso ao Judiciário é assegurado para afastar lesão a direito ou ameaça a lesão a direito. Digo que o poder de cautela é ínsito ao próprio Poder Judiciário.

Aquele que se diga prejudicado, que se diga perseguido numa certa política de classe, pode – e o protocolo estará sempre aberto – bater às portas do Judiciário e pedir medida acauteladora que suspenda a eficácia do ato e, por consequência, suspenda, também...

O sr. ministro Ayres Britto: A cláusula da inelegibilidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: ...a inelegibilidade. E isso ocorre, em geral, quanto à LC 135.

Continuo, presidente, e penso que o preceito não é ambíguo, não sugere dupla interpretação, razão pela qual afasto a conforme. Analiso a alínea *n* do inciso I do art. 1º:

> n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado [e, mais uma vez, tem-se a referência, a homenagem ao colegiado] ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

A Justiça Eleitoral vem glosando simulações, não assentando, é claro, prazo de inelegibilidade. O preceito não versa a subsistência ou a insubsistência do divórcio, mas apenas a inelegibilidade. E, mesmo assim, para que incida, é preciso que haja decisão reconhecendo a fraude, o vício na manifestação de vontade, no que dissolvido o vínculo conjugal ou o revelador da união estável.

Também tenho como constitucional a norma, alínea *o*:

> o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo [pressupõe o devido processo administrativo com o contraditório e a ampla defesa] ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver [não precisaria sequer estar prevista essa possibilidade, porque disse ínsita ao Poder Judiciário] sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

Alínea *p*:

> p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida [mais

uma homenagem à decisão do Colegiado] por órgão colegiado da Justiça Eleitoral (...)

Geralmente tem-se a consequência quanto a registro, quanto à diplomação, quanto a mandato, já agora vem a previsão da inelegibilidade, ante esse desvio de conduta, por oito anos. Também tenho como constitucional o preceito.

Alínea *q*:

> q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória [aposentadoria-sanção], que tenham perdido o cargo por sentença [já que o cargo do vitalício só pode ser fulminado por sentença] ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

Ninguém pede aposentadoria ou exoneração gratuitamente. Pede para fugir de alguma coisa.

O sr. ministro Ayres Britto: Abrindo mão até do contraditório e da ampla defesa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Exato.

Presidente, tenho que os preceitos, a meu ver, são harmônicos com a Carta Federal e visam à correção de rumos nessa sofrida República, nessa sofrida pátria, considerado presente e passado que são do conhecimento de todos.

Surge uma problemática. Na ADC 29, tem-se pedido para se declarar a constitucionalidade da aplicação da LC 135/2010 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma, que é de junho de 2010. Quer dizer, o período pretérito também seria apanhado, isso quanto a atos e fatos. Volto a frisar: paga-se um preço por se viver em um Estado Democrático, esse preço é módico, está ao alcance de todos: a irretroatividade da lei, o que revela a segurança jurídica.

Presidente, no campo penal, segundo a Constituição, a lei apenas retroage para beneficiar o acusado. No campo dos tributos, a lei que crie ou altere, de alguma forma, tributo, apenas entra em vigor no exercício seguinte e, mesmo assim, a exigibilidade somente se dá passados noventa dias.

Há mais, presidente. É cláusula pétrea a do respeito às situações aperfeiçoadas segundo a legislação da época, aperfeiçoadas quanto às consequências jurídicas, aquelas previstas segundo a legislação em vigor.

E já imagino problema futuro: acabamos de afastar a LC 135/2010, editada quando já muito próximas às eleições, em relação a um senador da República que renunciou em 2003, e o mandato, considerada a eleição de 2010, ainda está em curso. Placitada essa lei, exercerá o mandado inelegível? Sim, porque, quanto à renúncia, o que se tem? Perdura enquanto existente o mandato que deveria estar sendo exercido até oito anos após, ou seja, até 2019. E aí? Placitada a lei, essa aplicação retroativa apanha atos e fatos pretéritos? Sim, vamos consertar o Brasil? Com "s" ou com "c", mas vamos consertá-lo para a frente, observada,

portanto, a segurança jurídica. É preciso saber quais as consequências dos atos e isso ocorre segundo o direito elaborado pelos congressistas, a legislação em vigor na data em que praticados. Estará apanhada a situação do senador Jader Barbalho? Ocupando ele uma cadeira no Senado da República, estará detendo a condição de inelegível? Não sei como será equacionada a situação jurídica!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Marco Aurélio, houve uma parte final, na conclusão do voto, está aqui, que eu não li, não era a parte nuclear, porque na verdade considerei constitucionais todas as causas de inelegibilidade. Mas eu me preocupei...

O sr. ministro Marco Aurélio: Uma, Vossa Excelência considerou constitucional, em parte, o da alínea *n*.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não. Considerei constitucionais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Porque Vossa Excelência expunge um período. Claro que só pode expungir se a cláusula for conflitante com a Carta da República.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu considerei a causa de inelegibilidade constitucional, o que, na percepção correta que Vossa Excelência entendeu, eu inseri uma detração que não está prevista na lei. Foi isso. Agora no voto, e parece que é isso a que Vossa Excelência está se referindo, Vossa Excelência se refere exatamente àqueles que hoje estão exercendo o mandato. É isso?

O sr. ministro Marco Aurélio: Estou dizendo que a segurança jurídica é princípio basilar, é medula do Estado Democrático de Direito. E não se pode cogitar de segurança jurídica quando, à mercê de novos diplomas legais, se deva viver aos sobressaltos, aos solavancos, impondo-se sanção quanto a ato e fato pretérito.

Ou seja – vou figurar na alínea *n* mesmo, vamos esquecer o problema da renúncia do senador Jader Barbalho que penso e espero que não me dê mais trabalho, seja página virada –, alguém condenado antes de ter-se a lei complementar que determinou, em termos de inelegibilidade, e determinou dessa forma, que é a da alínea *n*, a consideração da vida pregressa, alguém condenado, anteriormente. O ato pretérito, anterior à vinda da nova lei complementar, pode esse alguém ser hoje, quando não era à época da prática do ato – e ato a consubstanciar crime –, ser considerado alcançado pela alínea *n*? A minha resposta é desenganadamente negativa: não pode. Sob pena...

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ministro, essas questões serão resolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sob pena de, ao invés de ter-se modificação normativa, implementar-se uma revolução, quando, então, vale tudo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Esse tópico, na realidade, pelo que eu pude depreender da maioria, o que se entendeu foi que se aferem essas condições de elegibilidade no momento do registro da candidatura. De sorte que o

candidato tem que preencher esses requisitos nesse momento, essa é a lei regente da sua elegibilidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sobrepõe-se um princípio mais caro, e estamos no campo de valores. Devemos sopesar valores, surgindo o alusivo à segurança jurídica.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Vossa Excelência está afirmando o seguinte: só para explicar, pelo que eu entendi da maioria, é que a maioria acolheu a retrospectividade, ou seja, a nova lei pode estabelecer efeitos para o futuro, efeitos para o futuro em relação a situação...

O sr. ministro Marco Aurélio: Podemos fazer um congresso para discutir a aplicação da lei do tempo!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu quero só apreender...

O sr. ministro Marco Aurélio: No voto, a minha óptica, a minha compreensão, é de que a lei é válida e apanha atos e fatos que tenham ocorrido a partir da edição de junho de 2010.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim. Entendi. Com todo respeito, nós temos dissidências.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não atos e fatos pretéritos. Foi o que disse: vamos consertar o Brasil de forma prospectiva, não de forma retroativa, sob pena de não se ter mais segurança jurídica.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu voltei diferente, mas entendi.

O sr. ministro Ayres Britto: Se me permite fazer uma distinção, se Vossa Excelência permite? Senhor presidente, se Vossa Excelência permite?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só um minuto que eu tenho que anotar.

Então, em relação a isso, Vossa Excelência estaria julgando procedente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Essa interpretação de eficácia retroativa é pretendida na ADC 29. Estou com o pedido em mãos: que o Supremo declare a constitucionalidade da aplicação da lei a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento, que é junho de 2010, do referido diploma, ou seja, aqueles que claudicaram deviam ter tido uma premonição quanto à vinda à balha dessa lei. E então ficariam inibidos, se é que aqueles que realmente descambam para a prática de atos que são anormais possam se sentir assim.

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, a minha intervenção é singela. Na verdade, é para elogiar a síntese do memorial que nos apresentou a AGU pela sua Secretaria-Geral de Contencioso, o documento vem assinado pela doutora Grace Maria Fernandes Mendonça. Disse Sua Excelência sobre esse tópico da causa:

A Lei da Ficha Limpa deve ser aplicada mesmo em relação aos fatores de inelegibilidades ocorridos anteriormente a sua vigência. A lei estabelece

restrições ao direito de se candidatar, o ato de candidatura não perfectibilizado antes do advento deste diploma está integralmente submetido ao direito novo, não sendo invocável o princípio da irretroatividade. A retroatividade existiria somente se fosse capaz de desconstituir candidaturas já aperfeiçoadas...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência admite que alguém inelegível possa estar no exercício de um mandato?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Essa é a questão.

O sr. ministro Ayres Britto: Não é bem isso.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Ayres, me permita? Essa é uma questão diferente, mas eu iria apoiar a sua intervenção, mas eu espero, eu aguardo.

O sr. ministro Ayres Britto: A retroatividade existiria somente se fosse capaz de desconstituir candidaturas já aperfeiçoadas sob a égide do direito anterior. Os fatos geradores de inelegibilidade ocorridos anteriormente à lei não podem ser alçados à condição de atos jurídicos dignos de tutela pelo princípio da segurança jurídica. A irretroatividade das leis se presta a tutelar situações de juridicidade. As hipóteses de inelegibilidade ostentam feição de desconformidade com o direito, e, portanto, não merece a proteção da irretroatividade.

Agora, eu penso, senhor presidente, o seguinte: a Constituição, pelo § 9º do art. 14, autorizou a lei complementar a criar, a estabelecer requisitos de constituição do direito de se candidatar. Não diz "restrições ao exercício de direito". Não. São requisitos que, se não preenchidos, afastam o próprio direito à candidatura; não há sequer o direito de se candidatar. Parece-me que a Constituição autorizou à lei que estabelecesse tais pré-requisitos; pré-requisitos do próprio direito à candidatura. Parece-me que foi isso.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, Vossa Excelência me permite?

Que culpa temos nós de o Congresso ter demorado dezesseis anos para editar essa lei? Que culpa temos? Agora vamos ter que "dar um jeitinho"? Quer dizer, vamos dizer: é como se tivesse editado a lei logo após a Emenda Constitucional de Revisão 4.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, pela ordem. Eu apenas gostaria de destacar o seguinte – e o raciocínio, *data maxima venia*, nesse particular, é simples. Nós decidimos no RE 633.703 que a Lei 135/2010 não poderia ser aplicada no mesmo ano em que foram realizadas as eleições. Consectariamente, resta inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso, como já reconhecido por esta Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isso é o princípio da anualidade; isso é outra coisa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas então esses mandatos que estão sendo exercidos agora não podem ser desconstituídos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, mas isso não está em cogitação.

O sr. ministro Marco Aurélio: Veja Vossa Excelência: não pôde ser aplicada às eleições de 2010, mas pode pegar atos e fatos pretéritos! O sistema não fecha.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O ministro Dias Toffoli quer fazer um esclarecimento, porque isso era um assunto pendente no seu voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente. Eu queria aproveitar o debate, se o ministro Marco Aurélio me permite, porque, quanto a esse tema, ontem, durante o meu voto, o ministro Gilmar Mendes questionou muito o meu posicionamento – que, naquele momento, eu mantive – de entender a possibilidade da retroatividade. E firmei posição nesse sentido, embora tenha assentado que refletiria muito sobre os argumentos, e refleti muito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência então vai esclarecer o seu voto? Só um minutinho, eu preciso consignar o voto do ministro Marco Aurélio.

Em relação à ADC 29, Vossa Excelência julga improcedente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, em síntese, julgo improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade; julgo procedente o da ADC 30. Na de número 29, como há esse pedido que, a meu ver, é extravagante, para se declarar que a lei de junho de 2010 apanhou atos e fatos anteriores, peço vênia para assentar a improcedência, prevalecendo a lei no que o verbo está no futuro do subjuntivo.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, em primeiro lugar, eu gostaria de mais uma vez destacar a coerência do ministro Marco Aurélio, porque o cerne do meu posicionamento de manter a posição do meu voto anterior sobre a possibilidade de retroatividade da lei é a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, e o estatuto das inelegibilidades é um regime jurídico. Sua Excelência sempre defendeu a existência de direito adquirido a regime jurídico.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por que não endosso essa tese? Porque, a meu ver, é consentânea com o fascismo – o Estado tudo pode.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas eu gostaria de trazer aqui a questão à lume, no seguinte sentido, para esclarecer o meu posicionamento.

A incidência da **LC 135/2010** a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade da Lei de Inelegibilidade, ou das novas causas de inelegibilidade, mas, sim, à sua aplicação aos **processos eleitorais vindouros**.

E qual **momento do tempo** determina as regras aplicáveis às condições de elegibilidade: (i) a data da prática do ato ou fato; (ii) a data de encerramento

do processo judicial ou administrativo; ou (iii) a data do ato do registro de candidatura?

Respeitado o art. 16 da Constituição Federal – foi o que assentou, no caso, a nossa decisão no início de 2011 –, está garantida a estabilidade daquele regime jurídico para as próximas eleições.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me traz à lembrança um diálogo que houve no Tribunal Superior Eleitoral. Quando julgamos o primeiro caso a versar renúncia, um colega que, na seara administrativa, tinha concluído pela aplicação imediata da lei começou a colocar a problemática do advogado que é consultado pelo detentor do mandato quanto às consequências do ato. Ele disse: pois é, o advogado, então, orienta "olha, você vai perder o mandato, as prerrogativas decorrentes desse mandato". Pedi um aparte e apontei a esse colega – que, por sinal, é egresso da advocacia – que, no caso, o advogado deveria ter premonição e prever, ao aconselhar o cliente, a lei futura.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Só uma perguntinha para estimar o raciocínio de Vossa Excelência, ministro Dias Toffoli.

Vossa Excelência está negando que a lei dê eficácia a fato que já passou antes do início de sua vigência?

O sr. ministro Dias Toffoli: Estou entendendo que isso não é uma questão de retroatividade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas eu só quero saber se, para a Vossa Excelência, a lei dá ou não algum efeito para fato acontecido antes do início de sua vigência.

O sr. ministro Dias Toffoli: O fato que importa são as eleições. É isso que eu explico no meu voto.

É assente no direito nacional que não há direito adquirido a regime jurídico de elegibilidade. Isso já foi definido: não há direito jurídico a regime de elegibilidade, o qual se afere no ato do registro da candidatura, sob o império da condição *rebus sic stantibus*, e, portanto, segundo as leis vigentes nesse momento. Não se impede, portanto, que se amplie o prazo de vedação à candidatura, ou a aplicação da novel legislação a fatores de inelegibilidades ocorridos anteriormente à sua vigência, pois esses requisitos devem ser aferidos em um momento único, como garantia da isonomia entre todos os postulantes à candidatura, e esse momento é e deve ser o do ato do registro da candidatura. Esse deve ser o marco temporal único, pois somente assim se colocam em patamar de igualdade todos os postulantes.

No meu sentir, aplicar o princípio da irretroatividade às hipóteses de inelegibilidade instauraria uma situação de insegurança jurídica nas eleições vindouras, pois teríamos um duplo regime jurídico de inelegibilidades, incompatível com a necessária estabilidade das regras que regem o processo eleitoral.

Não aplicar a LC 135/2010 a todos os pedidos de registro de candidatura futuros teria o efeito de fazer permanecer a legislação anterior, e suas hipóteses

e prazos de inelegibilidade, em situação de *ultra-atividade*, pois, ainda que revogados, permaneceriam aplicáveis aos atos, fatos e processos que foram realizados, praticados ou finalizados anteriormente à vigência da lei.

Essa situação faria incidir sobre o mesmo processo eleitoral um duplo regime jurídico de inelegibilidades, de forma que, no mesmo pleito, teríamos candidatos submetidos à LC 135/2010 e outros, à legislação anterior. E essa situação permaneceria por tempo indefinido, pois, embora o ato ou fato possa ter sido praticado em momento anterior à vigência da LC 135/2010, o trânsito em julgado da condenação – ou mesmo a condenação em órgão colegiado, como afirma agora a legislação – poderá ocorrer somente daqui a cinco, dez – sabe-se lá quantos – anos.

Sem falar que, nesse espaço de tempo, podem ser editadas novas leis e criadas novas hipóteses de inelegibilidade. Assim, ao invés de dois, teremos três, quatro regimes simultâneos de inelegibilidade.

Por outro lado, se o que valesse fosse a lei vigente no momento da condenação definitiva, poderíamos ter a situação de dois candidatos que praticaram o mesmo ato, na mesma data, terem sorte diversa, a depender de quão célere seja o processo judicial ou administrativo que contra cada um deles corra.

Para melhor ilustrar o argumento, cito um exemplo, ainda mais radical: uma emenda constitucional, em tese, poderia alterar o art. 14, § 7º, da Constituição, para estabelecer que são inelegíveis os parentes consanguíneos ou afins dos agentes políticos ali elencados, até o terceiro grau, e não mais até o segundo grau. Se, nesse caso, se impedisse a aplicação dessa causa de inelegibilidade aos fatos anteriores à edição da lei, a nova regra somente valeria para os parentes de terceiro grau (tios ou sobrinhos) dos mandatários em questão que nascessem a partir da data da vigência da lei.

Ora, senhores ministros, se uma norma passa a exigir novas condições para que alguém seja candidato, essa inovação, embora esteja pautada por um fato pretérito, somente deve valer para processos eleitorais futuros. Em outras palavras, o novo critério selecionador de condições subjetivas de elegibilidade terá efeitos, necessariamente, no futuro, mas buscará seus requisitos no passado.

O que importa aqui não é a sentença, o que importa é a ilicitude do ato.

A Justiça reconheceu que houve abuso do poder econômico? Reconheceu. O que importa para fins de condições de elegibilidade é que todo aquele que for condenado por abuso do poder econômico estará inelegível por oito anos (anteriormente, por três anos).

E a razoabilidade? O debate de ontem foi bastante produtivo, e o ministro Celso destacou a possibilidade de, reiteradamente, as maiorias irem excluindo aqueles que estejam condenados com a edição de aumentos dessa penalidade. Ora, para isso, para os abusos, para a teratologia, sempre haverá o Judiciário. Se nós perquirirmos a razão de ser do aumento de três para oito anos e fizermos uma análise de proporcionalidade sobre esse aumento, o que que nós teremos?

Quando a inelegibilidade, na redação original da 64/1990, era de três anos, isso permitia que alguém assumisse um mandato e, mesmo condenado, pudesse vir a ser candidato após o mandato de quatro anos.

E por que o prazo de oito anos? Foi tirado do nada pelo legislador? Não, aqui, os meus cumprimentos ao legislador, porque existe, no País, um mandato: o maior mandato do País é o de senador da República, cujo prazo é de oito anos. Então, se um senador eleito o fez, abusando do poder político, abusando do poder econômico, o prazo de oito anos é para quê? É para, do ponto de vista da razoabilidade, pegando o prazo do mandato máximo que existe na Constituição brasileira – oito anos –, fixar que estará ele inelegível pelo período de oito anos.

Então, do ponto de vista da razoabilidade, eu não vejo, aqui, a possibilidade de abuso do legislador, nesse caso concreto. Embora, senhor presidente, eu destaque que os argumentos trazidos pelo eminente ministro Marco Aurélio, no dia de hoje; os argumentos trazidos pelo ministro Celso, ontem, durante os debates, ao longo do meu voto; bem como os do ministro Gilmar, realmente, façam com que eu deixe aberta a possibilidade de, na hipótese de haver uma lei que traga um prazo casuístico, abusivo, nós glosarmos esse aumento do prazo. Mas, no presente caso, o aumento tem um fundamento constitucional, que é o mandato de senador da República.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite?

Há outras coincidências interessantes, que eu assinalo no meu voto nesta mesma direção. Coincide, também, com o prazo em que o chefe do Poder Executivo pode permanecer no cargo quatro anos mais quatro. É o prazo do art. 52, parágrafo único, o prazo de inabilitação, por oito anos, para aqueles que sofreram processo de *impeachment*. Portanto, é um prazo extraordinariamente, como assinalou Vossa Excelência, razoável, que coincide com uma série de parâmetros fixados pelo próprio constituinte originário.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência, então, está mantendo o seu voto original.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mantenho o voto original, com esses acréscimos.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhor presidente, é preciso ficar claro o seguinte.

Há um pedido de aplicação da Lei 135, considerando causas de inelegibilidades ocorridas antes da edição da lei, tanto quanto se pode depreender até então, a maioria acolheu essa constitucionalidade. Eu apenas, para efeito – digamos assim –, *mutatis mutandis*, de embargos de declaração de um colega para colega, ministro Toffoli, Vossa Excelência então acolhe esse pedido de constitucionalidade no sentido de aplicar a Lei 135 a causas de inelegibilidades anteriores à edição da lei.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ela vai ser apurada no momento do pedido de registro.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim, eu votei assim.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele está julgando procedente a ADC 29.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Procedente a ação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Com muito prazer, nessa parte, acompanho o eminente relator.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não há o que discutir.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Deu provimento aos meus embargos.

VOTO
(Confirmação)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, o único ponto do meu voto que eu não dava pela procedência integralmente era apenas no caso da alínea *e*, em que acompanhei inicialmente a interpretação conforme dada pelo ministro Fux, mas reajustei para julgar procedentes as ações declaratórias e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, sem qualquer restrição.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Já está anotado assim. Procedência total.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Procedência total. Se assim já constava na proclamação, então não é reajuste, mas confirmação.

DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu não vou antecipar o voto a respeito, mas só fazer uma ponderação. Todas essas considerações de Vossas Excelências – como sempre muito respeitáveis e muito inteligentes – deixam de lado um problema que não pode ser considerado irrelevante: o problema da responsabilidade ética, que é o pressuposto da imputabilidade jurídica. O ministro Marco Aurélio usou expressão não jurídica para definir isso: "Só se a pessoa fosse paranormal, ela teria alternativa de evitar o fato para, dali a alguns anos, não sofrer a restrição".

Em termos jurídicos, segundo essa interpretação de Vossas Excelências, com o devido respeito, não importa o ponto de vista da responsabilidade ética para efeito de imputabilidade jurídica. Isto é, não importa se o cidadão teve ou não alternativa de evitar o ato que vai lhe acarretar, no futuro, uma restrição – evidente que todo mundo admite que é uma restrição. Não estou cogitando se é pena ou não é pena. Que é uma restrição a um direito, disso não há dúvida nenhuma.

O sr. ministro Marco Aurélio: É uma sanção.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, vejam bem: o que esta interpretação está construindo? Que o direito não leva em consideração o ser humano na sua dignidade, porque abstrai a capacidade que ele tem de se autodeterminar. Não importa se ele praticou o ato sabendo ou não sabendo; ele vai ser alcançado de qualquer jeito. É como na velha fábula de La Fontaine: "Não foi você que fez, mas foi o seu antepassado."

O sr. ministro Dias Toffoli: O que importa é o desvalor, o abuso, a improbidade. O que importa é o desvalor.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estamos fazendo tábula rasa da responsabilidade ética como condição necessária do conceito de imputabilidade jurídica. Estamos atribuindo uma eficácia negativa, porque é restritiva de um direito subjetivo público, a fato acontecido no passado, quando não havia possibilidade factual de eleger comportamentos.

O sr. ministro Marco Aurélio: De se precatar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Portanto, não importa, do ponto de vista moral, se o agente tinha essa capacidade ou se não tinha. Ele vai sofrer a restrição de qualquer jeito. É isso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Uma pergunta, senhor presidente. Suponhamos, na vigência da LC 64, na redação original, que os juízes sentenciem o abuso do poder econômico e, na sentença, estabeleçam que a inelegibilidade é por um ano, e que isso transite em julgado. Valerá a inelegibilidade por um ano ou a por três anos? Valerá a inelegibilidade por três.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, o meu problema não é de prazo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque o que importa é o desvalor praticado e reconhecido. Na minha opinião, teria que ser com o trânsito em julgado, mas, no entender da douta maioria, é suficiente decisão proferida por órgão colegiado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, ministro, como é que o ordenamento jurídico atribui um desvalor, se não leva em consideração a responsabilidade ética?

O sr. ministro Marco Aurélio: Acredito que, com isso, aliviemos a culpa dos congressistas quanto à demora. Vamos aliviar?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O direito está avaliando comportamento.

O sr. ministro Dias Toffoli: A imprevisibilidade está protegida pelo art. 16 da Constituição Federal.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro Toffoli, acho que o raciocínio de Vossa Excelência deita raízes na Constituição.

O sr. ministro Dias Toffoli: Na Constituição.

O sr. ministro Ayres Britto: Com uma peculiaridade: Vossa Excelência não está usando, como não deve usar, o raciocínio lógico penal. A matéria aqui não é de direito penal, é de direito político.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é penal, ministro.

O sr. ministro Dias Toffoli: É desvalor para as inelegibilidades.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É desvalor. É isso mesmo. Vossa Excelência usou a palavra correta.

O sr. ministro Ayres Britto: Olha o que diz a Constituição.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Ayres, a só existência da Constituição Federal, num País onde não se pode alegar a ignorância da lei, é o suficiente para que essa lei tente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Que ignorância da lei, se a lei não existia, ministro?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Então, todos os comportamentos antirrepublicanos, claramente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Claro.

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência, vamos ler a Constituição. Olhe, a melhor conselheira...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A lei não existia, ministro. Que ignorância da lei? A lei não existia. Como é que se vai alegar a ignorância?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: São todos comportamentos antirrepublicanos claramente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas existia a Constituição, mais do que a lei.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Que ignorância da lei, se a lei não existia, ministro! Que ignorância da lei? A lei não existia. É como diz o ministro Marco Aurélio: precisa ser paranormal para descobrir que a lei futura vai reger o ato de modo negativo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não precisa ser paranormal. Precisa saber ler a Constituição.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Veja Vossa Excelência, assentamos que a lei não se aplicava às eleições de 2010, mas agora, aplicável às eleições de 2012, pegará atos e fatos anteriores a ela própria. O sistema não fecha.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência disse: as condições de elegibilidade são aferidas quando do pedido de registro da candidatura. É o que diz a Constituição. A Constituição diz: "considerada a vida pregressa do candidato." Quando surge o candidato? Quando a convenção partidária o indica.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Indica e ele pede o registro.

O sr. ministro Ayres Britto: Exato. O que o candidato pede? O candidato pede à Justiça Eleitoral o registro do seu nome. Ele já saiu candidato da convenção partidária. Quando do registro da candidatura – esse é o marco temporal para aferir as condições de elegibilidade do candidato, ou seja, é preciso que essas condições sejam aferidas à luz da legislação então vigente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas não há relação jurídica continuada, ministro.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não. Isso é outra coisa, ministro. Vossa Excelência está confundindo o momento do juízo sobre a inelegibilidade e a lei que deve ser aplicada. O momento de aferir a inelegibilidade é o momento do requerimento de inscrição da candidatura. Agora, o que o juízo tem que estabelecer é qual a lei que vai ser aplicada para essa avaliação.

O sr. ministro Ayres Britto: A lei vigente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A lei vigente ao tempo do fato que aconteceu.

O sr. ministro Dias Toffoli: Teremos vários regimes de inelegibilidade em uma mesma eleição.

O sr. ministro Ayres Britto: Aí a pessoa passa a ter o direito adquirido à elegibilidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência reconhece que a inelegibilidade é uma sanção. Serão alvo da sanção que somente veio à balha em julho de 2010 atos e fatos verificados quando a consequência não havia, como uma renúncia em 2003?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É o problema de a lei retroagir para qualificar, para dar eficácia negativa a fato acontecido antes do início de sua vigência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas fatos todos ilícitos e gravíssimos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ilícito na área penal, ministro!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não só na área penal, na área profissional, por exemplo.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, pode acontecer de alguém se candidatar a um concurso que, antes, podia entrar sem precisar daquele requisito, chega na hora da inscrição e ele, pelo edital, já não pode mais. Qual o problema? Qual a novidade? E se aplica.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Já vimos que as posições estão assentadas. Vamos dar a palavra ao ministro Celso de Mello.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: O texto que saiu da Câmara continha os verbos no pretérito perfeito do subjuntivo, mas, no texto que foi realmente sancionado, porque aprovado pelo Senado, os verbos estão no futuro do subjuntivo. Na dicção da Câmara, por exemplo, teríamos: "são inelegíveis os que tenham sido condenados anteriormente." O que saiu do Senado e foi sancionado, certo ou errado: "são inelegíveis os que forem condenados."

O sr. ministro Ayres Britto: Esse tempo verbal foi explicado devidamente. O senador Demóstenes Torres explicou a razão de ser da mudança do tempo do verbo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, é um princípio do nosso direito, que diz respeito à segurança jurídica.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, o legislador passa a apanhar o que ele quiser. A lei pode ser casualística?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Celso, muito respeitáveis os fundamentos de Vossa Excelência, apenas gostaria de destacar que, sob a ótica que nós enfrentamos e calcados numa dicotomização muito interessante do professor Canotilho, ele afirma que a retroatividade inautêntica ou retrospectiva ocorre quando a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes.

E aí eu me lembro que, nas ADI 3.105 e 3.128, relator para o acórdão o ministro Cezar Peluso, o Supremo aplicou as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdências dos servidores públicos preteritamente, de sorte que esse fato não é desconhecido da Corte, essa retrospectividade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não aplicou, não, ministro.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não se falou em direito adquirido. O cidadão teria o quê? Direito adquirido de ter cometido um ilícito e ainda assim mesmo concorrer?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, essa matéria não tem nada com o direito adquirido.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então, se ele não tem direito adquirido, ele teria o quê? Expectativa legítima? Essa expectativa é razoável?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ele está invulnerável aos efeitos da lei nova. É outra coisa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não é outra coisa. É isso que está aqui.

O sr. ministro Ayres Britto: Assim ele teria o direito adquirido à elegibilidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não, apenas não pode ser alcançado por regras da lei nova. Só isso. Nem direito à elegibilidade tem.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Regras da lei nova que simplesmente incorporam ilícitos que já eram pré-existentes. Todos os comportamentos eram absolutamente ilícitos e sancionados.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas não eram então causas de inelegibilidade!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas é que, como nós já dissemos, a inelegibilidade é aferida no momento do registro. Não se trata da criação cerebrina de comportamentos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência permite uma contradita, com todo o respeito?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: A renúncia tinha dois efeitos jurídicos que a LC 135 preservou.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Sim. Quais foram os efeitos? O renunciante, naturalmente por ato unilateral, queria se desinvestir do cargo em definitivo. Conseguiu. E ele queria trancar o processo político disciplinar. Conseguiu. Os efeitos típicos, próprios, específicos da renúncia são esses dois. Agora a renúncia não pode significar uma blindagem para o futuro. A lei fica proibida de fazer dessa renúncia uma causa, não pode.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por isso mesmo, a partir da lei agora pode. Está certo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas qual o direito fundamental?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Eu acho, Excelência, que nós podemos até conciliar nossos pontos de vista. A Constituição falou de vida pregressa, com todas as letras, vida pregressa, voltamos a dizer, não é vida futura, é vida passada. O pressuposto lógico, a premissa da Constituição ao se referir à vida pregressa é conhecido: é de se presumir que pela sua vida pretérita alguém continue na

sua vida futura, então, se a vida pretérita é timbrada, é marcada por esse, volto a dizer, namoro aberto com o delito, é de se presumir que no exercício do cargo – até com mais razão porque acobertado pela imunidade e pela inviolabilidade – o candidato, já eleito, prossiga a namorar abertamente a delitividade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Está certo, desde que essa vida pregressa seja contada a partir da lei nova. Certinho. Perfeito, ministro.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas na lei nova não há direito. Quando se preenche um rol de condições para a eletividade, isso não é direito fundamental. Esse rol pode ser alterado quando do momento... pode ser alterado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pode. O rol pode. O que não pode é atribuir efeito danoso a fato que já passou, ministro.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas se for a partir da lei...

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: O problema é este: que direito fundamental?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas de uma pessoa inidônea?

O sr. ministro Ayres Britto: Não, a participação política continua por vários ângulos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Ministro Ayres, só para sintetizar o pensamento de Vossa Excelência. O que Vossa Excelência está afirmando, e que é o que todos nós estamos entendendo, é o seguinte: o político constrói o seu presente com o passado.

O sr. ministro Ayres Britto: Exato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E constrói o seu futuro com o seu presente, essa é a finalidade da lei, isso num primeiro momento. Mas se nós chegarmos ao limite dos argumentos e à conclusão de que realmente estamos num campo de colisão de interesses constitucionalmente tutelados, de um lado a moralidade, para efeito de exercer um cargo público, para manejar a coisa pública, quando na realidade um servidor, para fazer concurso, tem que ter uma ficha ilibada, e *a fortiori* o político também tem que ter.

O sr. ministro Ayres Britto: E nós ministros.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Bom, evidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estão todos de acordo, ministro. Está todo mundo de acordo com isso, ministro. Todos de acordo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Agora, se chegarmos num ponto limite de colisão de interesses constitucionalmente tutelados, nós vamos chegar à

conclusão de que numa ponderação de interesses – à luz do princípio da proporcionalidade, à luz do princípio da razoabilidade –, nós vamos exatamente prestigiar o art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

O sr. ministro Ayres Britto: Excelência...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não há colisão nenhuma, aqui, ministro.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos concluir o seu voto, se não, não terminamos hoje.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas não lei político-eleitorais, Excelência, porque naquela época não havia nem eleição popular.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Mas não era o sufrágio universal, o voto direto, secreto, periódico...

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O viés era eminentemente patrimonial.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O direito romano era patrimonial e, de certa maneira, familial.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vigorou, talvez, brevemente, no tempo da República Romana, no século V a. C.

O sr. ministro Ayres Britto: Não se podia falar de soberania popular, de nenhum modo, naquela época.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E onde também havia muita eleição, inclusive de Papa.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Na minha opinião, *data venia*, Vossa Excelência trabalha com a lógica jurídico-penal, e aí estaremos de acordo.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Então não é vida pregressa, é vida contemporânea da lei e vida futura, deixa de ser pregressa.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, no que está para trás, tanto que o que está para trás é levado em consideração, exceto a lei nova.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, então, vida pregressa passa a significar o quê?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Progressa...

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pregressa, ministro, vida pregressa é vida passada.

O sr. ministro Ayres Britto: Passada em relação a quê?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ainda que não se lhe aplique a lei nova.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Vida pregressa, não é vida progressa.

O sr. ministro Ayres Britto: Então não é vida pregressa.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É vida progressa, como diz a ministra.

O sr. ministro Ayres Britto: É vida progressa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Como não é vida pregressa?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Estamos confundindo as coisas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, pelo amor de Deus, uma coisa é vida pregressa, é fato; outra coisa é incidência da lei, ministro, que é um fenômeno jurídico. Vida pregressa continua sendo vida pregressa, o que sempre foi. Outra coisa é a questão da incidência da lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Sim, então, o que é vida pregressa?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que estamos discutindo aqui, ministro, não é a qualificação ou o conceito de vida pregressa, mas saber quando é que a lei incide. É outra coisa.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: A lei incide imediatamente.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: E a vida pregressa é aferida quando do momento indicado pela Constituição, o registro da candidatura.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É isso mesmo, só que de acordo com a lei velha.

O sr. ministro Ayres Britto: Ah, não.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Pode vir uma nova lei complementar contemplando outra hipótese de inelegibilidade sob o ângulo da vida pregressa. Retroagirá para pegar fatos ocorridos anteriormente?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, Vossa Excelência vota em maior extensão nesse ponto.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E, na verdade, ministro Celso, na realidade, quer dizer, os que reputaram constitucionais as causas de inelegibilidade estão de acordo com relação a esse aspecto. Essa questão da detração é um acessório que diz respeito ao prazo da inelegibilidade, nem está na lei, como o próprio ministro Marco Aurélio acentuou, com toda justeza, houve, aí, vamos dizer assim, que eu mantenho, até por uma questão de independência jurídica, uma invasão na esfera do legislador, mas eu entendo que nós já fizemos isso algumas vezes. Vou me permitir, também, deixar, porque isso não é capítulo decisório, mas objetivo da ação.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Temos aqui várias discrepâncias. Vamos precisar de muito cuidado na proclamação do resultado.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Deixe-me só fazer uma observação a Vossa Excelência. Na verdade, eu reajustei para evitar interpretações duvidosas, por quê? A Constituição, no art. 55, § 4º, atribui a essa renúncia uma eficácia *secundum eventum lites*, o que diz o art. 55? O político renuncia. Se o processo não resultar em nada, aquela renúncia é ineficaz. Se ele resultar em algum processo que possa interferir no exercício dos seus direitos políticos, aí aquela renúncia é tida como abusiva e ela é ineficaz para aquele fim. Isso está inscrito na Constituição, mas, naquela oportunidade, eu expus e deu ensejo a interpretações divergentes, porque na verdade não é nem a petição nem a representação que causam a inelegibilidade. Na verdade, o que causa a inelegibilidade é a renúncia.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não é a petição nem a representação. Por isso eu reajustei para evitar interpretações divergentes.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas não é isso que gera a inelegibilidade, ministro.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, ele está inelegível desde aquela...

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas qual é a *ratio* da lei? A razão da lei é a seguinte: já sabendo que o fato é grave e vai responder a um processo, ele automaticamente renuncia diante, ainda, que de um belo *fumus boni iuris*.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Luiz Fux, um exemplo que é público. Tem-se uma dualidade ocorrida há pouco: o ex-deputado José Dirceu permaneceu no cargo, não renunciando, foi cassado. O deputado Valdemar Costa Neto renunciou. Candidatou-se e foi eleito. A lei veio para fechar a porta a essa manobra.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Por isso, ministro Marco Aurélio, é que, *data maxima venia*, é um erro de perspectiva. O que causa a inelegibilidade não é a petição nem é a representação, é a renúncia.

O sr. ministro Marco Aurélio: É claro que aquele que é alvo da representação assunta os colegas. É claro que ele não renuncia gratuitamente, mas o faz ante o contexto a sinalizar a cassação.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Se for uma representação leviana, ele não vai renunciar.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Antes de apurar o teor deste julgamento, tenho de votar. Vou juntar, ao final deste voto oral, transcrição que convém a particular aspecto da causa, mas sobre o qual eu não gostaria de deixar de, antecipando-me, tecer desde logo algumas considerações. E é exatamente em relação à ADC 29, que julgo improcedente.

Por todas as razões que já foram avançadas, *data venia* da douta maioria que já se formou, e, particularmente pelos argumentos agora trazidos também pelo ministro Celso de Mello, tão brilhantes quanto os votos divergentes, insisto num ponto cuja ponderação me parece tem faltado ao tratamento da matéria e que complementa todo o raciocínio a respeito da irretroatividade da lei como fato contrário à sua vocação normativa. A lei não foi concebida senão para governar a vida dos homens. É truísmo. Guarda, portanto, uma função natural prospectiva, no sentido de que é sempre editada para orientar os homens nos comportamentos sociais, prescrevendo-lhes como devem agir para poder realizar aquilo a que chamamos de projeto histórico de convivência ética na sociedade.

Ora, do que se cuida neste caso? É de um fenômeno indiscutível, do ponto de vista jurídico, com o devido respeito. Cuida-se de aplicar uma lei que entrou em vigor em certa data, retrovertendo, porém, seus efeitos gravosos para alcançar atos jurídicos *stricto sensu* já praticados no passado. O que acontece com essa interpretação? É, dentre outras consequências não menos severas, como se

a lei estivesse tratando os agentes, sujeitos ativos desses atos jurídicos *stricto sensu* já praticados mas atingidos pela lei nova, como absolutamente incapazes. Por quê? Porque incide sobre atos jurídicos cuja caracterização e cuja tipicidade normativas incluem, necessariamente, o relevo da expressão ou manifestação da vontade. Nenhum desses atos, tidos agora como ilícitos – vamos tomar por analogia o ato criminoso –, é considerado como tal, pela lei, com abstração da capacidade de o agente entender seu caráter ilícito e de comportar-se de acordo com esse entendimento. No instante em que abstraio a vontade na prática do ato, para lhe atribuir um efeito jurídico gravoso, trato o agente como incapaz, porque já não interessa à lei a vontade para esse fim. E é disso que se trata.

A lei, aqui, na leitura da douta maioria, entra em vigor para atribuir a atos já praticados um efeito negativo, restritivo e lesivo, porque subtrai um direito público individual. Evidente que subtrai um bem jurídico, e subtrai, não como prêmio, mas como um mal, evidentemente como um mal, e, daí, o seu caráter indiscutível de sanção. Um mal, normativamente cominado, nunca pode ser entendido de outro modo em direito: todo mal atribuído pelo ordenamento é sempre uma sanção em sentido lato, mas sempre sanção, ainda que não o seja de cunho penal. Não há dúvida alguma de que esse efeito jurídico atribuído pela lei nova como causa de inelegibilidade significa clara subtração de um direito público subjetivo e, portanto, uma redução do patrimônio ou esfera jurídica do cidadão.

Com isso, com a abstração da vontade, porque – como disse o ministro Marco Aurélio noutras palavras – o cidadão já não pode fazer nada, porque o ato foi praticado, e, portanto, o livre arbítrio dele não é levado em conta, ele já não tem alternativa de fazer ou de deixar fazer, ou seja, de praticar aquele ato que constitui hoje, por força da lei nova, causa de inelegibilidade, e assim é tratado como incapaz.

E, quando o agente é tratado como incapaz em relação ao ato praticado anteriormente, e em que a sua vontade não é considerada, a lei deixa, entre outras coisas, de ter caráter prospectivo e, sobretudo, deixa de ter caráter geral. Passa a ter caráter particular e pessoal. Ela, portanto, se transforma de lei em ato estatal de efeito pessoal, de privação de bem jurídico a pessoas determinadas. Basta saber quais as pessoas que já praticaram esses atos, e aí temos definido o universo das pessoas atingidas. Portanto, não é lei de caráter geral, dirigida a quem, no futuro, venha a praticar ato que seja subsumível na hipótese legal. Não. Ela vai apanhar atos anteriores de pessoas certas. E hoje é só percorrer os registros de decisões, ou de todas as hipóteses que estão na lei, para se ter identificado o conjunto das pessoas alcançadas pelos efeitos nocivos.

A lei não foi feita para isso. A lei foi concebida para reger comportamentos futuros. Então, aqui, deixa de ser lei e, a meu ver, passa a ser **confisco de parcela da cidadania**. O Estado retira do cidadão uma parte da sua esfera jurídica de cidadania, abstraindo-lhe a vontade. Não interessa o que você pensou, não interessa se você pode ou não pode evitar a eficácia lesiva da lei. Você está

inexoravelmente sem esse direito, está sem essa prerrogativa, sem esse predicado de cidadania.

Por essas razões é que, com devido respeito à douta maioria, sempre mais sábia do que eu, acho que, neste caso, se caracteriza **retroatividade maligna**, que contraria a vocação normativa do direito e o próprio conceito de lei.

E, com não menor gravidade, a meu sentir, configura-se, por razões mais que óbvias, atentado à segurança, à **certeza jurídica**, não apenas como objeto de princípio ou subprincípio imanente à ordem jurídica concebida como unidade sistemática, mas sobretudo como, no dizer de Lopez de Oñate, garantia de fidelidade da ação humana a si mesma e "específica eticidade do Direito", enquanto permite a cada um saber, uma vez concebida a ação, não qual será seu resultado histórico, mas como a ação será qualificada e inserida na vida social.

Em relação à chamada **presunção de inocência**, é verdade o que se disse aqui, que o direito anglo-saxão sempre a considerou como questão de princípio de prova. Isto é verdade, só que nosso sistema jurídico, e, em particular, nossa norma constitucional, não tem parentesco, nem longínquo, com essa concepção anglo-saxã, que lhe encurta o alcance. O princípio é muito mais amplo na conotação. Nós estamos ligados, na sua raiz – e isso, penso, já demonstrei alhures, com o devido respeito –, à tradição romano-germânica, cuja fonte está na Revolução Francesa e, em particular, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, no art. 9º, I, diz que, como o réu se presume sempre inocente, para efeito de prisão, nenhuma medida gravosa, que seja para tanto desnecessária, pode ser tomada contra ele. Não vou relembrar, aqui, todas as dimensões que esse princípio acabou tomando no direito ocidental, em particular no modelo romano-germânico, até a sua introdução na Constituição de 1988, dentro da qual ela aparece – e também já o acentuei – como uma garantia fundamental dos cidadãos.

Não é garantia estritamente penal, senão que apenas leva em consideração a pendência do processo penal para dar ao réu uma garantia. Que garantia? A de não ser tratado indignamente pelo ordenamento, antes de sentença condenatória definitiva, transitada em julgado, só pelo fato de ser réu. Noutras palavras, não é por ser réu que o acusado perde sua dignidade de pessoa, e, por isso mesmo, o ordenamento jurídico não está autorizado a impor-lhe medidas gravosas ou lesivas de qualquer natureza, pelo só fato de estar respondendo a um processo penal que ainda não terminou. Esta é a substância da garantia da dita presunção de inocência. Não importa que as medidas gravosas ou lesivas sejam de ordem criminal ou de ordem não criminal, o que se quer preservar, com o princípio, é a condição do réu de, enquanto não for julgado, não ser tratado como o era antes da Revolução Francesa, isto é, como **coisa**, sob a absoluta dependência do arbítrio do soberano, para satisfazer interesses de caráter pessoal ou conveniências da Coroa.

Com a Revolução Francesa e, de certo modo, na linha da tradição cristã, o réu assume, no processo, aquilo que já se definiu na expressão *reus sacra res*,

o réu é coisa sagrada. E, enquanto não for definitivamente condenado, nenhuma medida lesiva ou restritiva, seja ela de ordem penal ou não penal, lhe pode ser imposta com base num juízo de culpabilidade que ainda não foi formado em caráter definitivo. Noutras palavras, o réu não pode sofrer nenhuma restrição pelo fato de ser réu, porque ser réu, como tal, para o direito, é algo transitório e neutro, pois ainda não se definiu sua eventual culpabilidade, de modo que essa condição não pode fundamentar nenhuma limitação à sua esfera jurídica.

Por esta razão básica é que não me parece possa a lei impor, ainda que para retirar direito associado a eleições, ao direito de concorrer, nenhuma medida restritiva que lhe retire qualquer direito pelo simples fato de ainda ser réu de um processo criminal não terminado.

Terminado o processo com condenação definitiva, é possível e até louvável que, como fez a lei, o ordenamento jurídico imponha restrições de inelegibilidade, com as quais estou, em tese, de acordo. E, nesse ponto, acompanho, na íntegra, o voto do ministro Dias Toffoli e de todos os demais votos que o seguiram.

Só que eu vou pouco mais além que o ministro Toffoli, e acompanho, noutros aspectos, o ministro Gilmar Mendes, porque também considero que a alínea que liga a causa de inelegibilidade a decisões de órgãos corporativos e profissionais atribui a órgão não estatal o poder de subtrair um direito público subjetivo que deve ser tratado no campo do direito público. Parece-me, com o devido respeito, despropositado reconhecer tal poder a corporações profissionais e, portanto, da área privada.

Neste ponto, repito, acompanho o ministro Gilmar Mendes, julgando a ação parcialmente procedente, em maior extensão que o voto do ministro Toffoli.

No mais, acompanho, também na pronúncia das inconstitucionalidades por arrastamento, que são consequências do seu ponto de vista, o voto do ministro Toffoli, com o devido respeito à douta maioria. E, como outras razões de decidir, para tentar demonstrar a incompatibilidade radical entre uma condenação penal provisória, mutável por natureza, e atribuição de medida lesiva ao réu a título de consequência definitiva, insiro a transcrição a que já me referi, consistente em **extrato de conferência** que proferi sobre o princípio da chamada *presunção de inocência*, no seguinte trecho:

> O processo penal começa sob uma condição, que, eu diria, de certo modo estranha, baseada em pergunta que se renova em cada caso: o réu é suspeito, culpado ou inocente? A resposta a tal indagação, partindo de retrospectiva histórica, parece-me boa metodologia para, como pano de fundo, compreender e fixar o sentido e o alcance do chamado princípio da presunção de inocência.
>
> Dessa perspectiva, percebe-se, logo, que o tema se insere na história dos desdobramentos dialéticos do conflito clássico entre autoridade e liberdade, em cujo quadro foi custoso o trabalho da civilização para imprimir alguma racionalidade ao *ius puniendi*. E, para situá-lo em termo próximo, é preciso tomar a disposição do art. 9º, I, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, adotada pela Revolução e inspirada no movimento reformista sintetizado nas ideias

expostas na famosa obra de Beccaria, "Dei Delliti e delle Pene", que é de 1764, representou clara reação contra o arbítrio e os abusos do soberano na construção e na condução do processo penal.

A título de breve ilustração das arbitrariedades estatais, da pujança do movimento reformista e, em particular, da correspondente pressão revolucionária, relembro que Luís XVI, em 1780, se não me falha a memória, baixa ato que extingue a tortura como método de produção de prova processual!

É indiscutível, pois, que a disposição revolucionária expressou postura de repúdio ao tratamento desumano reservado até então ao réu de processo criminal.

O segundo momento histórico importante no desenvolvimento da formulação do princípio diz respeito às polêmicas travadas na doutrina italiana sobre o método e o objeto do direito penal. A Escola Clássica pregava, em resumo, que, entre o direito de punir e a necessidade de proteger o cidadão, como dizia Carrara, o Estado não tinha alternativa senão optar pela liberdade. Sua visão básica era, portanto, a prevalência da segurança jurídica individual como princípio de modelagem do processo, de modo que a presunção de inocência não podia deixar de ocupar lugar de primazia na concepção do modelo de processo criminal.

Acossado pelas já preocupantes transformações da revolução industrial, contrapõe-se-lhe a Escola Positiva, cuja orientação nevrálgica, influenciada ainda por noções deterministas biopsicológicas, era dar prioridade, na concepção do processo criminal, à defesa do Estado, ou à defesa social, donde sustentar, em certos limites, até como ilógica a predicação da presunção de inocência, como assentava Ferri.

E, nos debates em que se envolveram as escolas, deve lembrada ainda a contribuição da Técnico-Jurídica, que, tendo à frente Arturo Rocco e Manzini, hostilizava o princípio, entendendo que, entre as finalidades alternativas de provar a culpa e de tutelar a dignidade do réu, o processo devia ser entendido como método de apuração da culpa e determinação da pena. Nesse contexto, o réu não seria, no curso do processo, nem culpado, nem propriamente inocente, donde não caber aí a presunção.

As discussões acabaram encontrando palco de maior repercussão prática nos trabalhos parlamentares da Constituição italiana de 1948, nos quais predominou a figura de Manzini. Ele praticamente dominou a discussão que culminou na adoção, no art. 27, II, de princípio enunciado nos seguintes termos: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva." Esse texto, que se distanciou doutras propostas apresentadas durante os trabalhos constituintes, gerou, durante muito tempo, na interpretação, fortes ambiguidades e inquietações.

O terceiro grande movimento em torno do princípio deu-se com a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e onde se proclamou o direito do réu de ser presumido inocente até que a culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias de defesa. A Declaração propiciou, sob a influência do direito anglo-saxão, o alargamento definitivo do alcance do princípio, para incorporar e expressar também a *regra de juízo* ou *de decisão*, que, deitando ao Ministério Público o ônus da prova da culpa, abrange o *in dubio pro reo*, cujas raízes já estavam, aliás, no direito romano.

Nessa breve moldura histórica, em que consiste, como substrato das controvérsias, a chamada presunção de inocência?

Vê-se, desde logo, que não se trata tecnicamente de presunção alguma. A palavra *presunção* aqui é tomada em sentido absolutamente figurado, senão, eu diria,

até desfigurado. Por quê? Porque, em direito, o vocábulo corresponde a duas técnicas de produção normativa, a presunção *iuris* e a presunção *hominis*. A presunção *iuris* é técnica de criação de realidades no mundo jurídico, quando comparadas com as realidades físicas ou não jurídicas. Ou seja, é técnica de criação de verdade jurídica que, em confronto com a realidade não jurídica, corresponde ordinariamente a esta realidade. Isso significa que se presume *id quod plerumque accidit*, o que costumeiramente acontece fora do direito. Seu exemplo escolar é a presunção *pater is quem*, porque, ordinariamente, o filho da mulher é filho do marido.

Já a presunção *hominis* diz respeito a valorações no campo da prova. E é nada mais, nada menos do que a justificação lógico-jurídica pela qual o juiz, com base na observação e regras de frequência, passa da comprovação da existência e, portanto, da admissibilidade de um fato certo, a inferir a existência de um fato incerto, que tem ligação lógica com o primeiro. É modo de raciocínio indutivo.

Ora, a chamada presunção de inocência nada tem a ver com qualquer dessas duas técnicas, donde, ao propósito, a palavra *presunção* não implicar nenhum conceito jurídico. É importante insistir em que, quando se fala em presunção de inocência, se usa de metáfora ou licença explicável por mera tradição, sem conotação jurídica.

O que o princípio jurídico enuncia é um *valor político-ideológico*, enquanto traduz postura estatal de respeito absoluto aos valores da liberdade e da dignidade humanas, que a pessoa não perde pelo só fato de estar, no curso do processo, na posição de réu. E, com tal conteúdo substantivo, assume, diante da experiência histórica a que me referi brevemente, um tríplice significado.

Em primeiro lugar, significa regra de tratamento do réu no curso do processo. Da referência histórica à Revolução Francesa, vemos que a adoção do princípio significou reação e garantia contra os excessos praticados em nome da necessidade de punição do delito ou, mais propriamente, dos interesses do Absolutismo, em termos de restrição à liberdade e desconsideração da dignidade do réu. Deste ponto de vista, o princípio guarda o significado de garantia contra restrições indevidas no curso do processo, enquanto o réu não for tido, em definitivo, como culpado, mas só justificáveis a título de culpabilidade provada. E, no contexto, é preciso atentar em que a condição do réu não suporta alternativas. Para esse fim específico de tratamento, ou o réu é considerado inocente ou tem de ser considerado culpado. Não há condição intermediária atrás da qual se refugiam pensamentos tortuosos sob a fórmula verbal de não culpabilidade. Muitas vezes, não se afirma a inocência, mas se recorre à rubrica de "não culpabilidade" como situação hipotética intermediária, capaz de justificar, formalmente, medidas gravemente atentatórias contra a dignidade e a liberdade do réu no curso do processo, em nome de ideologias e de concepções autoritárias do processo.

Em segundo lugar, o princípio significa, também, modelo de processo. E de que modelo se trata? Do modelo de um processo liberal, no sentido de que, como regulamentação, se predestina a proteger a liberdade, e não, propriamente, a punir.

Relembro, aqui, observação que já fiz em velho artigo escrito há muitos anos, quando era juiz, em São Paulo, na revista da Associação Paulista dos Magistrados. O Estado sempre teve, como tal, em qualquer período da história da civilização, como ainda tem hoje, incontrastáveis meios materiais para punir. Logo, deste ângulo, o processo não resulta da necessidade de meios físicos para punir. Se o Estado precisa só punir, sem respeito a outros valores jurídicos, pode valer-se do seu poder hegemônico. O processo como instituição serve, no entanto, para garantir

a dignidade do réu contra abusos do Estado. É, exatamente, o processo entendido como garantia da dignidade do réu, que constitui objeto desse modelo processual, enquanto outro alcance do princípio, coisa que sobressai nítido a todas as discussões, a todas as polêmicas travadas, sobretudo na Itália, acerca dos fundamentos do processo. Por fim, parece-me importante dizer que este modelo de processo liberal incorpora todos os predicados inerentes à chamada cláusula do devido processo legal (*due process of law*), que gosto mais de chamar de justo processo da lei, pelas razões que deduzirei um pouco mais adiante.

E o terceiro significado do princípio é o de *regra de juízo*, estruturada, no campo da prova e do teor da decisão por adotar em caso de dúvida insuperável do magistrado, com base no reconhecimento dos mesmos valores político-jurídicos.

No direito brasileiro até a atual Constituição, nenhuma norma jurídica consagrava o princípio, que foi introduzido no art. 5º, LVIII, da Carta vigente. E convém lembrar que o art. 43, § 7º, do anteprojeto, dispunha: "presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa." Era aí manifesta a influência dos trabalhos da Constituição italiana.

A fórmula atual de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" decorreu de proposta do deputado José Inácio Ferreira. Ao dispor que "**ninguém** será considerado culpado", deu-se ao princípio conteúdo muito mais amplo, porque a garantia já não recobre, então, apenas quem esteja na condição de réu, mas supõe procedimentos ou estágios anteriores da persecução penal, de modo a incluir o mero suspeito ou o mero indiciado, que, também, não pode ser, segundo a Constituição, considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

O princípio tem de ser encarado nas três dimensões semânticas a que aludi, como expressões de uma garantia abrangente de liberdade e dignidade, no sentido de que, cada qual a seu modo, todas proíbem, no curso do processo, imposição de sanções ou de qualquer outra consequência de caráter gravoso ou lesivo ao réu que dependam da pressuposição de juízo definitivo de culpabilidade. Não há, nesse contexto, lugar para ambiguidades, nem para meio-termo. Não é possível tomar, aberta ou veladamente, a situação provisória do réu no processo como se já fora a de um condenado, para, sob este ou aquele pretexto, fundar-lhe a aplicação de medidas restritivas que, de qualquer natureza, correspondem sempre a sanções só concebíveis após condenação definitiva.

Este conteúdo substancial do princípio comporta múltiplas consequências ou particularizações, das quais a mais ponderável é a de que constitui o critério fundamental da justiça do processo. E, para entendê-lo, relembro que a Constituição hospeda a garantia-chave do devido processo legal, cuja tradução que me parece mais adequada é de justo processo da lei. Por quê? Nem sempre prestamos atenção à experiência histórica de que provém o princípio do devido processo legal, nem sequer à clareza do seu texto. Que o processo deva ser *legal*, previsto na lei, nele está expresso. Indaga-se, porém, por que, além de ser legal, há de ser também *devido*? E, *devido* em que sentido? No sentido que sobretudo a experiência norte-americana nos revela, de conter apelo para critérios superiores de justiça. Noutras palavras, não basta que o processo seja legal. Além de ser legal, a Constituição exige que seja ainda *devido a título de justiça*, isto é, que seja **justo**. Daí, a necessidade de também estimar-se sempre o perfil legal do processo à luz dos valores contemporâneos subjacentes à ideia civilizada de justiça.

> Ora, é precisamente o princípio da presunção da inocência que serve de critério de controle da *justiça do processo*. Todo processo que, no seu curso, não preserve a dignidade e a liberdade do réu, não pode ser considerado processo justo, nos termos da Constituição, ainda quando seja legal. É certo que o fim instrumental do processo penal é apurar eventual culpa para punir. Mas, do prisma da presunção de inocência, o processo desempenha, na sua tipicidade, a função de garantia da liberdade e da dignidade humanas contra o arbítrio estatal, o que é um fim metodológico tendente a governar, não apenas a conformação legal do processo perante um modelo de justiça, mas sua interpretação e condução em concreto. Nesse sentido, o princípio é a fonte das prerrogativas do réu dentro do processo, e não apenas das prerrogativas constitucionais textualmente asseguradas, mas também das prerrogativas legais, reveladas pela sua adequada interpretação.

Há alguma dúvida de que a previsão de inelegibilidade do réu, como consequência direta da mera pendência do processo criminal, representa ofensa à **garantia constitucional** destinada a resguardar a dignidade de quem não foi ainda condenado em definitivo, nem se sabe se o será?

AGRADECIMENTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu quero agradecer, em nome da Corte, o empenho de todos os ministros e o fervor em defesa dos seus pontos de vista. Isso faz parte, não da democracia como tal, mas do funcionamento da Corte. A Corte foi estruturada para isso, para defesa dos pontos de vista pessoais, aguerrida mas elegantemente, como se deu aqui, partindo de que todos estamos de acordo que essa lei, segundo interpretações diferentes, é avanço democrático importante e deve ser saudada como tal. As nossas divergências, eu diria que são divergências contingenciais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Divergências valorizam o acórdão.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estamos todos de parabéns.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu quero elogiar o modo como Vossa Excelência presidiu essas sessões.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Perfeitamente. Eu adiro também.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu também, presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu presidi assim, porque Vossas Excelências permitiram que eu pudesse fazê-lo.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, mas Vossa Excelência realmente foi superiormente diligente, permitindo as discussões, como sempre.

O sr. ministro Ayres Britto: O modo sobranceiro, lúcido, firme com que Vossa Excelência presidiu essas sessões.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E democrático, sobretudo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): E aí, senhor presidente, o elogio é totalmente procedente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Muito obrigado.

Está encerrada a sessão.

EXTRATO DA ATA

ADC 29/DF — Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido Popular Socialista (Advogados: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros). Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, contra os votos dos ministros Luiz Fux (relator), que a julgava parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (presidente), que a julgavam improcedente.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 16 de fevereiro de 2012 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

AÇÃO PENAL 372 — SE

Relator: O sr. ministro Dias Toffoli

Revisor: O sr. ministro Celso de Mello

Autor: Ministério Público Federal — Réus: Jackson Barreto de Lima e Roberto Sales Cardoso

Ação penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Peculato (art. 312 do CP). Tipo previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201, de 27-2-1967. Denúncia sucinta. *Emendatio libelli*. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mero emprego irregular de verbas públicas, sem que haja proveito próprio do agente público ou de outrem. *Mutatio libelli.* Possibilidade. Possível tipificação de crimes diversos (art. 1º, III, V ou IX, do Decreto-Lei 201, de 27-2-1967), a ensejar, quando muito, o devido aditamento da denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 384). Desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva já consumada. Pedido julgado improcedente, com a absolvição dos réus com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

1. Embora sucinta, a peça acusatória narra fato típico, deixando claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Aracaju/SE, teria beneficiado a empresa representada pelo segundo denunciado indevidamente, pagando-lhe o valor contratado, apesar de não executar toda a obra. Hipótese em que a suficiente narrativa permitiu aos acusados que amplamente se defendessem.

2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da *emendatio libelli*. Afasta-se a norma do art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, indicado na denúncia, para enquadrar o fato no tipo penal previsto na norma do art. 1º, I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 201/1967, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 19-5-1995; HC 71.991-1/MG, Primeira Turma, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 3-3-1995; e RHC 73.210-1/PA, Segunda Turma, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º-12-1995) praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo. A concorrência de normas, nesta hipótese, resolve-se com base no princípio da especialidade.

3. Ausência de comprovação de apropriação de bens ou de rendas públicas, ou seu desvio em proveito próprio ou alheio. Núcleo essencial do tipo não demonstrado.

4. A incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 depende da presença de um claro elemento

subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq 2.646/RN, Tribunal Pleno, rel. min. Ayres Britto, *DJE* de 7-5-2010).

5. Existência de prova de elemento não contido na acusação, a ensejar, em tese, a aplicação da norma contida no art. 384 do Código de Processo Penal, que cuida da *mutatio libelli*.

6. Prescrição da pretensão punitiva que torna desnecessária a adoção das providências tendentes ao aditamento da denúncia (CP, art. 107, IV, c/c art. 109, IV, § 2º, com a redação anterior à Lei 12.234, de 2010).

7. Ação penal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação e absolver os acusados, nos termos dos votos do relator e do revisor.

Brasília, 16 de dezembro de 2010 — Dias Toffoli, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Dias Toffoli: O procurador-geral de Justiça do Estado de Sergipe, em 10-6-1991, ofereceu denúncia contra Jackson Barreto de Lima, ex-prefeito de Aracaju, e contra Roberto Sales Cardoso, representante da sociedade *Meta* Construções Ltda., junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nos seguintes termos:

> O primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para "pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia" (contrato n. 4/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indicado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal.
>
> Do exposto, para apuração da responsabilidade penal dos indiciados, incursos nas disposições do art. 312 do Código Penal, combinado com o art. 29, o

Procurador-Geral da Justiça que esta subscreve oferece denúncia contra os mesmos, requerendo sejam citados os denunciados para interrogatório e demais termos do Processo perante esse E. Tribunal de Justiça, intimando-se as testemunhas abaixo arroladas, na forma da lei.
(Fls. 5/6.)

Notificado em 7-10-1993 (fl. 78v.), o primeiro denunciado apresentou resposta à denúncia, sustentando que:

1º) *Inépcia da denúncia*

Eminentes julgadores, a presente ação penal originária n. 102/91 se vislumbra aos olhos do mais despretensioso julgador, como *inepta*, vez que, o Ministério Público, tripudiando todo o ordenamento processual penal, a desnaturou.

Data venia, sem a responsabilidade que o cargo exige, o Ministério Público, aleatoriamente, sem pelo menos ter a paciência de ler o processo, escolheu como um dos seus indiciados, o primeiro, *Jackson Barreto de Lima*, denunciando-o por *peculato*, delito capitulado no art. 312 do Código Penal.

Diz o art. 312 do Código Penal:

> Art. 312. Apropriar-se o funcionário público, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Vê-se, por conseguinte, que na denúncia do Ministério Público não existe qualquer alusão a fatos dessa natureza.

Onde se acha expresso na denúncia que o primeiro acusado tenha se apropriado do valor *x*, *y*, ou *z*?

Só existe na imaginação fértil, de um Ministério Público, que não deseja a verdade, vergasta contra *Jackson Barreto de Lima*, a "politicagem e a politiquice".

O art. 41 do Código de Processo Penal é expresso, quando ao conteúdo de denúncia ou de queixa, pois, fora dali, é *inepta*.

Não necessita se ir tão longe demasiadamente para mostrar ao julgador, ser *inepta* em todos seus termos a denúncia de fls. 2 e 3.

Fala-se em desvio de valores, mas não especifica esses desvios, não aponta o seu montante, bem como não diz o modo de execução e muito menos a participação de cada indiciado, já que são dois (2).

Em julgamento do *Habeas Corpus* 928 – *Sergipe* (91.18940-5), tendo como paciente o indiciado *Jackson Barreto de Lima*, realizado no dia 11-5-92, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por considerar *ineptas* as denúncias que deram início as ações penais originárias n. 54/91 e 83/91, por idênticos fundamentos aos aqui por nós alegados.

Para melhor conhecimento dessa Egrégia Corte de Justiça, anexamos a presente cópia de todo acórdão 928 citado.

2º) *Rejeição da denúncia*

Ilustrado relator e demais membros desse Egrégio Tribunal de Justiça, caso não seja atendido nosso pedido de inépcia da denúncia, sua rejeição se impõe, vista à prova dos autos, prova essa, que o Ministério Público não quis vê-la, pois, como membro da orquestra *odiosa*, instalada no Tribunal de Contas, contra o primeiro indiciado, prefere distorcer a verdade, por desinteresse de prestar serviços à Justiça Pública.

Eminentes julgadores, quando da apreciação do contrato 4/88 pelo Tribunal de Contas, que na verdade foi pago quantia menos do que a contratada, vide pág.

30 dos autos, mesmo assim, inconformado, o TC diz que não encontra provado o valor pago, e solicitou *diligência* ao Executivo Municipal, cuja diligência foi plenamente respondida à fl. 54.

Após a justificativa plena, de ínfimo quantitativo referente ao contrato 4/88, o Tribunal de Contas, por seu órgão técnico, expressamente admite a existência dos serviços realizados, vejamos o que diz a informação de fl. 60 do Sr. Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas.

> *Informação* n. 630/88
>
> Em atendimento ao despacho de fl. 54 do Eminente Conselheiro relator, temos a informação que:
>
> Na justificativa apresentada pela Prefeitura Municipal de Aracaju, (fl. 50) a diferença de quantitativos é atribuída a uma compensação de pequenos serviços realizados na obra, sem terem sido previstos em contrato.
>
> Os serviços extras contratuais citados na justificativa da Prefeitura *são de possível execução neste tipo de obra*, porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde seu início.

É de bom alvitre lembrar que sempre o TC determina o seu serviço de engenharia a executar tais avaliações.

Neste caso, porém, não procedeu assim, pois sabia previamente que outro órgão era mais difícil de comprovar a verdade pois a verdade não lhes interessava, por hipótese alguma. Mesmo assim, a informação saiu como vimos. Justificado o emprego de pequena quantia referente ao contrato.

Eminente julgador, prossegue o TC, no sonho criminoso contra o primeiro denunciado, com o parecer de fl. 61, do político procurador daquela Corte de Contas, este, já possuindo um *parecer previamente impresso*, para todos os processos contra *Jackson Barreto de Lima*, só apenas faltando preencher os claros quanto a quantitativos, isto é, números, como se pode ineludivelmente ser constatado à fl. 61.

Elaborado sem a menor análise do processo, pois, a eles não interessa a verdade, bastando apenas ser qualquer coisa que diga respeito a *Jackson Barreto de Lima*.

É o ódio gracioso, contra uma liderança política que vem surgindo na sociedade sergipana, contra a vontade daqueles que sempre estiveram a sugar as benesses de cargos públicos sem a devida qualificação, procurando a todo custo manter a política do apadrinhamento, do qual sempre foram favorecidos.

Tanto isso é verdade que o Ministério Público, seguindo os acordes do TC, ofereceu sua denúncia sem descrição dos fatos tidos como delituoso.

Assim é que diz *Damásio de Jesus* in "*Código de Processo Penal Anotado*", pág. 42, comentando e anotando o art. 43, inciso I, do CPP, que:

> Para efeito de ser julgada *inepta* ou não a denúncia, de acordo com STF, o que importa é o crime descrito e não o crime classificado (*RTJ* 59/691).

De mais a mais, a rejeição da presente denúncia se afigura, por não constituir crime o fato narrado, sendo apenas injunções políticas contra o primeiro denunciado na *Decisão TC n.* 7.659 contida à fl. 66.

(Fls. 79-82.)

Roberto Sales Cardoso, igualmente, apresentou resposta à peça acusatória nos seguintes termos:

Da inépcia da denúncia

Inobstante o respeito à pena do nobre Procurador-Geral da Justiça subscrevente da peça denunciante, não sobra alternativa para o indiciado, senão, taxá-la de *inepta*.

Revela-se na denúncia, a completa inobservância da regra insculpida no art. 41, do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, *com todas as suas circunstâncias*, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.
>
> (Destacou-se.)

Pois bem, não se vislumbra na denúncia elementos para imputar aos indiciados a prática de peculato, delito considerado como um tipo especial de apropriação indébita cometido por funcionário público *ratione officii*. Não se fez presente na referida peça, a prova do desvio do dinheiro público em proveito, *in casu*, do terceiro, ora indiciado.

O denunciante olvidou-se de deixar expresso que os acusados teriam se apropriado dessa ao daquela quantia em detrimento do erário municipal. Não procedeu ao necessário circunstanciamento do suposto crime, reportando-se a desvio de valores, sem, entretanto, especificá-los.

A denúncia deixou, também, de definir qual foi o montante desse suposto desvio, bem como não se referiu ao modo de sua execução e muito menos qual foi a cota de participação ou de proveito de cada indiciado.

Ora, Preclaro Relator e demais membros desse Colendo Tribunal de Justiça, por essas razões, há de ser considerada *inepta* a denúncia em tela, mesmo porque, outro não é o entendimento dos que fazem o Superior Tribunal de Justiça, posto reiterar suas decisões nesse sentido, a exemplo do Acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 928, que teve como paciente o primeiro indiciado, Jackson Barreto de Lima e decisão vazada nos seguintes termos:

> *Habeas Corpus n. 928 – Sergipe (91.18940-5)*
>
> *Relator: O sr. ministro Assis Toledo*
>
> *Impetrante: Mário Lacerda Soares Neto*
>
> *Impetrado: Desembargador-relator das Ações Penais n. 51/91, 61/91 e 83/91, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*
>
> *Paciente: Jackson Barreto de Lima*
>
> *Ementa*
>
> *Ação penal originária.*
>
> 1. Vários processos, sendo que somente em dois deles houve recebimento de denúncia pelo Desembargador-Relator. Competência do Superior Tribunal de Justiça para o *habeas corpus* a estes últimos.
>
> 2. Denúncia. Inépcia. Primeira denúncia, por peculato, que fala em desvio de valores, mas não especifica esses desvios, não aponta o seu montante, o modo de execução nem a participação de cada um dos acusados. Segunda denúncia com erro grosseiro na capitulação do crime e com falha na descrição da conduta dos acusados, omitindo circunstância essencial à caracterização do crime em tese. Inépcia reconhecida em relação a ambos os processos.
>
> *Habeas corpus* parcialmente conhecido e deferido com extensão aos corréus.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido para declarar ineptas as denúncias recebidas nos processos 54/91 e 83/91, e estender os efeitos da concessão do *habeas corpus* aos demais réus Walfran dos Anjos Lima e Fiozelio de Santana, acusados nas respectivas peças, sem prejuízo de que outras denúncias sejam oferecidas, com observância das disposições constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro Flaquer Scartezzini
Presidente
Ministro Assis Toledo
Relator

Por todas essas razões, requer o indiciado seja a denúncia declarada **inepta**.

Do mérito

Apesar da Clarividente inépcia da denúncia, por cautela, vem o indiciado apresentar suas razões de defesa quanto ao mérito da ação.

Cinge-se a acusação em dizer que houve desvio de valores do erário público municipal, correspondente às obras não realizadas e recebidas pelo indiciado.

É bem de ver, ínclitos Julgadores, que o Douto Procurador-Geral de Justiça, *data venia*, embarcou na desorientada nau conduzida pelos representantes do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, ancorando sua denúncia no processo ali instalado e cuja verdade, por razões alheias ao conhecimento do indiciado, foi adredemente distorcida.

Os fatos trazidos documentalmente para os autos comprovam de forma iniludível que houve a compensação das despesas com o acréscimo de encargos para a empreiteira. É o que se depreende da simples leitura da justificativa de fl. 54. Mesmo assim, o Tribunal de Contas preferiu desconsiderar todo teor desse documento e, de forma esdrúxula, o Inspetor José Alberto de Souza Sena prestou a seguinte declaração, *verbis*:

Informação n. 630/88

Em atendimento ao despacho de fl. 54 do Eminente Conselheiro relator, temos a informar que:

– Na justificativa apresentada pela Prefeitura Municipal de Aracaju (fl. 50) a diferença de quantitativos é atribuída a uma compensação de pequenos serviços realizados na obra, sem terem sido previstos em contrato.

– Os serviços extracontratuais citados na justificativa da Prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde o seu início.

Esta é a nossa informação.

CCI – 05, em 22 de dezembro de 1988.

José Alberto de Souza Sena

Inspetor de Controle Externo

Esse documento há de ser rechaçado na sua íntegra, posto ser contraditório em si mesmo. Se se admite a execução de serviços extracontratuais citados na

justificativa do Fiscal de Obras do Município, por que o ilustre Inspetor preferiu ignorar essa hipótese, agindo em rota de colisão com a prática reinante no próprio Tribunal?

Não há justificativa lógica para tal ato, principalmente porque é sabido por todos que o Tribunal de Contas do Estado mantém em seu quadro, equipe de engenharia, que, querendo elucidaria com facilidade a questão, pois bastava uma simples perícia no local e tudo seria comprovado.

O fato de não ter havido aditivo contratual não desmaterializa a existência de outros encargos não previstos originariamente no contrato. É certo que a *Meta* Construções Ltda. executou serviços de pavimentação a menor que recebeu, mas é certo, também, que executou serviços outros que compensaram essa pequena diferença, tudo com anuência do contratante.

É verdade que o então Prefeito de Aracaju, aqui primeiro indiciado, autorizou o emprego de recursos do tesouro municipal em fim diverso de sua destinação contratual, todavia, sem gerar proveito algum quer para o particular, quer para a Administração Pública. Nesse caso, **é vertente que não houve o peculato**.

Não houve, portanto, o dano material e sem este não há de falar em crime. Também não houve o dolo exigido para essa prática delituosa, tampouco foi verificado o fim especial de agir, elemento subjetivo rigorosamente necessário na modalidade do peculato-desvio. E para restar estremes de dúvidas tais alegações, o segundo indiciado retornou ao Senhor Fiscal que atuou na construção da obra e obteve deste, a declaração contendo a verdade sobre a obra, consubstanciada, inclusive, numa planilha orçamentária demonstrando a compensação dos serviços que justificaram a autorização do pagamento como foi feito (doc. anexo).

Referida planilha mostra de forma cristalina que o valor contratado foi, inclusive, maior que o faturado/executado, eis que foi da ordem de Cz$ 806.981,09 (oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos) ao passo que os serviços faturados (que tiveram o mesmo valor dos Executados) alcançaram a cifra de Cz$ 719.415,88 (setecentos e dezenove mil quatrocentos e quinze cruzados e oitenta e oito centavos).

E não é só. A obra realizada extra contratualmente (*sic*), que consistiu em execução de passeios em piso cimentado, em recuperação da rede de esgoto e das caixas ali existentes, em recuperação da pavimentação de acesso à vila, bem como as ligações de água servida (vide planilha anexa), foi realizada sob o olhar renitente dos moradores da Vila beneficiada, cujos depoimentos ora anexados, **espancam** vez por todas quaisquer dúvidas acerca de sua execução.

Vê-se também nos autos um projeto à fl. 29, onde mostra a previsão de pavimentação de uma área ligando a vila à rua Gararu. Muito bem, referido trecho pertencia a um particular e sua execução foi, dessa maneira, impossível de ser realizada e, em seu lugar, e em comum acordo com a Fiscalização municipal e com os moradores beneficiários, foram executados serviços outros e que já foram objeto de menção.

Essa prática, aliás, é por demais comum na realização de obras públicas. Sabe-se que o particular fica cingido à vontade dos representantes do contratante que, geralmente, pleiteiam a execução de um serviço extra ali, de outro acolá, etc. Parte-se, também, da certeza que um projeto friamente desenvolvido numa prancheta de desenho, dificilmente se torna possível de execução sem adequações à realidade da obra.

> No mais a mais, o indiciado promoveu a prova fotográfica que mencionados serviços extraordinários foram realmente executados, consoante se vê em anexo.
> (Fls. 100/107.)

A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 20-5-1999, recebeu a denúncia em acórdão assim fundamentado:

> Com efeito, a Denúncia ofertada atribui aos acusados a conduta típica prevista no art. 312, do Código Penal, c/c art. 29, pela prática do delito de peculato contra a Administração Pública, cuja Denúncia se encontra respaldada em farta documentação que lhe serve de suporte.
>
> Os documentos colacionados nos autos espelham os indícios necessários e suficientes para que se apure em sede de ação penal a responsabilidade dos acusados pela prática do delito que se lhes imputa o Ministério Público nesta Superior Instância.
>
> Os argumentos sustentados pelas defesas por ocasião das respostas ofertadas não foram suficientes para se contrapor ou elidir os indícios da prática delitiva contida na Denúncia, fazendo-se necessária a instauração da ação penal para uma melhor apuração dos fatos narrados na peça acusatória.
>
> Considerando o acima exposto e consistindo o presente julgamento na apreciação do feito para o fim de se decidir pelo recebimento ou rejeição da Denúncia, ou pela improcedência da acusação, na forma do quanto dispõe o contido no art. 6º da Lei 8.038/90, e verificado que a Denúncia ofertada preenche os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, é de ser a mesma recebida na forma em que foi formulada.
> (Fls. 134/135.)

O denunciado Roberto Sales Cardoso foi interrogado em 19-11-2001 (fls. 280/281) e apresentou alegações preliminares, com rol de testemunhas (fls. 283/284).

Jackson Barreto de Lima foi interrogado em 15-8-2002 (fls. 309/310) e apresentou defesa prévia, também, com rol de testemunhas (fl. 312).

Os presentes autos foram remetidos a esta Corte por decisão de 16-10-2003, proferida pelo desembargador **José Barreto Prado**, relator, tendo em vista que o denunciado Jackson Barreto de Lima passou a exercer o mandato de deputado federal (fl. 347).

O ministro **Sepúlveda Pertence**, em 10-11-2003, abriu vista ao procurador-geral da República, dr. **Cláudio Fonteles** (fl. 350), que apresentou manifestação em 20-11-2003, nos seguintes termos:

> O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, em *10-6-1991*, perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, ofereceu denúncia em desfavor de *Jakson Barreto de Lima,* ex-Prefeito de Aracaju, e *Roberto Sales Cardoso* como incursos nas sanções do art. 312 do CP, tendo em vista irregularidades na execução do contrato n. 04/88, de *10-2-88*, que previa a "pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro cirurgia" (fls. 5/6).
>
> A denúncia foi recebida em 20-5-99 (fls. 131/133) pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade de votos, seguindo-se, naturalmente, a

instrução criminal. Todavia, com a edição do Ato Regimental n. 002, de 22 de setembro de 1999, e em consonância com a jurisprudência dessa Excelsa Corte, que cancelou a Súmula 394, o Colegiado sergipano decidiu que *Jackson Barreto de Lima* não tinha mais direito ao foro por prerrogativa funcional, haja vista o não mais exercício do cargo de prefeito, determinado, por conseguinte, a remessa dos autos a 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju (fl. 153), tendo este se declarado impedido (fl. 163).

Redistribuído o feito à 2ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, o Promotor de Justiça ratificou a denúncia de fls. 5/6 (fl. 238), tendo o magistrado recebido a peça acusatória em *7-5-01* (fl. 239).

A partir daí, a instrução correu normalmente com a designação de data para interrogatórios dos réus. Devidamente citados e intimados, os réus *Roberto Sales Cardoso* (fls. 280/281) e *Jakson Barreto de Lima* (fls. 309/310) foram interrogados e apresentaram suas defesas preliminares às fls. 283/284 e 312, respectivamente.

Posteriormente, em virtude da diplomação de *Jackson Barreto de Lima* como Deputado Federal, os presentes autos foram encaminhados a esse Excelso Supremo Tribunal Federal (fl. 334).

Vieram, por conseguinte, os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação (fl. 350).

Efetivamente, a posse de um dos corréus no cargo de Deputado Federal justifica o *forum attractionis* do Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, *b*, da Carta Política, para processar e julgar a presente ação penal.

Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, há de se afirmar que a competência penal originária por prerrogativa de função do STF, advinda da ocorrência de investidura do sujeito ativo de um delito nas funções descritas no art. 102, I, alíneas *b* e *c* da CF/88, no curso do processo, não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Têm-se, apenas, a cessação da competência da Justiça Estadual de Sergipe e o deslocamento para o Supremo Tribunal Federal. Tal desconjunção não afasta o princípio *tempus regit actum*, do qual resulta a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu. Neste sentido:

> *STF – Competência penal originária por prerrogativa de função – Advento da investidura no curso do processo – Inexistência de nulidade superveniente da denúncia e dos atos nele anteriormente praticados – Revisão da jurisprudência do Tribunal.*
>
> 1. A *Perpetuatio jurisdicionis*, embora aplicável ao processo penal, não é absoluta: assim, *v.g.*, é indiscutível que a diplomação do acusado, eleito Deputado Federal, no curso do processo, em que já adviera sentença condenatória pendente de apelação, acarretou a imediata cessação da competência da Justiça local e seu deslocamento para o Supremo Tribunal. 2. Daí não se segue, contudo, a derrogação do princípio *tempus regit actum*, do qual resulta, no caso, que a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu, há de ser aferida, segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento. 3. Não resistem à crítica os fundamentos da jurisprudência em contrário, que se vinha firmando no STF: a) o art. 567 Código de Processo Penal faz nulos os atos decisórios do Juiz incompetente, mas não explica a suposta eficácia *ex tunc* da incompetência superveniente a decisão; b) a pretensa ilegitimidade

superveniente do autor da denúncia afronta, além do postulado *tempus regit actum*, o princípio da indisponibilidade da ação penal. 4. Enquanto prerrogativa da função do congressista, o início da competência originária do Supremo Tribunal há de coincidir com o diploma, mas nada impõe que se empreste força retroativa a esse fato novo que o determina. 5. Desse modo, no caso, competiria ao STF apenas o julgamento da apelação pendente contra a sentença condenatória, se, para tanto, a Câmara dos Deputados concedesse a necessária licença. 6. A intercorrência da perda do mandato de congressista do acusado, porém, fez cessar integralmente a competência do Tribunal, dado que o fato objeto do processo e anterior a diplomação. 7. Devolveu-se, em consequência, ao Tribunal de Justiça de Estado de Rondônia a competência para julgar a apelação pendente, uma vez que a diplomação do réu não afetou a validade dos atos anteriormente praticados, desde a denúncia a sentença condenatória.

(Inq 571/DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJU* 5-3-1993).

Inquérito penal – Questão de ordem – Requerimento de sustação do pedido de licença à Câmara dos Deputados por falta de ratificação, pela Procuradoria-Geral da República, da denúncia oferecida antes da ocorrência da competência desta Corte por prerrogativa de função – Este Plenário, ao julgar questão de ordem relativa ao Inquérito n. 571, decidiu, reformulando a jurisprudência que se firmara anteriormente, que "não há razão suficiente para que, advindo a diplomação do réu, na pendência de um processo já instaurado, à diplomação superveniente do juízo originário, se concedam efeitos retro-operantes de nulidade dos atos anteriormente praticados, dos quais nunca se cogitara de outorgar à necessidade superveniente da licença para o processo", não havendo, portanto, ilegitimidade superveniente do autor da denúncia, o que afrontaria o postulado *tempus regit actum* e o princípio da indisponibilidade da ação penal. Daí, haver-se decidido nessa questão de ordem que, inclusive, é válida a denúncia oferecida pelo Ministério Público antes de ocorrer a competência superveniente desta Corte, independentemente de ratificação pela Procuradoria-Geral da República. Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da diligência requerida.

(Inq-QO 1.028-6, Rel. Min. *Moreira Alves*, *DJU* 16-5-1997).

Desta forma, descabida é a declaração de qualquer nulidade dos atos processuais já praticados perante o Juízo competente à época dos fatos, apesar da superveniente modificação de competência, pois, como mencionado, deve-se privilegiar, *in casu*, a correta aplicação do princípio que rege a lei penal no tempo – *tempus regit actum* – garantindo a validade de todos os atos praticados perante o Juízo Estadual de Sergipe.

Oportuno ressaltar que os ditames legais referentes ao processamento do crime imputado aos oras denunciados foram devidamente observados, aplicando-se os dispositivos legais, não propiciando a ocorrência de qualquer irregularidade que pudesse ensejar a declaração de nulidade de algum ato processual.

Destarte, em atenção à jurisprudência firmada nessa Corte, o processo deve prosseguir da fase na qual se encontre. A etapa subsequente é a oitiva das testemunhas de acusação arroladas na exordial, a saber: *José Alberto de Souza Sena* e *Romero Targino de Macêdo*, ambos servidores do Tribunal de Contas de Sergipe.

> Assim sendo, requer o Ministério Público Federal, com amparo no art. 9º da Lei n. 8.038/90 c/c art. 396 do CPP, a reautuação do feito como ação penal e o regular prosseguimento desta, com a inquirição das testemunhas já mencionadas.
> (Fls. 352-356.)

O parecer reproduzido acima foi acolhido pelo ministro **Sepúlveda Pertence** em 17-5-2004 (fl. 358).

José Alberto de Souza Sena e Romero Targino Macedo, testemunhas de acusação, foram ouvidas em 6-4-2005 e em 16-8-2005 (fls. 459-462 e 551/552); José Carlos Tavares Gentil, Sérgio Augusto Nascimento Smith e José Nivaldo de Mendonça, testemunhas de defesa, foram ouvidas em 23-11-2005 (fls. 612-618); e Maria Valdelice Alves Meneses e Maria Cleonice Alves dos Santos, testemunhas de defesa, foram ouvidas em 14-3-2006 (fls. 667-701).

Foi determinada a intimação da acusação e da defesa para requerer as diligências que entenderem necessárias (fl. 719).

A dra. **Cláudia Sampaio Marques**, subprocuradora-geral da República, e o dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, procurador-geral da República, requereram:

> a) seja oficiado ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para que informe se o réu *Jackson Barreto de Lima* efetuou o recolhimento aos cofres municipais da quantia imposta pela Decisão TC-7659/89-Plenário (processo TC-46737/88);
> b) baixa dos autos ao Departamento de Polícia Federal para que, por meio de perícia técnica, informe os **valores atualizados constantes** dos seguintes documentos: Contrato n. 4/88 (fls. 6/11), Nota de Empenho (fl. 14), Informações do TCE (fls. 34/35), Ordem de Pagamento (fls. 41/45).
> (Fl. 722.)

Os réus não se manifestaram a respeito de novas diligências (fl. 724).

O ministro **Sepúlveda Pertence**, em 4-6-2006, deferiu o requerimento do Ministério Público e determinou que, "realizadas as diligências, intimem-se o MPF e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações escritas (Lei 8.038/1990, art. 11)" (fl. 725).

O conselheiro presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, dr. **Hildegards Azevedo Santos**, em 13-6-2006, informou que:

> Em atenção ao Of. n. 2.918/R, datado de 23-5-06, desse Gabinete, a Coordenadoria Jurídica desta Corte informa que o processo TC-46.737/88 foi destruído em incêndio ocorrido no arquivo geral deste Tribunal, conforme consta da resenha em anexo, pelo que deixamos de atender à solicitação de Vossa Excelência
> (Fl. 745.)

O Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal – Diretoria Técnico-Científica confeccionou o laudo pericial em 14-11-2006 (fls. 780-782), satisfazendo o Ministério Público Federal conforme manifestação de fl. 793.

A dra. **Cláudia Sampaio Marques**, subprocuradora-geral da República, e o dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, procurador-geral da República, apresentaram alegações finais, requerendo a absolvição dos denunciados mediante os seguintes fundamentos:

> 15. A denúncia atribuiu aos acusados a prática do crime descrito no art. 312 do CP. Essa tipificação, entretanto, deve ser corrigida, para dar-se aos fatos nova qualificação jurídica, como autorizado pelo art. 838 do Código de Processo Penal.
>
> 16. À época dos fatos, o denunciado *Jackson Barreto de Lima* ocupava o cargo de Prefeito do Município de Aracaju/SE, razão pela qual os fatos devem ser enquadrados no Decreto-Lei n. 201/67, art. 1º, I, na modalidade desvio:
>
> > *Direito constitucional, penal e processual penal. Condenação de ex-prefeito municipal, em ação penal originária, por Tribunal de Justiça, por crime previsto no art. 1º, I e II, do Decreto-Lei n. 201/67: admissibilidade. Validade do julgamento ocorrido antes da revogação da Súmula 394 pelo STF. Classificação do delito. Pena: fixação. "Habeas corpus".* (...) *3. É irrelevante que a denúncia haja classificado o delito como peculato (art. 312 do C. Penal) e o acórdão tenha condenado o paciente pelo crime do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, já que o julgado se baseou nos mesmos fatos imputados ao paciente, que amplamente se defendeu de tal imputação.* (...)
> > (Grifo nosso) (RHC 80.711, Min. Relator **Sydney Sanches**, *DJ* 24-8-2001.)
>
> 17. Vale ressaltar que essa nova definição jurídica dos fatos não afeta o exercício do direito de defesa, pois, como é cediço, os acusados defendem-se dos fatos e não da capitulação dada ao crime na denúncia. Outro não é o entendimento desse Supremo Tribunal Federal:
>
> > *Habeas corpus. Tribunal Superior Eleitoral. Competência do Plenário do Supremo Tribunal Federal (alínea "a" do inciso I do art. 6º do RISTF). Sentença que condenou o paciente por crimes diversos daqueles capitulados na denúncia. Alegada ocorrência de mutatio libelli, a motivar a abertura de vista para defesa.* (...) *Verifica-se emendatio libelli naqueles casos em que os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles (fatos) incidente. Ocorrendo emendatio libelli, não há que se cogitar de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Sentença condenatória que nada mais fez que dar novo enquadramento jurídico aos mesmos fatos constantes da inicial acusatória, razão pela qual não há que se exigir abertura de vista à defesa.* Ordem denegada.
> > (Grifo nosso) (HC 87.503, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* 18-8-06.)
>
> 18. Ainda que não se proceda à *emendatio libelli*, o julgamento não será em nada prejudicado, dada a total a similitude do tipo penal previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 com o crime de peculato (art. 312, *caput*, do CP).
>
> 19. Para a configuração do delito em apreço é necessário a comprovação da apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou alheio.
>
> 20. Não obstante a existência de provas, sejam documentais, sejam testemunhais, comprovando que as obras executadas ficaram aquém das previstas no contrato n. 04/08 (fls. 8/12), celebrado entre a Prefeitura e a empresa *Meta* – Construções Ltda., não se pode concluir que desse inadimplemento parcial do contrato houve o desvio de verbas públicas em proveito dos acusados.

21. Os documentos juntados quando do oferecimento da denúncia, assim como a oitiva das testemunhas arrolados pela acusação, não são suficientes para demonstrar cabalmente a configuração do delito em apreço.

22. Ademais, constam dos autos informações de que a empresa *Meta* – Construções Ltda. executou outros serviços extracontratuais em compensação à parcela do contrato não cumprido.

> (...) que então o que houve foi a compensação dos cerca de 120 metros quadrados de pavimentação a menos por força dos serviços extras e ainda assim não foi liberada a verba prevista no contrato, tendo o interrogando recebido cerca de 80% do valor (...)
>
> (Interrogatório do segundo acusado, fl. 281.)
>
> (...) que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência de uma diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. Soube posteriormente que a Prefeitura de Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originalmente previstas no contrato (...).
>
> (Depoimento de fl. 461.)

23. Das provas constantes dos autos não é possível inferir que os acusados, em concurso, desviaram verbas públicas em proveito próprio ou alheio.

24. Não evidenciado, destarte, esse propósito de obter vantagem pessoal ou de favorecer um terceiro, não há como concluir pela prática do crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 (ou art. 312, *caput*, do CP, classificação dada na denúncia).

25. Ante a falta de material probatório suficiente a comprovar o desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio, impõe-se, com base no art. 386, VI, do Código Penal, a absolvição dos denunciados.

26. Por fim, convém informar que, em julgamento de ação penal similar, em que, também, era acusado *Jackson Barreto de Lima*, essa Corte absolveu-o pelos mesmos motivos aqui expostos, a saber:

> *Peculato – Ausência de configuração do crime – Absolvição*. Se dos elementos coligidos na fase da instrução penal surge a certeza da ausência de apropriação de dinheiro público, revelando o quadro probatório simples destinação à obra diversa, sem previsão em lei, impõe-se a absolvição do acusado. *Competência – Habeas corpus de ofício*. É firme a jurisprudência do Supremo no sentido de ser possível, ainda que cessada a competência da Corte, a concessão de *habeas corpus* de ofício – Agravo Regimental no Inquérito n. 1.169-0/DF, por mim relatado no Plenário e cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 28 de abril de 2000. *Corréu – Imputação de fatos idênticos – Inexistência de lei a destinar aplicação de verba em obra pública – Absolvição*. Extraindo-se das peças dos autos imputação única, sem notícia de haver lei a destinar verba pública a certa finalidade, apenas cogitando-se de peculato, impõe-se estender ao corréu a óptica sobre a não configuração do delito, absolvendo-o.
>
> (AP 365, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 12-5-2006.)

Ante o exposto, requer o **Ministério Público Federal** a absolvição dos denunciados dos crimes de que são acusados.

(Fls. 800-804.)

Jackson Barreto de Lima apresentou alegações finais em 26-4-2007, deduzindo que:

> **Da inépcia da inicial**
> **Da inexistência de Provas**
>
> Importa salientar, Excelentíssimo Senhor Ministro relator, que a denúncia fala em desvio de valores, mas, estranhamente, sem nenhum compromisso de seu autor, não circunstancia, não dimensiona, e, muito menos, não oferece o mais mínimo indício (ou mesmo presunção) de prova de enriquecimento indevido, ou, até mesmo, de qual valor teria sido o desvio.
>
> ***Permissa maxima venia*, a par de não dizer que valores são esses, qual o seu montante, o modo de execução desse desvio e qual a participação de cada acusado no fato criminoso, apenas e tão somente imputa, de forma leviana, a autoria, mas falta com os elementos indicadores da culpabilidade e, máxime, não faz prova, ainda da materialidade do desvio**.
>
> Cumpre ressaltar que, para que se configure o crime descrito na peça inaugural, da lavra do então insigne Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, haveria, melhor dizendo, impunha-se a comprovação do desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio; elemento objeto do tipo penal cuja ausência implica alegação de fato delituoso não comprovado em nenhum momento nos autos; o que, por si só, na forma como desfundamentadamente lançada no libelo acusatório, acarretaria ao seu agente a imputação de crime capitulado no art. 339 do Código Penal, quer seja, denunciação caluniosa.
>
> Consoante se observa na Denúncia os fatos articulados dizem respeito a desvio de valores, sem, entretanto, especificar quais valores são esses, qual o seu montante, qual o modo de execução desse desvio e qual a participação de cada acusado no fato criminoso, etc., ou seja, inexistem os requisitos insertos no **art. 41 do Estatuto Adjetivo Penal**.
>
> Com efeito, assim dispõe o supracitado dispositivo:
>
> > Art. 41. A denúncia ou queixa **conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.
> >
> > (Com grifos.)
>
> Assim, consoante acima assinalado, a denúncia oferecida pelo Ministério Público, não contém todas as circunstâncias exigidas legalmente, de sorte que descreve de forma vaga o inadimplemento contratual por parte de uma empreiteira, de uma avença feita com a Municipalidade de Aracaju, sem, no entanto, dizer que houve o desvio do dinheiro para o bolso dos denunciados, ou de terceiros, mediante cooperação material ou psicológica entre eles, em que montante, etc., enfim com detalhes necessários para que se pudesse avaliar, mesmo num primeiro plano, se o episódio ficou circunscrito à responsabilidade civil, ou se adentrou no campo do direito punitivo. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a odiosa responsabilidade penal objetiva, repudiada pela consciência jurídica pátria.
>
> Por outro lado, ao final da instrução processual, percebe-se com facilidade que os fatos alegados na denúncia não restaram comprovados. Ou seja, em nenhum momento o denunciado utilizou-se do erário público para locupletar-se, todas as diferenças contratuais que **foram detectadas pelo TCE, foram compensadas com a execução de outras obras e/ou outros serviços prestados à população**.

Em aresto desta Suprema Corte, consignou o Ministro Clovis Ramalhete (RHC n. 59.052/CE, *DJU* de 3-11-81, p. 10935) ser "necessário o convencimento de irregularidade ou ilegalidade da aplicação do dinheiro público, feita pelo servidor para a caracterização da figura penal", que deriva, evidentemente, da vontade consciente de se apropriar ou desviar o bem público, o que não se infere do simples fato do descumprimento contratual, que não houve, obrigatoriamente, a existência de um crime, ainda mais que tal descumprimento contratual teria se revertido em favor do próprio interesse público.

Cumpre ressaltar que, para que se configure o crime descrito na peça inaugural do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, haveria necessidade de comprovação do desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio, **situação não comprovada em nenhum momento nos autos**.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça em julgamento do RESP n. 140.675, também contra o parlamentar, inteiramente semelhantes ao presente, assim decidiu:

> *Recurso especial – Denúncia de peculato sem os detalhes necessários – Responsabilização objetiva – Suposta prática delituosa, que se confunde com mero descumprimento de contrato.*
>
> 1 – Não se pode presumir a existência de peculato, no simples descumprimento de um contrato, sem os detalhes próprios do tipo, que obrigatoriamente deveriam constar na inicial acusatória.
>
> 2 – Nem sempre, na ocorrência de inadimplemento contratual, ocorrer um ilícito penal, o que demanda, para evitar uma abusiva denúncia, detalhes suficientes para separar um fato que realmente resvala para o direito criminal, de outro que simplesmente se mantém no campo do direito administrativo-civil.
>
> 3 – Recurso conhecido e provido.
>
> (Grifo nosso) (REsp n. 140.675-SE, Rel. Min. **Anselmo Santiago**, sendo réu o mesmo alcaide, publicado no *DJU* de 4-5-1998.)

Outro julgado também do egrégio Superior Tribunal de Justiça, também do elenco de processos orquestrados contra o parlamentar, havia decidido no mesmo sentido:

> *Ação penal originária* – 1. Vários processos, sendo que somente em dois deles houve o recebimento da denúncia pelo Desembargador-relator. Competência do Superior Tribunal de Justiça para o *habeas corpus* quanto a estes últimos.
>
> 2. Denúncia. Inépcia. Primeira denúncia por peculato, que fala em desvio o modo de execução, nem a participação de cada um dos acusados. Segunda denúncia com erro grosseiro na capitulação do crime e com falha na descrição da conduta dos acusados, omitindo circunstância essencial à caracterização do crime em tese.
>
> **Inépcia reconhecida em relação a ambos os processos**.
>
> *Habeas corpus* parcialmente conhecido e deferido com extensão aos corréus.
>
> (HC n. 928/92, Rel. Min. **Assis Toledo**, sendo paciente o mesmo alcaide, publicado no *DJU* de 11-5-92.)

Lado outro, na peça de informação n. 630/88, no processo do TCE, à fl. 60, em 22-12-1988, José Alberto de Souza Sena, inspetor externo do Tribunal de Contas do Estado declarou:

– Os serviços extracontratuais citados na justificativa da prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém torna-se praticamente impossível afirmarmos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetora desde o seu início.

De igual modo, em seu depoimento, em 6-4-2005, como testemunha de acusação à fl. 461, José Alberto de Souza Sena assim respondeu:

(...) O depoente se recorda dos fatos mencionados na denúncia, mas não se lembra de detalhes. Que foi o depoente quem realizou a fiscalização da obra mencionada. Que em suas informações indicou a existência de uma diferença referente a paralelepípedos, do número que tinha no contrato e aquele que havia sido utilizado. Que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência dessa diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. Soube posteriormente que a prefeitura de **Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originariamente prevista no contrato**. Por essa razão, teria havido a diminuição de números de paralelepípedos (...). **Que no momento da inspeção era possível identificar a ocorrência de eventual compensação de serviços por meio de perícia. Que a perícia não foi realizada, pois a orientação recebida era no sentido de verificar somente o cumprimento daquilo que estava no contrato**.

(Grifamos.)

Note-se que os depoimentos de fls. 613/618 são unânimes em afirmar que não houve desvio de recurso. Havendo, porém, à época, uma usual forma de compensação de serviços, isto é, uma permuta que se caracterizava pela compensação feita entre os serviços de pavimentação e os de drenagem com o escopo voltado ao atendimento do interesse público, eis os depoimentos:

(...) sabe que as obras realizadas pela Prefeitura havia uma forma de compensação de serviços. (...) o fato é que por conta dessas necessidades, inclusive pela implementação da rede esgotos havia troca de serviços. Normalmente eram precedidas reduções na pavimentação para que fossem realizadas as pavimentações (*sic*).

(...) o depoente realizou perícia nas obras e não encontrou desvio financeiro, mas encontrou em quase na totalidade das obras serviços que foram permutados. (...) geralmente as compensações que foram constatadas em outras consistiam na troca de pavimentação de paralelepípedo por rede de esgotos e canalização de águas pluviais.

Em momento algum dos autos constata-se ter havido vantagem patrimonial do então alcaide e de seu pretenso coautor, bem como de desvio de verbas públicas em proveito próprio ou alheio. Sendo irrecusável a colocação do titular da ação penal quanto à ausência de prova da prática do crime. Ao contrário, a prova coligida conduz à inexistência de procedimento glosado sob o ângulo penal.

Com a realização da obra de pavimentação, objeto do contrato, como admitido pelo Tribunal de Contas, impossível cogitar-se de crime de peculato, **impondo-se, em consequência, a absolvição do parlamentar**. Quando muito poder-se-ia reconhecer, na hipótese, um desvio ou aplicação indevida de verbas públicas, tipificada no art. 1º, inciso III, do DL 201/67, cuja pena máxima é de três anos (DL 201/67, art. 1º, § 1º). O prazo prescricional de oito anos (CP, art. 109, inciso IV). O fato teria ocorrido em fevereiro de 1988. O prazo prescricional flui em

março de 1996. Bem antes do recebimento da denúncia em 20 de maio de 1999, sendo este o entendimento deste Egrégio Supremo Tribunal Federal quando absolveu o parlamentar em julgamento realizado 30-3-2006, eis a ementa:

> *Peculato – Ausência de configuração do crime – Absolvição*. Se dos elementos coligidos na fase da instrução penal surge a certeza da ausência de apropriação de dinheiro público, revelando o quadro probatório simples destinação à obra diversa, sem previsão em lei, impõe-se a absolvição do acusado. *Competência – Habeas corpus de ofício*. É firme a jurisprudência do Supremo no sentido de ser possível, ainda que cessada a competência da Corte, a concessão de *habeas corpus* de ofício – Agravo Regimental no Inquérito n. 1.169-0/DF, por mim relatado no Plenário e cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 28 de abril de 2000. *Corréu – Imputação de fatos idênticos – Inexistência de lei a destinar aplicação de verba em obra pública – Absolvição*. Extraindo-se das peças dos autos imputação única, sem notícia de haver lei a destinar verba pública a certa finalidade, apenas cogitando-se de peculato, impõe-se estender ao corréu a óptica sobre a não configuração do delito, absolvendo-o.
>
> (AP 365/SE, Rel. Min. **Marco Aurélio**, sendo réu o mesmo alcaide, publicado no *DJ* de 12-5-2006.)

O que se buscou ao ora réu foi lhe impor uma persecução penal infinita, de modo que tenha que dedicar todo o tempo de sua vida a responder processos vários sobre os mesmos fatos de mesma época. Por esse absurdo artifício, criou-se uma imprescritibilidade penal de modalidade não contemplada pela nossa legislação.

Não se pode permitir que em nome da justiça ou por sua conta, se transforme uma apuração de indícios, por exemplo, numa perseguição implacável que não se interessa, evidentemente, pela verdade à luz da lei, mas por objurgatórias quase sempre infamantes. Tudo assim, deplorável, mesquinho, inconfessável e injusto, em troca de interesses que, aviltando a administração da justiça, só fazem bem à politicalha e à politiquice.

Ante o exposto, requer a improcedência da denúncia, vindo então a ser absolvido o denunciado do crime de que é imputado, com fulcro no art. 386, inciso VI, por ser medida da mais lídima e escorreita justiça.

(Fls. 814/821.)

O réu Roberto Sales Cardoso, por sua vez, nas suas alegações finais, após fazer um relatório da demanda, aí incluindo as declarações prestadas pelas testemunhas, alega:

> *2 – Da nulidade do processo – Da falta de exame de corpo de delito – Da atipicidade do fato.*
>
> Conquanto não tenha sido levantada a questão na fase que antecedeu o recebimento da denúncia e nem por ocasião da defesa derradeiras pugnar pelo reconhecimento e decretação da *nulidade absoluta do processo*, com embasamento nos preceitos insculpidos nos arts. 563 e 564 do CPP, merecendo transcrição esse último dispositivo que reza o seguinte:
>
> > Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
> > I – (...)
> > (...)
> > III – por falta das fórmulas os dos termos seguintes:
> > a) (...)

b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, ressalvado o disposto ao art. 167;

Como visto, Excelência, o Ministério Público, com a devida vênia, não teve a preocupação de produzir a prova mais importante para caracterizar ou não a materialidade do pretenso crime que é o exame de corpo de delito, direto ou indireto, tendo em vista que a conduta, **hipoteticamente narrada como crime**, deixou vestígio, nem mesmo para indicar a pretensa diferença de obra.

Somente há nos autos uma peça intitulada "**Informação n. 35/88**" de que há divergências de quantitativos nos serviços do item da orçamentária e que, comparando se o valor contratado, há um diferença, a menor, da ordem de Cz$ 145.859,80, documento chancelado por um servidor do Tribunal de Contas e posteriormente arrolado como testemunha pelo Ministério Público.

Não foi procedido o devido exame de corpo de delito conforme exigido em lei. Não foram indicados pela autoridade policial ou até mesmo pelo Tribunal de Contas, peritos para proceder ao levantamento de tudo que ocorreu durante a construção, fato que se tivesse acontecido, certamente, teria evitado o constrangimento por que está passando o suplicante ao longo desses anos, submetido indevidamente a um processo criminal desnecessário e inconsequente. É flagrante, portanto, o prejuízo moral que está sofrendo este acusado, além do outro prejuízo que resultou para a sua defesa, qual seja, a ausência dessa peça de fundamental importância para a definição de inteireza e higidez do que deveria ser o "devido processo legal".

Acerca da obrigatoriedade desse exame, há precedente deste Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

RHC 59.998/ES

Recurso em habeas corpus

Relator(a): Min. *Rafael Mayer*

Julgamento: 17-8-1982, Órgão julgador: *Primeira Turma*

Publicação: *DJ 24-9-1982 pp-09443 Ementa vol-01268-01 pp-00105 RTJ vol-00103-01 pp-00153*

Ementa

Peculato. Exame de corpo de delito (falta). Vestígios. Código de Processo Penal, art. 158. – Em se tratando de crime que deixa vestígios, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, e a sua falta induz a nulidade absoluta, posto que essencial a apuração da verdade e a decisão da causa. Habeas corpus provido.

Indexação: *Processo criminal, nulidade absoluta, exame de corpo de delito, ausência, a administração pública, peculato. Pp-0275, prova pericial (criminal), exame de corpo de delito.*

Embora se saiba que a dúvida tem que ser interpretada em benefício da defesa ou do réu, neste caso, no entanto, como se trata de nulidade absoluta, há necessidade do seu reconhecimento e decretação da imprestabilidade do processo para que se cumpra o preceito constitucional, mesmo porque está sobejamente provada a atipicidade do delito capitulado na denúncia, posto que nem mesmo o crime previsto no art. 315 – *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* – foi consumado ou tentado, isto porque, se alguma irregularidade foi praticada na execução do projeto, falta de aditivo contratual, por exemplo, teve por escopo única e exclusivamente adequá-lo à nova realidade encontrada durante a sua execução e jamais com o fim de beneficiar alguém, o que deslocaria a classificação da denúncia para outra figura delituosa.

A relevância desse fato serve também para demonstrar, *data venia*, que o Ministério Público como titular da ação penal, não logrou êxito em sua pretensão de demonstrar a materialidade e autoria do pretenso delito capitulado na primeira denúncia. A prova produzida durante a instrução criminal calcada nos depoimentos das testemunhas arroladas pelo órgão acusador e pelos acusados, bem demonstra que a razão não está com a acusação, uma vez que restou provado que nenhum dos denunciados – *Roberto Sales Cardoso* ou *Jackson Barreto* – se apropriou de dinheiro público e nem empregou irregularmente verbas ou rendas públicas causando prejuízo ao erário.

Restou sobejamente provado, no entanto, inclusive pelo depoimento das testemunhas, que serviços outros – não integrantes da planilha de obras – foram executados para compensar o estreitamento do leito da rua em razão da construção de calçadas em ambos os lados da via, e que não fazia parte do projeto inicial, caindo por terra a informação prestada pelo servidor do Tribunal de Contas que concluiu, *a priori*, que a obra não fora totalmente executada.

Conforme se depreende da leitura da documentação acostada aos autos pelo Tribunal de Contas, o valor contratado, à época, foi de Cz$ 806.981,09 (oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos), enquanto que a empresa de que o acusado era representante legal apresentou uma única fatura no valor de Cz$ 719.415,88 (setecentos e dezenove mil, quatrocentos e quinze cruzados e oitenta e oito centavos), valores que atualizados até 30 de abril/2007 e transformados em reais correspondem, respectivamente a R$ 13.677,37 e R$ 12.193,24 com uma diferença da ordem de R$ 1.484,13 (um mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e treze centavos).

Essa pequena diferença corresponde ao prolongamento depois do entorno, já referida pelo acusado em seu interrogatório e constante do croqui encartado à fl. 29 da numeração originária do TJS, como sendo de propriedade de terceiro, e que somente veio ao conhecimento do município de Aracaju no momento da execução da obra, obrigando a que se reduzisse a área inicialmente projetada, fazendo com que o montante empenhado e pago pela Administração contratante, fosse menor do que o inicialmente contratado conforme pode ser verificado no resumo abaixo:

Discriminação de áreas	**m^2**
Área de pavimentação contratada	*895,00*
Área de pavimentação liberada	*788,00*
Área de pavimentação executada	*660,00*
Discriminação de valores	**Cz$**
Valor do contrato	*806.981,09*
Valor dos serviços executados	*719.513,42*
Valor empenhado e pago	*719.513,42*
Serviços executados	**Cz$**
Previstos em planilha	*633.141,36*
Não previstos e realizados	*86.372,06*
Total executado	*719.513,42*

Como visto, excelência, a empresa *Meta Construções Ltda*., conquanto tenha pavimentado parcialmente a área contratada, somente recebe parte do que foi contratado e correspondente aos serviços efetivamente realizados tendo deixado de ganhar, em valores de hoje, o correspondente a R$ 1.484,13 (um mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e treze centavos), o que demonstra a insustentabilidade da peça denunciatória chancelada pelo então Procurador-Geral de Justiça sergipano,

haja vista que nenhuma vantagem foi auferida pelo acusado *Roberto Sales Cardoso*, e nem pelo então prefeito *Jacson Barreto de Lima*, – vítima de perseguições políticas como bem acentuou o ex-Ministro do STJ Edson Vidigal em Voto (vogal) proferido no *Habeas Corpus* 928/SE (REG 91.00118940-5), sendo oportuno que se traga à colação os seguintes excertos do referido voto. Senão vejamos.

> (...) É preciso que neste País não possa triunfar a injustiça da impunidade. Não podemos, também, permitir que, em nome da Justiça ou por sua conta, se transforme uma apuração de indícios, por exemplo, numa perseguição implacável que não se interessa, evidentemente, pela verdade à luz da lei, mas por objurgatórias quase sempre infamantes. Tudo assim, deplorável e mesquinho, inconfessável e injusto, em troca de interesses que, aviltando a administração da Justiça, só fazem bem à politicalha e à politiquice.
>
> (...)
>
> O ordenamento jurídico não enseja dúvidas no tocante a Prefeitos. Crimes comuns, Tribunal de justiça do Estado. Infrações político-administrativas, Câmara Municipal. Nada de Tribunal de Contas, que não é órgão do Poder Judiciário e sim auxiliar do Poder Legislativo para as questões de controle externo. Vê-se, à luz de informações abrangentes, que a tentativa em relação ao ora paciente é de se lhe impor uma persecução penal infinita, de modo a que, sempre inelegível, tenha que dedicar todo o tempo de sua vida a responder processos vários sobre mesmos fatos de mesma época. Por esse absurdo artifício, cria-se uma imprescritibilidade penal de modalidade não contemplada pela nossa legislação.

Assim, reservando-me para outras considerações caso, em grau de recurso, aqui venham as deploráveis questões destes atos, conheço parcialmente da impetração e lhe dou parcial provimento, nos termos do voto do eminente Ministro Relator.

A reboque dessa implacável perseguição foi levado o agora acusado Roberto Sales Cardoso, como representante legal e cotista da empresa responsável pela obra tida por reduzida, a também figurar, de forma injusta, no pólo passivo da presente ação penal como coautor da suposta prática de crime inexistente, haja vista que nenhuma apropriação houve e nem tampouco facilitação para que isso ocorresse.

Logo, não assiste razões ao Ministério Público em tê-lo denunciado para responder aos termos da presente ação, posto que, nem mesmo de forma culposa, pode ser responsabilizado pelo pretenso crime capitulado da peça exordial uma vez que somente recebeu uma única fatura correspondente aos serviços efetivamente executados.

Por derradeiro, merece ainda reproche o comportamento externado pelo Tribunal de Contas de Sergipe em não indicar ao Ministério Público estadual o montante do eventual "prejuízo" causado ao erário público pelo prefeito e, via de consequência, pelo acusado Roberto Sales Cardoso, uma vez que inexiste nos autos indicação a eventual área que deixou de ser pavimentada e o valor correspondente ao prejuízo além da falta de Laudo de Exame de Corpo de Delito conforme já salientado alhures.

3 – *Do pedido final*

Posto isto, espera a defesa do acusado *Roberto Sales Cardoso* que:

(1) Reconhecendo este Supremo Tribunal Federal a inexistência de exame de corpo de delito decrete a nulidade processual, segundo os fundamentos desta peça e do art. 564, III, *b* do Código de Processo Penal;

(2) Em face da demonstração da inexistência de prova da materialidade e da autoria do pretenso crime tipificado no art. 312 do Código Penal Brasileiro, Vossa Excelência **julgue improcedente a denúncia**, decretando a sua **absolvição**.

(3) Requer por derradeiro, que na remota hipótese de vir a ser condenado, sendo primário e de bons antecedentes, seja-lhe aplicada a menor reprimenda prevista no art. 312 do Código Penal Brasileiro e *decretada a extinção da punibilidade* pelo reconhecimento da prescrição retroativa na forma dos arts. 107, IV, c/c o 110, §§ 1º e 2º do Código Punitivo pátrio, a fim de que seja restabelecido o primado da *Justiça*.

(Fls. 832/838.)

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli (relator): Jackson Barreto de Lima, ex-prefeito de Aracaju/SE e atualmente deputado federal, e Roberto Sales Cardoso, representante legal da empresa *Meta* Construções Ltda., foram denunciados com base no art. 312 do Código Penal (crime de peculato) combinado com o art. 29 do mesmo diploma (concurso de pessoas), extraindo-se da denúncia que "o primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para 'pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia' (contrato n. 04/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indiciado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal" (fl. 2).

Primeiramente, tenho que a denúncia, recebida pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe em 20-5-1999 (fls. 131 a 133) não é inepta. Embora sucinta, a peça acusatória narra fato típico, deixando claro que o primeiro denunciado, quando prefeito de Aracaju/SE, teria beneficiado a empresa, representada pelo segundo denunciado, indevidamente. Esta teria recebido o valor contratado apesar de não executar toda a obra de "pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia" (fl. 2). A suficiente narrativa da denúncia, observa-se nos autos, permitiu aos acusados que amplamente se defendessem.

A definição jurídica do crime, contudo, como solicitado pelo Ministério Público Federal, para fins de recebimento e validação da denúncia ofertada, comporta modificação, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, que dispõe:

> Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Cuida o dispositivo acima da *emendatio libelli*, detalhadamente esclarecida assim pelo professor **Fernando da Costa Tourinho Filho**:

> Cumpre observar, todavia, que no penal vigora o princípio do *jura novit curia*, isto é, o princípio da livre dicção do direito – o Juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a prolação de sentença condenatória.
>
> No particular, duas situações podem verificar-se: a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*.
>
> Se a peça acusatória descreve o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. A propósito, dispõe o art. 383 do CPP:
>
> > O Juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
>
> Diz-se, até, que nessa hipótese nem haverá uma alteração do libelo, isto é, uma alteração da peça acusatória, mas, simplesmente, uma corrigenda (*emendatio libelli*).
>
> Aí, três hipóteses podem ocorrer: a) a pena não se altera; b) modifica-se para melhor; c) modifica-se para pior.
>
> (...)
>
> É que, em todos esses casos, não há surpresa para a Defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo Acusador.
>
> Inteira aplicação tem, aqui, o refrão *narra mihi factum dabo tibi jus*. Certo que deve haver correção entre a sentença e a acusação. Mas essa relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à *causa petendi*, que é o próprio fato. Assim, na *emendatio libelli* o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal.
>
> (In: *Processo penal*. 29. ed., Saraiva, 2007. v. 4, p. 263-264.)

Na hipótese concreta, por haver imputado desvio de verba pública em favor da empresa *Meta* Construções Ltda., a denúncia capitulou o art. 312 do Código Penal, que dispõe:

> Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Igual delito é previsto no Decreto-Lei 201/1967, mas específico para prefeitos, assim:

> Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

> I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
>
> (...)
>
> § 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dois itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.
>
> § 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

A concorrência das normas acima, do Código Penal e do Decreto-Lei 201/1967, resolve-se pela aplicação do "princípio da especialidade", segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral. Conforme leciona **Rogério Greco**, cuidando do referido princípio:

> É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derrogat generali.* Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. Na lição de Assis Toledo, "há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral".
> (In: *Curso de direito penal*: parte geral. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007. v. I, p. 29-30.)

Neste caso, mediante uma simples *emendatio libelli*, afasta-se a norma do art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, para enquadramento do fato narrado na denúncia na norma do art. 1º, I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 201/1967, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, rel. min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 19-5-1995; HC 71.991-1/MG, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 3-3-1995; RHC 73.210-1/PA, Segunda Turma, rel. min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 1º-12-1995), praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo, assim definido:

> I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou **desviá-los em proveito** próprio ou **alheio**;

Sobre o tema, para encerrar, trago os seguintes precedentes desta Corte que viabilizam a *emendatio libelli* em hipótese como a presente:

> *Direito constitucional, penal e processual penal. Condenação de ex-prefeito municipal, em ação penal originária, por tribunal de justiça, por crime previsto no art. 1º, I e II, do Decreto-Lei 201/1967: admissibilidade. Validade do julgamento ocorrido antes da revogação da Súmula 394 pelo STF. Classificação do delito. Pena. Fixação. Habeas corpus.*
>
> 1. Embora cancelando a Súmula 394 a 25-8-1999, o Plenário desta Corte, também por unanimidade de votos, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas, com base nela. Ainda que se tenha referido a seus

próprios atos e decisões anteriores àquela, obviamente, pelas mesmas razões, assim também se deve entender com relação aos atos e decisões de outros foros igualmente privilegiados, como foi o caso do ex-prefeito, ora paciente, julgado em ação penal originária, pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, a 4-3-1999, antes, portanto, da revogação da súmula referida (o que se deu a 25-8-1999).

2. A extinção do mandato do prefeito, segundo a jurisprudência mais recente do STF, não é obstáculo à propositura de ação penal, por crime previsto no art. 201/67 (HC 70.671/PI, *DJ* de 19-5-1995, p. 13993).

3. É irrelevante que a denúncia haja classificado o delito como peculato (art. 312 do Código Penal) e o acórdão tenha condenado o paciente pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, já que o julgado se baseou nos mesmos fatos imputados ao paciente, que amplamente se defendeu de tal imputação.

4. Embora ainda não publicado o acórdão condenatório, estão reproduzidos nos autos da ação principal (e apenso) o relatório e os votos do relator e dos demais desembargadores, assim como a conclusão final.

5. E a pena, por se tratar de três crimes de desvio de verbas públicas, em proveito alheio, em concurso material (inciso I do art. 1º do Decreto-Lei 201, de 27-2-1967), foi fixada no mínimo em seis anos, por não se reconhecer a ocorrência de delito continuado, o que, aliás, não foi impugnado na impetração nem no presente recurso.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

(RHC 80.711-9/PE, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 24-8-2001.)

I – Jurisprudência: inaplicabilidade às suas alterações do princípio da irretroatividade penal: validade da condenação de ex-prefeito, denunciado por peculato, pelo crime do art. 1º, I, do DL 201/1967, conforme a jurisprudência atual do STF (HC 70.671).

II – Exame de corpo de delito: substantivada a imputação do desvio de recursos públicos na contratação e parcial pagamento de obras superfaturadas, a realidade desse superfaturamento integrava o corpo de delito e, por conseguinte, deveria ter sido objeto de exame pericial por dois expertos oficiais (Código de Processo Penal, art. 159, cf. Lei 8.862/1994); não pode, contudo, a defesa alegar a nulidade da perícia feita por perito único e não integrante da instituição oficial de criminalística, se, ciente de sua designação, sem protesto, ofereceu quesitos e discutiu as conclusões do laudo: dever de lealdade consagrado no art. 565, Código de Processo Penal.

(HC 75.793-8/RS, Primeira Turma, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 8-5-1998.)

Retificada a capitulação do delito, passo, agora, a examinar a nulidade apresentada pelo réu Roberto Sales Cardoso, no sentido de que "o Ministério Público (...) não teve a preocupação de produzir a prova mais importante para caracterizar ou não a materialidade do pretenso crime que é o exame de corpo de delito, direto ou indireto, tendo em vista que a conduta, **hipoteticamente narrada como crime**, deixou vestígio, nem mesmo para indicar a pretensa diferença de obra" (fl. 832). Somente haveria, segundo o mencionado réu, "uma peça intitulada '**Informação n. 35/88**' dando conta de que há divergências de quantitativos nos serviços do item 01 da planilha orçamentária e que,

comparando-se o valor contratado e o executado, há uma diferença, a menor, da ordem de Cz$ 145.859,80, documento chancelado por um servidor do Tribunal de Contas e posteriormente arrolado como testemunha pelo Ministério Público" (fl. 833).

Neste ponto, o réu Roberto Sales Cardoso busca, na verdade, sob a alegação de nulidade por ausência de exame de corpo delito, impor a tese de que não há provas nos autos que viabilizem a procedência da ação penal. Ocorre que este tema tem natureza meritória, que adiante passarei a examinar. De todos os modos, sobre o exame de corpo de delito, cabe afastar qualquer nulidade.

O art. 158 do Código de Processo Penal, de fato, estabelece que, "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado", e o art. 564, III, *b*, do mesmo diploma legislativo, que "a nulidade ocorrerá" por ausência do "exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167". Este último dispositivo referido, por sua vez, diz que, "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Todas essas normas parecem convergir no sentido da nulidade absoluta quando ausente o exame do corpo de delito, espécie de prova pericial, que tem como objetivo, sobretudo, comprovar a materialidade do delito. Entretanto, o próprio Código de Processo Penal, no art. 566, afasta a obrigatoriedade da declaração do vício ao dispor que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa", orientação esta que deve nortear o acolhimento ou a rejeição das nulidades apontadas pelos réus, em geral, nos processos criminais.

No caso concreto, inicialmente, o contrato administrativo foi celebrado em 10-2-1988, com prazo de trinta dias para a entrega da obra de pavimentação (fls. 8-12); a nota de empenho data de 18-2-1988 (fl. 16); a nota fiscal foi emitida em favor da Prefeitura de Aracaju/SE em 24-2-1988 (fl. 32); e a ordem de pagamento da Prefeitura possui a data de 26-2-1988 (fl. 43). A cópia do processo formado no Tribunal de Contas do Estado de Sergipe foi remetido ao Ministério Público estadual em 13-10-1989 (fl. 71), que ofereceu denúncia três anos depois, em 10-6-1991 (fls. 5/6), recebida esta pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em 20-5-1999 (fls. 133-135). Com efeito, o exame de corpo de delito, *in loco*, diante do tempo decorrido entre o fato típico e o início da ação penal, revela-se, induvidosamente, imprestável, sendo certo que a defesa busca comprovar que a pavimentação em quantidade inferior à contratada teria sido compensada com outros serviços, tais como afastamento do meio-fio, desentupimento da rede de esgoto, levantamento da rede de água e do nível da rua, etc. Efetivamente, não há como comprovar, mediante prova pericial, depois de tantos anos, que aqueles serviços extraordinários foram realizados pela empresa vencedora da licitação à época da pavimentação, ausente qualquer aditamento ao contrato administrativo. Aliás, o dr. José Alberto de Souza Sena, inspetor de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, identificado como engenheiro à fl. 35v., já havia

anotado, na Informação 630/88, de 22-12-1988, que "os serviços extracontratuais citados na justificativa da Prefeitura são de possível execução neste tipo de obra, porém, torna-se praticamente impossível afirmamos se foram executados ou não, pelo fato da obra não ter sido acompanhada por esta inspetoria desde o seu início" (fl. 62). Enfim, o exame de corpo de delito, efetivamente, na hipótese presente, é absolutamente inviável.

Mas não é só. Encontra-se juntado nestes autos o Processo 46.737, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, a partir da fl. 4, no qual constam o contrato celebrado, a nota de empenho, a nota fiscal e outros documentos, além da Informação 357/88, relativa "à visita de inspeção às obras de pavimentação de uma Vila sito entre as Ruas Riachuelo e Ribeirópolis, em Aracaju", assinada pelo dr. José Alberto de Souza Sena, inspetor de controle externo (fl. 36), engenheiro (fl. 35v.). Nessa informação, decorrente de inspeção local da obra efetuada por servidor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, graduado no curso de engenharia, consta que "o valor global do Contrato excede ao da obra executada em Cz$ 145.859,80 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e cinquenta e nove cruzados e oitenta centavos)" (fl. 36). Ora, essa inspeção feita pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, realizada pelo Estado, portanto, equivale a um exame de corpo de delito, tendo-se chegado à conclusão possível à época em que as obras já estavam encerradas.

Se tudo isso não fosse suficiente, são vários os precedentes desta Corte no sentido de dispensar a realização de prova pericial quando presentes outros elementos de prova, firmes, constantes dos autos, o que, entendo, é o caso dos autos. Neste sentido: HC 71.319-0/PR, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 9-6-1995; HC 85.744-2/RJ, Segunda Turma, rel. min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 2-9-2005; e HC 87.071-6/SP, Segunda Turma, rel. min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 24-8-2007.

Nulidade não há, portanto, quanto à alegada ausência de exame de corpo de delito.

Passo, agora, ao exame do mérito. Para tanto, apenas para relembrar, releio a seguinte passagem da denúncia:

> O primeiro indiciado, na qualidade de Prefeito de Aracaju, celebrou contrato com a referida sociedade para "pavimentação da Vila da rua Riachuelo entre Gararu e Ribeirópolis no Bairro Cirurgia" (contrato n. 04/88). Conquanto as obras não tenham sido executadas totalmente, o pagamento foi integral, através do segundo indiciado; destarte os valores correspondentes às obras não realizadas constituem ilegal desvio de valores do erário público municipal.
> (Fl. 2.)

Pois bem. Encontra-se, nos autos, o Termo de Contrato c/ Carta Convite 4/88, assinado em 10-2-1988 pelo réu Jackson Barreto Lima, à época prefeito do Município de Aracaju/SE, e pelo réu Roberto Sales Cardoso, representante legal da empresa *Meta* Construções Ltda., vencedora da licitação, tendo esta se obrigado a "executar as obras de pavimentação de Vila na Rua Riachuelo entre

Gararu e Ribeirópolis no bairro Cirurgia" (fl. 9) pelo valor de Cz$ 806.981,09 (oitocentos e seis mil, novecentos e oitenta e um cruzados e nove centavos).

Está nos autos, igualmente, a Nota de Empenho 097/88, de 18-2-1988, relativa ao Contrato 4/88 e no mesmo valor deste, também assinada pelo primeiro réu em favor da empresa *Meta* Construções Ltda. (fl. 16).

No "Quadro de Quantitativos" (fl. 21) apresentado no processo de licitação pela empresa *Meta* Construções Ltda., no tocante aos serviços que seriam realizados, encontram-se os seguintes valores e metragens:

a) fornecimento, assentamento e rejuntamento de paralelepípedos: 895m², Cz$ 620,68/preço unitário, Cz$ 555.508,60/preço total;

b) fornecimento, assentamento e rejuntamento de meio-fio: 321m, Cz$ 384,59/preço unitário, Cz$ 123.453,39/preço total;

c) escavação m.anual: 150m³, Cz$ 192,40/preço unitário, Cz$ 28.860,00/preço total;

d) expurgo de material: 195m³, Cz$ 303,38/preço unitário, Cz$ 59.159,10/preço total;

e) limpeza e instalação da obra: Cz$ 40.000,00/valor total;

f) total geral: Cz$ 806.981,09.

Consta da nota fiscal de fl. 32, de 24-2-1988, o valor certo total de Cz$ 719.415,88 e, na Fatura 01/88 (fl. 33), com igual valor, ambas emitidas pela empresa *Meta* Construções Ltda., a seguinte especificação dos serviços efetuados:

a) fornecimento e assentamento de paralelepípedos – 788m² x Cz$ 620,68 = Cz$ 489.095,84;

b) fornecimento e assentamento de meio-fio – 266ml x Cz$384,59 = Cz$ 102.300,94;

c) escavação manual – 150m³ x Cz$ 192,40 = Cz$ 28.860,00;

d) expurgo de material – 195m³ x Cz$ 303,38 = Cz$ 59.159,10;

e) limpeza e instalação de obra – Cz$ 40.000,00

f) total geral: Cz$ 719.415,88.

Por sua vez, extraio do "Quadro Comparativo de Custos" (fl. 37), anexo à Informação 357/88 (fl. 36), formulado pelo engenheiro José Alberto de Souza Sena, inspetor de controle externo do Tribunal de Contas de Sergipe, que teriam sido efetivamente executados os seguintes serviços pela empresa *Meta* Construções Ltda.:

a) fornecimento, assentamento e rejuntamento de paralelepípedos: 660m², Cz$ 620,68/preço unitário, Cz$ 409.648,80/preço total;

b) fornecimento, assentamento e rejuntamento de meio-fio: 321m, Cz$ 384,59/preço unitário, Cz$ 123.453,39/preço total;

c) escavação manual: 150m³, Cz$ 192,40/preço unitário, Cz$ 28.860,00/preço total;

d) expurgo de material: 195m³, Cz$ 303,38/preço unitário, Cz$ 59.159,10/preço total;

e) limpeza e instalação da obra: Cz$ 40.000,00/preço total.

Examinando-se todos os valores acima referidos, constantes do "Quadro de Quantitativos" (fl. 21) apresentado no processo de licitação pela empresa *Meta* Construções Ltda.; da nota fiscal de fl. 32, de 24-2-1988, e da Fatura 01/88 (fl. 33), ambas emitidas pela mesma empresa *Meta* Construções Ltda.; e do "Quadro Comparativo de Custos" (fl. 37), anexo à Informação 357/88 (fl. 36), formulado pelo engenheiro José Alberto de Souza Sena, inspetor de controle externo do Tribunal de Contas de Sergipe, não há dúvida de que houve diferença entre o valor dos serviços efetivamente executados e o dos serviços pagos, este último maior que aquele, conforme passo a demonstrar contabilmente.

A nota fiscal e a fatura apresentada pela empresa contratada indicam o valor total de Cz$ 719.415,88, importância esta paga pela Prefeitura de Aracaju/SE. Ocorre que, apesar de a fatura discriminar, a título de fornecimento e assentamento de paralelepípedos, a execução de **788m²**, totalizando o valor de **Cz$ 489.095,84** (considerando o valor unitário de Cz$ 620,68), o engenheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, na perícia realizada, esclarece que foram executados, em relação ao mesmo serviço, tão somente, **660m²**, cujo valor não poderia ultrapassar **Cz$ 409.648,80** (considerando o valor unitário de Cz$ 620,68). Conclui-se que, a título de fornecimento e assentamento de paralelepípedos, **foi pago a mais Cz$ 79.447,04**, tendo em vista que foi realizado **128m²** a menos em relação à metragem indicada na fatura pela empresa *Meta* Construções Ltda.

Anoto, para que não haja qualquer dúvida, que a fatura, a título de fornecimento e assentamento de meio-fio, aponta a realização de "**266ML**" (metro linear), totalizando a importância de **Cz$ 102.300,94** (considerando o valor unitário de Cz$ 384,59). O quadro demonstrativo apresentado pelo engenheiro do Tribunal de Contas de Sergipe, por sua vez, indica que teriam sido assentados **321m**, que totalizaria a importância de **Cz$ 123.453,39** (considerando o valor unitário de Cz$ 384,59). Neste caso, adotada como correta a informação do servidor, teria a empresa *Meta* Construções Ltda., a título de assentamento do meio-fio, direito a receber **Cz$ 21.152,45**. Mas mesmo que seja feita a compensação entre esse aparente crédito da empresa e o valor recebido a mais no tocante ao fornecimento e assentamento de paralelepípedos (**Cz$ 79.447,04**), permaneceria o valor global excedente, recebido indevidamente pela empresa, de **Cz$ 58.294,59** (Cz$ 79.447,04 - Cz$ 21.152,45 = Cz$ 58.294,59).

Para informação desta Corte, o valor de **Cz$ 58.294,59**, a pedido do Ministério Público Federal, foi atualizado pelo Departamento de Polícia Federal – Instituto Nacional de Criminalística, alcançando em 31-10-2006 a

importância de **R$ 3.961,70** (**três mil, novecentos e sessenta e um reais e setenta centavos**) (fl. 782).

Estar-se-ia, assim, frente a propugnado pagamento feito a maior à empresa, por serviços alegadamente não realizados.

Ocorre que, em conformidade com o sustentado pela defesa, outros serviços teriam sido executados para compensar a pavimentação em metragem menor que a constante da fatura.

Sabe-se que, nos termos do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, ordinariamente é da defesa o ônus de provar os fatos que alegar para efeito de afastar a imputação criminal.

Em conformidade com os ensinamentos de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, "a regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit,* isto é, deve incumbir-se da prova autor da tese levantada. Se o promotor denuncia B por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a Defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de B, inverte-se o *ônus probandi*: cumprirá à defesa a prova da tese levantada. (...) Se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit acto* (...) Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade. (...) Não se deve olvidar, contudo, que o Juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra da sua imparcialidade. (...) A atividade do Juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob pena de sua desídia levá-las a um resultado desfavorável" (in: *Processo penal*. 29. ed. Saraiva, 2007. v. 3, p. 238-240).

Voltando ao caso concreto, contudo, nos interrogatórios (fls. 280/281 e 309/310) e nas alegações finais (fls. 812-821 e 827-838), os réus sustentam que a pavimentação efetuada em área menor foi compensada, embora sem termo aditivo contratual, por serviços outros, tais como conserto da rede de esgoto, totalmente danificada; recuo do meio-fio; e ramais de água e calçada em ambos os lados da via.

A referida compensação de serviços encontra-se discutida, apenas, no âmbito das provas testemunhais produzidas.

As testemunhas ouvidas fazem referência a fatos esclarecedores a respeito dos serviços não contratados originalmente, e que se dizem executados pela empresa *Meta* Construções Ltda.

Destaque-se, em primeiro lugar, os seguintes trechos do depoimento da testemunha de acusação **José Alberto de Souza Sena**, engenheiro, inspetor de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe: "realizou a fiscalização da obra mencionada. Que em suas informações indicou a existência de uma diferença referente a paralelepípedos, do número que tinha no contrato aquele que havia sido utilizado. Que no momento da inspeção realizada no local, não houve justificativa para a existência de uma diferença entre o que estava no contrato e a obra realizada, pois a obra já estava concluída. **Soube posteriormente que a Prefeitura de Aracaju apresentou justificativa ao Tribunal de Contas, informando que teria havido uma compensação decorrente da realização de obras não originalmente previstas no contrato.** (...) **Que no momento da inspeção era possível identificar a ocorrência de eventual compensação de serviços por meio de perícia. Que essa perícia não foi realizada, pois a orientação recebida era no sentido de verificar somente o cumprimento daquilo que estava no contrato.** (...) Que não se recorda se havia calçada no local inspecionado" (fls. 461/462 – destaques nossos).

A segunda testemunha de acusação, **Romero Targino Macedo**, por sua vez, declara "que em 1988 houve vários processos e nesta data o depoente era servidor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e vários processos foram rejeitados; que nesse caso era uma obra da Prefeitura, mas não recorda da obra em si, **mas dentre os vários processos lembra dessa obra do Bairro Cirurgia**; que sabe que algumas obras não foram executadas **e outras foram justificadas por ter compensado os serviços**; que conhece Roberto Sales, o qual é uma pessoa íntegra e engenheiro há muitos anos desde a antiga Companhia de Habitação Popular; (...) que a empresa Meta Construção não tinha muitas obras, pois não era uma empresa de grandes obras; que não lembra exatamente da obra, mas sabe que se tratava de pavimentação de uma pequena rua; que em função do tempo não lembra dos detalhes; (...) que não efetuou pessoalmente nenhuma inspeção nessa obra; que Jackson Barreto não voltou à Prefeitura de Aracaju, tendo sido cassado em decorrência desses processos" (fls. 551/552 – destaques nossos).

As testemunhas de acusação, se não trazem elemento seguro de convicção sobre a efetiva existência de serviços extracontratuais pela empresa de construção civil, também não são capazes de afirmar o contrário, ou seja, a efetiva inexecução, pela Meta Construções, de serviços outros não contratados e cujos valores foram compensados com aqueles correspondentes aos serviços não executados em conformidade com o contrato celebrado com a Prefeitura Municipal de Aracaju. Note-se, inclusive, haver o Tribunal de Contas se descurado da salutar providência de elaboração de constatação pericial a respeito ou não desses serviços.

Passando aos depoimentos das testemunhas arroladas por Jackson Barreto de Lima, à fl. 312, observo que **Sérgio Augusto Nascimento Smith** declara que, "na época dos fatos narrados na inicial, o depoente trabalhava como requisitado no mutirão de limpeza da cidade. Não acompanhou nenhuma

obra que a Prefeitura realizava e nada sabe dizer sobre aquela a que se refere a denúncia, mas **sabe que as obras realizadas pela Prefeitura havia uma forma de compensação de serviços**. Sabe que a Prefeitura ficava responsável pelo levantamento do tipo de solo que ia ser levantado, a necessidade de reforço, etc. Mas não sabe informar se a responsabilidade pelo reforço era da empresa contratada para a pavimentação ou da Prefeitura. **O fato é que por conta dessas necessidades, inclusive pela implementação da rede de esgotos, havia troca de serviços**. Normalmente eram procedidas reduções na pavimentação para que fossem realizadas as pavimentações" (fl. 613 – destaques nossos).

José Carlos Tavares Gentil, na respectiva assentada, afirmou que, "em face da denúncia do Ministério Público, o depoente, que à época e até hoje é engenheiro do Estado, foi convidado pelos engenheiros da Prefeitura para realizar perícia em diversas obras da Prefeitura, que segundo notícias estariam sendo feitas de forma irregular. **O depoente realizou a perícia nas obras e não encontrou nenhum desvio financeiro, mas encontrou em quase na totalidade das obras serviços que foram permutados**. Quanto às obras referentes às fls. 2 e 3, o depoente não se recorda se chegou a periciá-la. (...) **Geralmente as compensações que foram constatadas em outras obras consistiam na troca de pavimentação de paralelepípedo por redes de esgotos e canalização de águas pluviais, esclarecendo que naquela época muitas ruas eram pavimentadas sem rede de esgoto e de águas pluviais. Quando havia essas permutas realizava-se a rede de esgoto e não se fazia a pavimentação, tudo isso era feito sem documentação formal, o que constituía uma praxe na administração. As trocas eram feitas da seguinte forma: transformava-se o custo da pavimentação em drenagem**. (...) Com relação à hipótese dos autos, o depoente não sabe dizer se houve ou não um estreitamento do leito da rua para compensar com a implantação da rede de esgoto" (fl. 615 – destaques nossos).

Quanto a **José Nivaldo de Mendonça**, diz que "era fiscal da Prefeitura na época dos fatos a que se refere a denúncia. Especificadamente, em relação aos fatos narrados, o depoente em nada se recorda se tinha fiscalizado essa obra. Mas que aconteceu com ela o que acontecia com as outras, isto é, a Prefeitura contratava a pavimentação de determinada rua e a empresa contratada se responsabilizava apenas pela colocação dos paralelepípedos. **A regularização do leito da rua para poder receber a pavimentação era feito pela Prefeitura e não pela empresa. Nessa atividade, os tratores da Prefeitura costumavam arrebentar as tubulações de água e, para compensar esses prejuízos, a Prefeitura trocava com a empresa certos trechos da pavimentação pelos consertos das tubulações de água. O mais comum era tornar as ruas mais estreitas, para reduzir o custo da pavimentação**. (...) Que confirma os termos do documento de fls. 111 e 113 e que lendo agora tal documento, constata que essa vila residencial é a mesma a que se refere a denúncia. De toda a sorte, **não se lembra exatamente o que foi feito com este logradouro, mas deve ter sido feito o procedimento acima descrito, pois assim se procedia em relação a todas as obras similares**" (fl. 617 – destaques nossos).

Quanto às testemunhas arroladas pelo réu Roberto Sales Cardoso, às fls. 283/284, **Maria Cleonice Alves dos Santos**, primeira a depor, afirmou que "nunca trabalhou para a Prefeitura e acerca dos fatos narrados na denúncia tem a dizer que reside na Vila da Rua Riachuelo, entre Gararu e Ribeirópolis, desde que nasceu, e que esta travessa foi totalmente pavimentada na administração do Dr. Jackson Barreto; esclarece que a pavimentação foi concluída antes do prefeito Jackson Barreto ter deixado a Prefeitura. (...) Além das obras de pavimentação a Prefeitura **consertou a rede de esgoto e como canos de água foram quebrados** durante a obra a própria Prefeitura consertou. **Foi construída também uma calçadinha com meio-fio**. Que com a construção das calçadas foram retiradas lavanderias que ficavam na porta das casas e colocadas em outro local. (...) a depoente não se recorda o tempo de duração das obras, lembra que demoraram mas não chegando a um ano; a depoente não se lembra se as obras foram realizadas no meio, no início ou no fim do mandato; (...) não se lembra de uma entrega formal da obra, lembra-se de uma inauguração mas não se recorda se a entrega foi feita pelo prefeito ou por outra autoridade; **que quem executou a obra foi uma empresa contratada pela Prefeitura; que a depoente sabe que foi uma empresa que realizou a obra porque os operários não usavam roupas que o identificasse como funcionários da Prefeitura**, vez que quando é a mesma que realiza a obra, os funcionários trazem na roupa elementos que identificam a Prefeitura" (fls. 668/669 – destaques nossos).

Por último, a testemunha **Maria Valdelice Alves Meneses**, no seu depoimento, disse "que reside na Vila da Rua Riachuelo, entre Gararu e Ribeirópolis, e que esta travessa foi totalmente pavimentada na administração do Dr. Jackson Barreto; esclarece que a pavimentação foi concluída antes do Prefeito Jackson Barreto ter deixado a Prefeitura, cujo mandato não chegou a concluir, por força de um impedimento, decretado pela Câmara Municipal. (...) na época foi realizado o desentupimento da rede de esgoto, **levantada a rede de água, bem como o nível da rua e colocado o meio-fio**, a pedido dos próprios moradores; **que também foi construído o passeio**. (...) não se recorda quanto tempo durou a obra, mas recorda-se que foram mais de dois meses; que essas obras foram realizadas no meio do mandato do prefeito" (fl. 700 – destaques nossos).

Dos depoimentos das testemunhas de defesa, portanto, é possível abstrair-se que, de fato, foram executados esses serviços, que ensejaram a apontada compensação dos serviços contratados por outros não licitados, em valor compatível com o desembolso efetuado.

Frise-se, mais uma vez, que o valor da diferença apurada pelo Instituto Nacional de Criminalística, de meros R$ 3.961,70, em 31-10-2006 (fls. 780/782), revela-se perfeitamente compatível com a execução de outros pequenos e singelos serviços, ainda que sem expressa previsão contratual.

Aliás, em reforço da conclusão acima, mesmo considerando a manifestação contida no Parecer 1.079, de 12-9-1988, assinado pelo eminente ministro **Carlos Ayres Britto**, à época procurador do Tribunal de Contas do Estado de

Sergipe, verifica-se que aquela Corte de Contas em momento algum excluiu a possibilidade de execução de serviços outros não contratados, limitando-se a aferir, sob o aspecto formal, a existência de pagamento a maior, considerando os serviços contratados efetivamente executados, *verbis*:

> Neste processo, CCI atesta a existência de obra pública em desconformidade com o respectivo contrato. A desconformidade está em que os quantitativos executados ficaram aquém da prestação obrigacional da empreiteira, que, não obstante, recebeu todo o numerário correspondente ao cumprimento cabal do contrato. Não houve aditivo contratual nem prova de compensação das despesas com outros encargos da empreiteira.
>
> Vê-se, pois, que ao locupletamento indevido da empreiteira correspondeu um efetivo prejuízo à Fazenda Pública. Prejuízo que a CCI quantifica em Cz$ 145.859,80, a preços da época, conforme relatório de fl. 30.
>
> Somos pela glosa da despesa excedente e condenação do seu ordenador à reposição do *quantum* indevidamente pago. Ainda mais, pronunciamo-nos pelo encaminhamento da matéria à Egrégia Câmara de Vereadores e à Procuradoria-Geral da Justiça, para as providências que lhes competirem.
>
> É o parecer, s.m.j.
>
> Aracaju, 12-9-88
>
> *Carlos Ayres Britto*
>
> Procurador TC-01.
>
> (Fl. 63.)

Observo, ainda, que o Ministério Público Federal, ao dar parecer pela absolvição dos denunciados, traz notícia do julgamento, nesta Corte, da AP 365-6/SE, relator o ministro **Marco Aurélio**, *DJ* de 12-5-2006, em que o primeiro denunciado, Jackson Barreto de Lima, foi absolvido por crime análogo.

Não se verifica, portanto, a presença, *in casu*, do núcleo essencial do tipo (seja ele do crime de peculato ou do crime específico previsto no inciso I do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967), qual seja, apropriar-se o agente público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Descabido, portanto, na espécie, o reconhecimento da figura típica assemelhada ao peculato-desvio, prevista na Lei de Responsabilidade dos prefeitos e vereadores, que exige que dê o agente público à coisa destinação diversa, em proveito seu ou de outrem.

Igualmente ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo essencial à configuração do delito imputado aos réus. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida à apropriação do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que se tem a posse em razão do cargo. Pressupõe o tipo, na modalidade do denominado peculato-desvio, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de empregar a coisa em fim diverso daquele a que destinada), do dolo específico como denomina a doutrina clássica ou elemento subjetivo do tipo específico: a intenção de proveito próprio ou de outrem.

Em julgado no qual se discutiu a tipicidade de infração semelhante imputada a prefeito, destacou o relator, ministro **Ayres Britto** (Inq 2.646/RN, Tribunal Pleno, *DJE* de 7-5-2010), o que segue:

> 16. Todavia, esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o erário. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto.
>
> 17. Hely Lopes Meirelles, em seu clássico *Direito Municipal Brasileiro* (RT, 1985, p. 587/588), no mesmo tom, sustenta que as figuras típicas do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967:
>
> > (...) só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem (...) Mas em se tratando de crime contra Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir.

Em voto-vista de minha relatoria no Inq 2.027/RO, ao analisar igual questão atinente ao elemento volitivo do tipo, já tive a oportunidade de destacar que, na verdade, se não se pode, pura e simplesmente, imputar ao governador de Estado (ou, como no caso, ao prefeito municipal) a responsabilidade pela execução dos convênios que assina, por outro lado, não se pode deixar de identificar ser o denunciado igualmente o responsável jurídico pelo convênio.

A pergunta que aqui me parece necessária, então, é saber se o fato de aparecer o primeiro denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que os serviços tenham sido substituídos, conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado sem que se esteja adentrando no campo da responsabilidade objetiva.

Mestre **Aníbal Bruno** ensinou faz tempo que o "resultado típico de dano ou de perigo para um bem jurídico tutelado pela lei penal conduz a ordem jurídica a procurar a vontade geradora desse resultado", e, ainda, que o direito penal "é conceitualmente um Direito Penal da Culpabilidade", e, depois de mencionar Mayer, afirma que a "condenação da responsabilidade pelo resultado e essa exigência da responsabilidade pela culpabilidade vieram como produto de um processo longo de criação jurídica, que ainda hoje não chegou ao seu termo",

lembrando que nas origens "houve uma fase de pura responsabilidade objetiva" (*Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense. v. I, tomo 2, p. 23/24).

Não é por outra razão que **Nilo Batista** indica que o "princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas, deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável". Para esse jurista, escapar da responsabilidade objetiva impõe que para "além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena". De fato, diz **Nilo Batista**, "o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre a conduta a um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma 'a culpabilidade não se presume', que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: a culpa não se presume. A responsabilidade penal é sempre subjetiva" (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 4. ed. Revan, p. 103/104).

De igual modo, **Rogério Greco** assinala, invocando a lição de Nilo Batista, "que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva" (*Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed., 2004, Impetus, p. 100).

Veja-se que, ainda recentemente, esta Suprema Corte decidiu, sendo relatora a ministra **Cármen Lúcia**, que a ausência de provas da frustração dolosa do caráter competitivo da licitação conduz ao resultado de improcedência da ação com a absolvição do réu (AP 430/RS, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-9--2008). Na ocasião, o eminente ministro **Menezes Direito** assinalou que "o réu não praticou a conduta apontada na denúncia, sendo certo que a prova dos autos indica que ele não participou diretamente da condução do processo licitatório". Ou seja, não é possível aceitar que o agente do ilícito responda ainda que agindo com ausência de dolo ou de culpa.

No HC 84.620/RS, de relatoria da eminente ministra **Ellen Gracie**, Segunda Turma, *DJ* de 12-10-2004, ficou claro que, por "eventual irregularidade na prestação de informações à autoridade judiciária sobre registros de consumidor, em bancos de dados, deve ser responsabilizado, penalmente, o funcionário responsável, e não o presidente da instituição", trancando-se então a ação penal.

Veja-se que, no caso, em consonância com o termo de contrato c/ carta convite, o órgão executor é a Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo de Aracaju (fl. 10 – cláusula quarta, item 4.1.). Com isso, caberia, em tese, ao executor do contrato, perfeitamente identificado, o controle da execução, o que incluiria, certamente, a aplicação tal como prevista, vedada a utilização dos recursos para o pagamento de outras obras em substituição a serviços não executados. E, ainda, ressalto que o órgão apontado como executor não está no âmbito da denúncia que aponta, ao revés, para o secretário de Obras e Urbanismo como tendo igualmente autorizado o repasse para a conta da empresa *Meta* Construções Ltda. (fl. 16). Isso quer dizer que a denúncia identificou especificamente aquele que seria o responsável pelo fato típico, ou seja, pela liberação dos valores na conta do Município.

Com isso, o fato de aparecer o denunciado, então prefeito municipal, como responsável pelo pagamento da parcela contratualmente ajustada, não tem o condão de transformá-lo em agente do ilícito. Na minha concepção, respeitando, embora, a daqueles que entenderam em sentido oposto, não identifico, nos autos, indício de prova fora da responsabilidade penal objetiva, ou seja, indício concreto de que o denunciado tenha participado de qualquer ato que ensejasse sua intervenção corretiva para impedir a prática do delito (art. 13, § 2°, do Código Penal). De igual modo, não há indício algum de que tenha determinado esse procedimento irregular.

O fato é que o exercício do cargo de prefeito municipal apresenta riscos próprios, sem dúvida, mas essa circunstância, ao meu sentir, não faz com que haja responsabilidade penal se não se demonstra, efetivamente, um mínimo de indícios de que teve participação no ato apontado como ilícito. O risco por si só, decorrente do fato de ter assinado o contrato e a nota de empenho, não é suficiente para a responsabilidade penal, que seria, portanto, objetiva, o que é rechaçado por nosso ordenamento jurídico. Veja-se, e revelo ainda uma vez, que, embora tenha assinado o contrato e a autorização de pagamento e nele figure como responsável, o que é inerente à natureza do cargo que exercia, não era ele o executor do ajuste e, portanto, não é ele o responsável direto pelo controle de sua execução. Não cabia ao prefeito municipal gerenciar as obras, verificando-lhes a exatidão nas medições, assim como detectar eventual execução de serviços que não tenham sido expressamente previstos, para somente então autorizar os repasses das verbas oriundas do contrato ao prestador do serviço. Essa extensão pretendida pela denúncia é, pelo menos no meu entender, uma configuração da responsabilidade objetiva, não recebida por nosso direito positivo.

Não há, ademais, mesmo se cogitando de peculato-desvio, a tipificação dessa infração se o agente mudar o destino da coisa em proveito da própria administração, caso em que poderá configurar-se o crime de "emprego irregular de verbas públicas" (CP, art. 315). Nesse sentido é a doutrina de **Nelson Hungria** (*Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 8, p. 347), **Damásio de Jesus** (*Direito penal*: parte especial. 13. ed., São Paulo: Saraiva,

2005. v. 4, p. 131) e **Guilherme Nucci** (*Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: *RT*, 2008. p. 1043).

A hipótese, portanto, quando muito, poderia ensejar eventual tipificação de algum dos crimes previstos nos incisos III, V e XI do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, assemelhado ao crime de "emprego irregular de verbas ou rendas públicas", tipificado no art. 315 do Código Penal, no qual, segundo a lição de **Nelson Hungria**, "diversamente do que ocorre no peculato, o sujeito ativo, na espécie, não visa a locupletar-se ou a outrem, em detrimento da Fazenda Pública, pois os dinheiros, embora irregularmente, são empregados em benefício da própria administração pública. Ainda mesmo que o agente venha a ser indiretamente favorecido, não haverá mudança do título do crime. Assim, *v.g.*, o prefeito que lança mão da verba destinada à construção de uma ponte, para aplicá-la na construção de um jardim na praça onde tem a sua casa de residência, incorre nas penas do art. 315, e não do art. 312" (*Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 356).

Do mesmo teor, o entendimento de **Heleno C. Fragoso**, no sentido de "não haver para o Estado qualquer dano patrimonial. Não há subtração nem apropriação de dinheiros públicos. As verbas ou rendas públicas são aplicadas no interesse da própria Administração, porém em fim diverso do que é previsto em lei. A aplicação das verbas ou rendas para fins particulares (em proveito próprio ou alheio) seria peculato. Trata-se, fundamentalmente, de perturbação do regular funcionamento da Administração Pública, que exige a aplicação dos fundos públicos em sai destinação legal" (*Lições de direito penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1959. v. 4, p. 899).

Igualmente incabível cogitar-se de eventual subsunção da conduta imputada ao réu ao novo tipo penal previsto no art. 359-D do Código Penal, instituído que foi pelo art. 1º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, inaplicável à hipótese por força do disposto no art. 1º do Código Penal.

Desnecessário, finalmente, nesta altura, quando já consumada a prescrição da pretensão punitiva por infração a esse preceito de lei, na forma dos arts. 107, IV, 109, IV e parágrafo único, e 110, § 2º, do Código Penal (em conformidade com sua redação anteriormente à vigência da Lei 12.234, de 2010), considerando o prazo transcorrido entre o fato, fevereiro de 1988 (fl. 33), e o recebimento da denúncia pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 20 de maio de 1999 (fls. 133-135), bem como entre essa última e a presente data, cogitar da *mutatio libelli* prevista no art. 384 do Código de Processo Penal, para possibilitar ao Ministério Público Federal o aditamento da denúncia.

Ante o exposto, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, julgo improcedente o pedido para absolver os réus da imputação de violação do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, c/c o art. 29 do Código Penal.

É o voto.

EXTRATO DA ATA

AP 372/SE — Relator: Ministro Dias Toffoli. Revisor: Ministro Celso de Mello. Autor: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-geral da República). Réus: Jackson Barreto de Lima (Advogados: Luiz Hamilton Santana de Oliveira e Mauricio Santana de Lima) e Roberto Sales Cardoso (Advogado: Edvaldo Vieira Messias).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos dos votos do relator e do revisor, julgou improcedente a ação e absolveu os acusados. Ausente, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 16 de dezembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 — DF

Relator: O sr. ministro Ayres Britto

Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessado: Partido Democrático Trabalhista – PDT

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997.

1. Situação de extrema urgência, demandante de providência imediata, autoriza a concessão da liminar "sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado" (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, *ad referendum* do Plenário.

2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão", liberdade de "informação". Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso à informação" (inciso XIV).

3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de

imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística" (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução "humor jornalístico" enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.

6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer constrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral,

também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de "restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei" (inciso III do art. 139).

7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de "outorga" do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

9. Suspensão de eficácia da expressão "ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes", contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.

10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a liminar, o que fazem por maioria

de votos, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal 9.504, de 30-9-1997, contra os votos dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Tudo em sessão presidida pelo ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o presidente.

Brasília, 2 de setembro de 2010 — Ayres Britto, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Ayres Britto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert). Ação que impugna os incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997, assim vernacularmente postos:

> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:
>
> (...)
>
> II – **usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito**;
>
> III – veicular propaganda política **ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes**.
>
> (Sem destaques no original.)

2. Pois bem, argui a requerente que "tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de difundir opinião favorável ou contrária a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral". Pelo que toma corpo intolerável violação aos incisos IV, IX e XIV do art. 5º e ao art. 220, todos da Constituição Federal.

3. Segue o autor na mesma linha de raciocínio para dizer que, não obstante "o pretenso propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (...) constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio". Isso porque "a ideia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe, a existência de um livre, aberto e robusto mercado de ideias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação". Pelo que os dispositivos legais impugnados, "ao criar restrições e embaraços *a priori* à liberdade de informação jornalística e à livre

manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão (...), instituem verdadeira censura de natureza política e artística".

4. Ainda compõem o arsenal argumentativo do requerente as considerações de que: a) o sistema constitucional da liberdade de expressão abrange as dimensões substantiva e instrumental; b) o fato de a radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) constituir serviço público "não representa um fator relevante de diferenciação em relação a outros veículos de comunicação social, no que se refere à proteção das liberdades de expressão, imprensa e informação"; c) sob o ângulo do postulado da proporcionalidade, a lisura que é própria do regime jurídico das eleições populares não justifica as restrições veiculadas pelos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997 à liberdade de informação jornalística, por se tratar de restrições patentemente inadequadas e excessivas. Daí requerer "seja declarada a inconstitucionalidade integral do inciso II e de parte do inciso III (isto é, da expressão *ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*) do art. 45 da Lei federal 9.504/1997". Sucessivamente, pleiteia que o Supremo Tribunal Federal dê "interpretação conforme a Constituição" aos dispositivos impugnados para afastar do ordenamento jurídico: a) "interpretação do inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações"; b) "interpretação do inciso III do art. 45 da Lei n. 9.504/97 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar a crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais".

5. Pois bem, em decisão de 26 de agosto de 2010, deferi parcialmente a liminar. Decisão que agora trago à apreciação deste Plenário.

É o relatório.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.451-MC-REF/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert (Advogados: Gustavo Binenbojm e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União). Interessado: Partido Democrático Trabalhista – PDT.

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, foi o julgamento suspenso. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae*, o dr. Miro Teixeira e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto,

Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 1º de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Feito este relato do processo, passo à decisão. Fazendo-o, começo por dizer que optei pelo exame monocrático da questão, *ad referendum* do Plenário e "sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado" (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), por entender que a situação retratada nos autos era de extrema urgência, a demandar providência imediata. Como estamos em pleno envolver do período eleitoral, a tramitação rotineira para a tomada de decisão terminaria por esvair a utilidade da medida cautelar requerida.[1] Nesse sentido, citei o precedente da ADI 4.307-MC, em que o Plenário referendou decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, dada a marcante urgência do caso.

8. Analisei, portanto, o pedido de medida liminar. Ao fazê-lo, expus a seguinte fundamentação:

> (...) pontuo, de saída, não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha**. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão"; liberdade de "informação". Liberdades, ressalte-se, constitutivas de verdadeiros **bens de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso à informação" (inciso XIV). Liberdades, enfim, que bem podem ser classificadas como **sobredireitos**, sendo que a última delas (acesso à informação) ainda mantém com a cidadania o mais vistoso traço de pertinência, conforme, aliás, candente sustentação oral do jurista e deputado Miro Teixeira quando do julgamento plenário da ADPF 130.
>
> 7. Com efeito, são esses eminentes conteúdos que fazem da imprensa em nosso País uma instância sociocultural que se orna de "plena" liberdade (§ 1º do

[1] Sem falar que após a edição da Lei 9.504/1997: a) o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADPF 130, pela não recepção da Lei 5.250/1967, com fundamento na liberdade de imprensa; b) a Lei 12.034/2009 acrescentou os §§ 4º e 5º ao art. 45 da Lei das Eleições, conceituando montagem e trucagem.

mesmo art. 220 da Constituição). Plenitude, essa, constitutiva de um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado da nossa evolução político-institucional, pois o fato é que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes *do papel*, a imprensa termina por manter com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. Estou a falar que a presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso. Um *abrir mão* que repercute pelo modo mais danoso para a nossa ainda jovem democracia, *necrosando* o coração de todas as outras liberdades. Vínculo operacional necessário entre a imprensa e a democracia que Thomas Jefferson sintetizou nesta frase lapidar: "Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais, ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a última solução". Pensamento que a própria Constituição norte-americana terminou por positivar como a primeira das garantias individuais da 1ª emenda, *verbis*:

> O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; **ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa**, *ou o direito do povo de se reunir*.

8. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa, portanto, o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico, diga-se, que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de **humorismo** (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que *não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela* (cito de memória). Logo, a previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

9. Relançando ou expondo por outra forma o pensamento, o fato é que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística" (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que a ela, imprensa, é assegurada pela Constituição até por forma literal (já o vimos). Dando-se que **o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado**. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, V. Equivale a dizer: a crítica jornalística

em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial da coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução "humor jornalístico" é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que **João Elias Nery**, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas (*Charge e caricatura na construção de imagens públicas*, PUC, São Paulo, 1998). São, nas palavras de **Marques de Melo**, mecanismos estéticos de informação sobre realidades públicas (*Jornalismo opinativo*, São Paulo, Mantiqueira, 2003). Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras *tiradas* de espírito, como essa do genial cronista **Sérgio Porto**, o **Stanislaw Ponte Preta**: "a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento".

10. Daqui se segue, ao menos nesse juízo prefacial que é próprio das decisões cautelares, que a liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer constrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Seria até paradoxal falar que a liberdade de imprensa mantém uma relação de mútua dependência com a democracia, mas sofre contraturas justamente na época em a democracia mesma atinge seu clímax ou ponto mais luminoso (refiro-me à democracia representativa, obviamente). Sabido que é precisamente em período eleitoral que a sociedade civil em geral e os eleitores em particular mais necessitam da liberdade de imprensa e dos respectivos profissionais. Quadra histórica em que a tentação da subida aos postos de comando do Estado menos resiste ao viés da abusividade do poder político e econômico. Da renitente e triste ideia de que os fins justificam os meios. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. **Até porque processo eleitoral não é estado de sítio** (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a nossa Constituição toma como fato gerador de "restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei" (inciso III do art. 139).

11. É de se perguntar, então: seriam inconstitucionais as vedações dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997? Não chego a tanto **quanto ao inciso III**, ao menos neste juízo provisório. É que o próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. Tanto assim que o art. 223 da Magna Carta estabelece competir *ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens*. Enquanto isso, o § 6º do art. 220 da Constituição impõe que *a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.* **Daí o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 22.874/2008) haver decidido que o rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de "outorga" do Estado e prestados mediante a utilização de um bem**

público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

12. Feitas estas considerações de ordem sumária (dado que sumária é a cognição das coisas em sede de decisão cautelar), tenho que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997 comporta uma interpretação conforme à Constituição. Diz ele: "É vedado às emissoras de rádio e televisão *veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*". **Ora, apenas estar-se-á diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral**. **Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre *a posteriori*, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia**.

13. Por fim, quanto ao inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997, tenho por necessária a suspensão de sua eficácia. É que o dispositivo legal não se volta, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. Suspensão de eficácia, claro, que não imuniza tal setor de atividade jornalística quanto à incidência do inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997, **devidamente interpretado conforme a parte deliberativa desta decisão**.

14. Ante o exposto, **defiro parcialmente a liminar**, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e conferir ao inciso III do mesmo dispositivo a seguinte interpretação conforme à Constituição: considera-se conduta vedada, aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalísticas que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o "princípio da paridade de armas".

9. Muito bem. Essa é a decisão que trago à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com a proposta de que seja ela referendada.

10. É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Senhor presidente, em decisão de 26 de agosto de 2010, deferi parcialmente a liminar, e é exatamente essa decisão que trago agora à apreciação deste Plenário.

Vou tentar fazer uma síntese do voto, oralizando mais do que lendo. Talvez facilite a compreensão.

A primeira pergunta que me fiz, quando recebi a petição de ingresso, 24 horas antes da decisão monocrática que tomei, a primeira consideração que fiz foi saber se humor, ou programa de humor, constituía atividade de imprensa, saber se o humor fazia parte das chamadas relações de imprensa, se ele constituía um estilo, um modo de fazer imprensa, porque, se a resposta fosse afirmativa, eu teria que aplicar às minhas reflexões as coordenadas, ou o conteúdo mesmo da decisão plenária que proferimos na ADPF 130. Decisão de mérito, consagradora da liberdade de imprensa ou da liberdade de informação jornalística. Afinal, a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa, não é uma fórmula prescritiva oca; tem conteúdo. E os conteúdos da liberdade de imprensa ou de informação jornalística são resumidamente aqueles que já se encontram de alguma forma no art. 5º da Constituição: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, e liberdade de acesso à informação, ou acesso desembaraçado à informação.

A novidade, em rigor, foi o uso do substantivo "criação", agregado pelo art. 220 a esse rol de liberdades fundamentais, com o que o art. 220 se revelou um prolongamento dos direitos fundamentais do art. 5º na matéria, fazendo das liberdades que lhe dão conteúdo uma espécie de sobredireitos, porque, quando o art. 220 retoma o discurso do art. 5º, é para expandir, para reforçar esse discurso. De modo que aquilo que já era "livre" pelo art. 5º, tornou-se "pleno". Na linguagem do art. 220, versante sobre a comunicação social em nosso País, o que era livre se tornou pleno. Esse adjetivo "pleno" está no § 1º do art. 220, compondo a locução: "é plena a liberdade de informação jornalística".

E aí, senhor presidente, depois de entender que a matéria era tipicamente constitutiva de atividade de imprensa, optei pelo exame monocrático da questão, *ad referendum* do Plenário. Vale dizer:

> (...) sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.
> (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999.)

E optei pelo exame monocrático por entender que a situação retratada nos autos era, como de fato é, de extrema urgência. A demandar, portanto, providência imediata.

Estamos no evolver, em pleno evolver do período eleitoral, e a tramitação rotineira para tomada de decisão pelo Plenário terminaria por esvair a utilidade da medida cautelar requerida.

Foi nesse sentido que eu citei, na minha decisão, o precedente da ADI 4.307-MC, em que o Plenário referendou decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, devido à marcante urgência do caso. Vistosa urgência.

Ministra Cármen Lúcia, salvo engano, Vossa Excelência suspendeu, cautelarmente, dispositivo de uma emenda constitucional sobre a questão dos vereadores que pretendiam – suplentes de vereadores – se investir na titularidade de cargos ainda não existentes.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Naquele caso, senhor ministro, as posses estavam marcadas para sexta, sábado e domingo. Como eu recebi na quinta-feira, não havia uma quarta-feira que eu pudesse trazer a Plenário. Daí por que entendi que era excepcional, realmente, pela inexistência, pela superveniência da emenda constitucional. É exatamente este o caso.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas eu fiz também, ainda que rapidamente, um rastreamento de precedentes da Casa sobre medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade e encontrei um suporte tranquilo, pacífico, para a decisão que eu estava em vias de tomar. Desse rastreamento que fiz, encontrei decisões monocráticas em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a eficácia das normas então impugnadas. Eram processos da relatoria do ministro Celso de Mello, Sepúlveda Pertence; em arguição de descumprimento de preceito fundamental, encontrei do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não me comprometa, Excelência!

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não. Eu encontrei aqui, Excelência, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, em medida cautelar. Será que fiz uma pesquisa equivocada?

O sr. ministro Marco Aurélio: Não sei em que quadra o fiz, porque observo que a atuação individual é sempre excepcional.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Claro. E ninguém está dizendo o contrário.

O sr. ministro Marco Aurélio: Digo em que quadra, considerado o tempo.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas eu encontrei na ADPF 10.072.

O sr. ministro Marco Aurélio: A previsão da lei de regência remete ao recesso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É o caso do aborto do feto anencéfalo, acho que o ministro Marco Aurélio decidiu.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, estou lembrado. Atuei no mês de julho do ano de 2004, no mês de férias em que o Colegiado não estava reunido.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Ministro Marco Aurélio, eu apenas estou fazendo um retrospecto do que consta dos anais da Casa. Encontrei do ministro Joaquim Barbosa, do ministro Sepúlveda Pertence e fiquei confortado para dar a decisão monocrática, e, agora, submeter à apreciação da Corte.

Senhores ministros, eu concedi a cautelar para, primeiramente, suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504 e para imprimir interpretação conforme ao inciso III do art. 55. Vou ler os textos para Vossas Excelências. Art. 45 da Lei 9.504:

> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

Ou seja, o âmbito de incidência da norma, no plano dos seus destinatários, dos seus sujeitos jurídicos, alcançava as emissoras de rádio e televisão exclusivamente: "é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário".

Logo, tanto na programação normal das emissoras de rádio e televisão quanto no noticiário. Uma proibição o mais abrangente possível no plano das atividades desse segmento da imprensa brasileira. O segmento eletrônico da imprensa brasileira é constituído por rádio e televisão.

> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:
>
> (...)
>
> II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

Esse dispositivo teve o seu âmbito material de incidência ampliado pelos §§ 4º e 5º do mesmo art. 45, parágrafos introduzidos pela Lei 12.034, que é de 2009. Aliás, uma das razões pelas quais resolvi decidir monocraticamente foi a superveniência dessa lei, que introduz no ordenamento jurídico brasileiro uma novidade: ela, na verdade, conceituou trucagem e montagem, fazendo com que uma lei de 2007 experimentasse uma reforma no seu conteúdo. Além do que, também em 2009, este Plenário decidiu sobre a liberdade de imprensa a propósito da prefalada ADPF 130. Foram duas novidades, portanto, formais no ordenamento jurídico brasileiro, embora uma no plano jurisprudencial e outra no plano normativo propriamente dito.

Além dessas duas novidades, posteriores à edição da Lei 9.504/1997, os fatos sinalizavam um exame urgente da questão. Toda a imprensa brasileira noticiou a passeata, no Rio de Janeiro, de pessoas que profissionalmente se dedicam ao humorismo televisivo e radiofônico no Brasil e que se sentiam constrangidas nessa atividade de humor eminentemente crítica e artística, sabido que o humor tem, de fato, essa compostura. Ele traduz informação, opinião crítica e, ao mesmo tempo, revela tiradas de espírito, revela talento criativo e isso já faz parte da atividade artística propriamente dita.

Daí por que no meu voto chego a citar pessoas que se notabilizaram no Brasil exatamente pelo humor, enquanto expressão de arte e de opinião crítica: Ziraldo, uma delas, escritor notável, e o pranteado Stanislaw Ponte Preta, entre outras pessoas.

Mas o fato é que quando a lei diz: "usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo" – ou outro recurso, fora da trucagem e da montagem – "que, de qualquer forma," – ou seja, por qualquer processo – "degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação ou produzir ou veicular programa com esse efeito;" no âmbito de um *caput* que diz "programação normal e noticiário" de rádio e televisão, eu entendi, como continuo entendendo, que o dispositivo adversado não apenas restringe, censura o humor, como o humor,

em si mesmo, em programa específico, qualquer programa de humor, como o humor em qualquer programa, ainda que esse programa não seja de humor, seja um noticiário, seja um comentário; quer dizer, não se coibiu o humor, nessa linguagem aqui do artigo, quando o programa for especificamente humorístico, mas em qualquer programa ou qualquer noticiário que descambe para o humor.

Achei de uma gravidade maior, e, por isso, suspendi a respectiva eficácia. E ainda o fiz, com mais tranquilidade intelectual, porque os §§ 4º e 5º agregam a expressão "alterar a realidade". Quer dizer, não basta que a trucagem, a montagem ou outro recurso, por qualquer forma, degrade ou ridicularize um candidato, mas também, segundo a definição introduzida pelos §§ 4º e 5º, que o resultado seja de alteração da realidade. O que é alterar a realidade? Parece-me uma licença semântica, um elastério semântico absolutamente incompatível com a natureza dos direitos fundamentais que dão conteúdo à liberdade de imprensa, porque se fosse de conteúdo aberto ou de textura linguística aberta para proteger direitos, tudo bem, mas para consagrar restrições, limitações, proibições, pareceu-me, também, oportuno e até necessário para uma decisão, ainda que monocrática, suspensiva da eficácia da norma.

Mas me preocupei em conciliar as coisas e parti para o número III. Não considerei o inciso de número III inconstitucional, preservei esta expressão: "veicular propaganda política", até porque esta expressão "veicular propaganda política" não foi impugnada na ação direta de inconstitucionalidade. E me parece correto "veicular propaganda política", mas o perigo está na continuidade do dispositivo. A continuidade é esta: ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Ora, isso é uma censura direta à crítica, à opinião ainda que não constitutiva de veiculação de propaganda política, porque o dispositivo tem dois núcleos significativos ou deônticos. Primeiro, veicular propaganda política. Muito bem. Mas vem o segundo: o difundir opinião, mesmo que não constitutiva de propaganda política. O difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

Então, dei uma interpretação conforme para deixar claro que não se pode entender, difundir, opinião favorável ou contrária a candidato, senão enquanto veículo de propaganda política nítida. Por quê? Porque devemos preservar o princípio republicano da paridade de armas. E, considerando que rádio e televisão são concessões, são serviços públicos concedidos, ou permitidos ou autorizados, de fato, o equilíbrio de forças ou a paridade de armas, o princípio republicano que deve presidir o processo eleitoral, que é competitivo por excelência, resultaria vulnerado.

Por isso, dei uma interpretação conforme para deixar claro que só se considera conduta vedada, sempre aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, porque senão seria censura prévia; a aferição se faz sempre *a posteriori*. A veiculação por emissora de radio e televisão de crítica ou matérias jornalísticas que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente,

a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o princípio da paridade de armas.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Encampando candidatura.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito.

Nos editoriais dos programas das televisões, das emissoras de rádio, é possível, sim, fazer crítica, comentário crítico, ainda que contundente contra determinado candidato. O que não pode é encampar, patrocinar candidatura.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, já que Vossa Excelência nos faz a gentileza de esclarecimento, fica reduzida a restrição a quê?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): A restrição é a emissora de rádio ou de televisão, pela sua natureza de concessão, patrocinar uma determinada candidatura, encampar uma determinada candidatura e bancar uma determinada candidatura.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ou seja, veicular propaganda política?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não, veicular propaganda política não pode, até porque isso ficou preservado.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não foi questionado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas estou querendo, exatamente, saber o quê, na sua interpretação, não pode.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Ah, entendi o que Vossa Excelência quer dizer: contanto que não veicule propaganda política.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Quero saber o quê, na sua interpretação conforme à Constituição, sobra aqui como restrição. É isso que eu quero saber: veicular propaganda política?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não pode.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não pode, mas isso já está na primeira parte da norma. Quero saber em relação à segunda parte da norma, o que sobra de restrição, se é que sobra algo.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu quis dizer o seguinte: Excelência, o número III diz "veicular propaganda política", uma coisa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Uma coisa. Segunda?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): "Ou difundir opinião favorável contrária a candidato".

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Que não é veicular propaganda política.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não, aí eu digo que só é proibido se significar uma nítida veiculação de propaganda política.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas isso já está na primeira parte da norma. Quero saber o quê, porque, como Vossa Excelência está propondo interpretação conforme, quero saber o que fica excluído da segunda norma.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu queria dizer, Excelência, que comentar pode, criticar pode, o sentido é esse.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Li também a decisão do ministro Ayres Britto e, na linha do que agora falou o ministro Celso de Mello, em relação à expressão inicial "veicular propaganda política", creio que não há nenhuma dúvida quanto à proibição.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não há.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Em relação à segunda:

> veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, a seus órgãos ou representantes;

Tenho a impressão de que não é o caso de fazer interpretação conforme, mas, simplesmente, de suspender a vigência dessa norma.

A sra. ministra Cármen Lúcia: É exatamente o que eu vou propor.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Estou tentando mostrar que não sobra nada.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Até porque o tratamento privilegiado de que fala Sua Excelência, ministro Ayres Britto, já está proibido também.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Na primeira parte.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E no inciso IV, de maneira expressa:

> IV – dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação.

Se, a pretexto de se fazer eventual crítica editorial, tiver um abuso, a própria lei já veda, de forma expressa, no inciso IV.

De modo que, a minha tendência, apenas pensando alto, diante da dificuldade de se identificar norma que não devesse ser suspensa no inciso III. É uma proposta. Eu ficaria apenas com a proibição: "veicular propaganda política".

A sra. ministra Cármen Lúcia: Só, até porque não sobra nada para ser conforme a Constituição.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Os demais seriam supressos expressamente do texto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas isso é que eu estou tentando demonstrar: que não sobra nada para se dar interpretação conforme. É totalmente inaproveitável.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Excelências, eu não me oponho de jeito nenhum. O que eu quis deixar claro é que se pode criticar, que se pode opinar.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É só tirar tudo.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu não me oponho a uma decisão do Colegiado, eu não queria era monocraticamente considerar inconstitucional, mas, colegiadamente, eu o faço com a maior tranquilidade.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque nós só estamos suspendendo os efeitos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Até porque a preocupação manifestada por Vossa Excelência, de alguma forma, já está contemplada no inciso IV, quando veda o tratamento privilegiado, quer dizer, a desigualdade.

A sra. ministra Cármen Lúcia: A paridade de armas está devidamente resguardada aí.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Que é a preocupação quanto a um eventual abuso no exercício do poder de crítica.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Desde que o Tribunal deixe claro que pode haver comentário, crítica, estou de pleno acordo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que o ministro Cezar Peluso está manifestando – corresponde também à minha reflexão – é que não se pode saber que parte estaria excluída ou não da interpretação conforme.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Então, ministro Cezar Peluso, Vossa Excelência está propondo que se considere inconstitucional toda a parte sobejante.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Inconstitucional, não; apenas suspensa cautelarmente.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Estou de pleno acordo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu pergunto, apenas para reflexão: o móvel dessa ação direta de inconstitucionalidade é permitir a veiculação de sátiras, charges, programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticas. O que este inciso, em particular, impede que essa atividade humorística seja exercida?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ele está impugnado expressamente na ação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu pergunto: qual a relação entre o móvel dessa ação direta de inconstitucionalidade e esse dispositivo?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas está impedindo, data vênia.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Está atacando a norma, ministro. Porque está atacando a norma, é irrelevante. Está atacando a norma.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Aí tem um dado, a título de emitir uma opinião, pode-se emitir no sentido de que realmente leve a uma desmoralização, enfim, a uma brincadeira, que é o que se está tentando com essa norma.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu pensei muito nisso. O nosso Código Penal já criminaliza essas ofensas à honra, caracterizadoras de difamação, de injúria, de calúnia.

A sra. ministra Cármen Lúcia: De todos, porque a dignidade da pessoa humana não é só para candidato.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito, a dignidade da pessoa humana está tutelada pelo Código Penal pelas suas três formas clássicas, e pelo Código Eleitoral também.

Então, eu achei por bem, e submeto ao referendo da Corte, considerar inconstitucional todo o inciso II, em sede cautelar, suspendendo a respectiva eficácia.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: A segunda norma do inciso III.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Agora, eu também entendo, Excelência, que esse é um tema muito delicado, porque depende muito das nossas pré-compreensões, das nossas pré-interpretações, dos nossos condicionamentos e da própria noção que se tenha de institutos básicos. Por exemplo: há quem veja a eleição como estorvo, como percalço, como algo que atrapalha a vida do País. Eu vejo eleição como uma festa da democracia; não é um velório.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: De Deus?

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito. Eleição é um período em que a liberdade de imprensa deve ser maior. A Constituição não faz ressalva, restrição à liberdade de imprensa durante o período eleitoral, apenas no art. 139, durante o estado de sítio – e eleição não é estado de sítio; processo eleitoral não tem nada a ver com o estado de sítio –, é que se faz restrição à liberdade de imprensa.

O eleitor faz uma escolha em processo eleitoral, e essa escolha tem de ser consciente, livre. O momento em que o eleitor mais precisa de plenitude de informação e de informação em qualidade é o período eleitoral.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Que começa no início do ano eleitoral. Portanto, teoricamente, até a restrição que se tenha à propaganda eleitoral, que se faz, enfim, que se circunscrita aos últimos três meses que antecedem a eleição, também, num certo sentido, é uma restrição. Porque eu compartilho plenamente da opinião de Vossa Excelência, de que a eleição deve ser uma festa cívica, com ampla divulgação de ideias, planos, projetos e programas.

Então, essa restrição que a Lei Eleitoral coloca a todos os partidos políticos também, num certo sentido, é uma restrição indevida, até inconstitucional, porque o ano eleitoral começa em janeiro do ano das eleições.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): O que eu quero dizer, inclusive, é o seguinte: por efeito de avanço democrático, a imprensa, e nela embutida a atividade de humor, é simultaneamente informativa, analítica e, portanto, crítica, investigativa, denunciativa, além de informativa. Então, em processo eleitoral, retirar da imprensa a capacidade de emitir pensamento crítico, contanto que não descambe para a propaganda política, eu acho que é uma demasia. É desnaturar a própria imprensa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu vou até mais longe. Imagino a seguinte hipótese: suponhamos que, entre os candidatos à Presidência da República, haja um, por exemplo, que coloque, no seu programa, que o governo e o ordenamento jurídico devem estabelecer restrições pesadas à imprensa. A imprensa não lhe pode fazer crítica?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Não pode fazer crítica? É bem pensado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E não pode, com isso, enfim, expedir sua opinião de que, nesse contexto, seria favorável a outro candidato?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Outro fato óbvio – inclusive, não só do caráter partidariamente ocupado da administração, às vezes até exageradamente ocupado, como os casos que nós conhecemos de aparelhamento e de patrulhamento que estão hoje na mídia – pode ser observado se imaginarmos uma crítica a um exercente de cargo do Poder Executivo candidato à reeleição. Quer dizer, é um fato mais ou menos óbvio. Críticas cotidianas que a mídia faz a gestores que estão investidos de mandato. Veja, isso, a rigor, estaria vedado pela literalidade deste inciso III, o que é um absurdo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas, ministro, jamais se interpretou literalmente esse inciso.

Eu fiz uma pesquisa, e não há na história do TSE – pelo menos na recente –, desde o advento da Constituição cidadã de 88, nenhum caso em que se condenou alguém por ter veiculado uma sátira, uma charge, um programa de humor. Isso me parece absolutamente surpreso, perplexo, estupefato que essa questão venha a ser suscitada, agora, a trinta dias do término das eleições, sem que haja nenhum fato modificativo da situação que vige não só há treze anos, mas há dezessete anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ontem, da tribuna, o advogado chamou a atenção para um editorial que teria sido o último editorial lido por Boris Casoy, dizendo exatamente que, diante da interdição estabelecida, ele agora se limitaria a fazer comentários factuais, relatos das viagens feitas pelos candidatos. Isso foi falado da tribuna.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas, ministro, como? É uma interdição estabelecida há dezessete anos.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas houve duas novidades.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja, portanto, o efeito inibitório, notório, quer dizer, o efeito censório que tem dispensado até a intervenção da Justiça.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas então o eminente repórter acordou neste momento?

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas como sobreveio a Lei 12.034, identificando um conteúdo do que é trucagem, houve uma novidade.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Isso. A novidade, tem uma novidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Perdão.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): E é a primeira eleição depois dessa lei.

O sr. ministro Dias Toffoli: Já estava nas resoluções do TSE.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois é, então não é novidade nenhuma.

O sr. ministro Dias Toffoli: A Lei 12.034 só fez trazer isso para o nível normativo legal.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu sei. Trazer para o nível legal, mas, de toda sorte, também nós não sabemos o que foi evitado.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito, ainda que não tivesse havido nenhum fato, a mera possibilidade teórica de que a norma seja invocada para sustentar a restrição é suficiente a que o Tribunal julgue a norma.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E principalmente porque as próprias emissoras, durante esse período, podem ter se autocontrolado, com medo das consequências da norma. E nós não sabemos disso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, sim. De resto, nós estamos em controle abstrato.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente. Não importa fato, aqui. Importa que ela possa, eventualmente, na sua interpretação, ser usada como uma restrição à liberdade de imprensa.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu concordo. Nós estamos falando do inciso III. É afastado o inciso III.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Nos termos que a Constituição assegura durante todo o período.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E que nada impede que a imprensa tome partido entre candidatos. A imprensa julga os candidatos, e os leitores julgam a imprensa.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu fiz uma pesquisa também sobre opiniões de advogados diante da lei; se essa lei estava embaraçando o exercício da atividade de imprensa no plano do humor. E encontrei Erick Wilson Pereira, Décio Freire, Fernando Capez, que se licenciou do Ministério Público e hoje é deputado, e Luciana Lossio.

Luciana Lossio diz:

> A liminar do ministro não pode ser confundida com a licença para a baixaria. As eleições já estão suficientemente reguladas com a proibição de diversas formas de propaganda. Restringir demais a publicidade das eleições pode surtir efeito inverso. Já há muita proibição da propaganda.

E saiu um texto muito bem elaborado, crítico do cientista político Gaudêncio Torquato, no Estadão, também nessa linha do nosso pensamento hoje manifestado, com ênfase para a essencialidade do pensamento crítico, que é aquele mentalmente elaborado ou fruto de uma profunda reflexão. O pensamento crítico não é aquele pensamento açodado, superficial, arbitrário. E exatamente por ser elaborado é que ele tem um efeito emancipatório, tem um efeito libertador. De sorte que falar de pensamento crítico e imprensa livre é falar da mesma coisa. Não há imprensa livre senão a partir de um pensamento crítico. O pensamento crítico, de tão essencial à imprensa, não é nem uma característica; é uma inerência. Não é algo que pertine à imprensa. É da compostura dela. Faz parte da compostura da imprensa livre. Então o inciso II me parece um atentado ao pensamento crítico.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu creio que não há divergência quanto a isso entre os membros da Corte. Talvez agora seja o caso de dosarmos essa proposta de Vossa Excelência para atingirmos os fins propostos nessa ação direta de inconstitucionalidade, que é justamente liberar os programas de humor, de um modo geral, ou as veiculações de humor.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Suspendemos também o inciso II.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O inciso II já tinha sido suspenso, integralmente já tinha sido suspenso, e a segunda norma do inciso IV.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Integralmente.

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, eu estou aguardando a ordem para proferir o meu voto.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Nós só estamos discutindo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não um consenso total, mas evidentemente estamos articulando algum consenso. Depois, cada um terá liberdade para discordar.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Ministro Celso, Vossa Excelência que gosta de pesquisas mais antigas, históricas, eu consegui um texto primoroso de Eça de Queiroz sobre o humor, dizendo o seguinte:

> O riso é uma filosofia. Muitas vezes o riso é uma salvação.

Ministro Gilmar, olha esta parte:

> E em política constitucional, pelo menos, o riso é uma opinião.

Ou seja, uma opinião crítica.

Mas, olha, quem muito me impressionou nessa matéria foi o ministro Peluso. Vossa Excelência vai me permitir uma quase inconfidência. Quando eu falei ao ministro Peluso da minha preocupação com esse inciso II, o ministro Peluso disse: "Mas vedar o humor? Isso é uma piada."

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós vamos liberar o humor.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu acho que Vossa Excelência, com essa sua reação, com essa tirada de espírito, sintetizou o cerne da discussão. É uma necessidade, a meu sentir, suspender a eficácia do inciso II do artigo impugnado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E, em relação ao inciso III, também me parece absolutamente evidente a necessidade de se retirar a segunda parte, porque realmente se elimina a possibilidade de qualquer posicionamento crítico, de qualquer editorial por parte das emissoras de rádio e de televisão. Isso está estampado no texto e se presta a esse efeito inibitório, censório, que não é o objetivo da ordem jurídico-constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Então, senhor presidente, eu concluo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então Vossa Excelência suspende o inciso II na totalidade e a segunda parte do inciso III?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito. É como encaminho o voto.

ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Apenas uma indagação. Depois eu vou votar, mas como Vossa Excelência reajustou para suspender a segunda parte, eu questionaria que, na decisão proferida, Vossa Excelência afirma:

> Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre *a posteriori*, pelo Poder Judiciário.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perfeito.

A sra. ministra Cármen Lúcia: O que é contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesses casos.

E, principalmente, qual é a minha preocupação? É que o art. 5º, XXXV, diz que não poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Então, se alguém se sentir ameaçado, precisa de consumar uma lesão para só *a posteriori* vir ao Judiciário? Porque, no meu voto, essa palavra eu não posso referendar.

De toda sorte eu vou votar, presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas acho que Vossa Excelência tem razão. Eu estava meditando sobre essa hipótese. A alegação costumeira de que a sanção é sempre *a posteriori* é a mesma coisa que tentativa de ressuscitar defunto!

A sra. ministra Cármen Lúcia: É maquiar um defunto, na verdade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Depois que se mata alguém, não adianta nada promover a responsabilidade civil do agente, ou sua responsabilidade criminal. A vítima está morta e não há o que ressuscitar.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Mas essa parte já foi eliminada, só tinha sentido com a interpretação conforme; agora não tem, com a suspensão acabou.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Com isso o direito de todos à jurisdição fica garantido. Era só essa a minha preocupação e eu não acompanharia. Mas, se ela está eliminada...

O sr. ministro Gilmar Mendes: Porque não haverá mais interpretação conforme, e sim suspensão...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Dessa segunda parte.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Exatamente, é só para ficar claro isso.

VOTO
(Antecipação)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, desde já, peço licença aos nobres colegas, porque trago um longo voto. À época da decisão na ADPF 130, eu não compunha esta Corte. Por isso, preciso trazer alguns marcos da minha posição.

Então, reiterando o pedido de licença aos colegas, passarei a ler o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli:

1. *O objeto da controvérsia constitucional*

Cuida-se de ação direta declaratória de inconstitucionalidade da *Associação Brasileira de Rádio e Televisão* (Abert) em face dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997, que vedam às empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a partir de 1º de julho do ano das eleições em curso, duas espécies de condutas, topicamente agrupadas:

Inciso II: "Usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito".

Inciso III: "Veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes".

Sua Excelência o ministro relator, em decisão liminar, deferiu a pretensão de urgência da entidade autora, valendo-se, em grande medida, dos fundamentos gerais expostos quando do julgamento da ADPF 130, que constituiu o famoso precedente da liberdade de expressão e que se pauta na construção teórica do **caráter absoluto do direito fundamental à liberdade comunicativa**.

A liminar foi deferida para o fim de suspender a eficácia do inciso II do art. 45, por se tratar de proibição aparentemente inconstitucional do direito de crítica jornalística, em especial dos programas de humor. Em relação ao inciso III, deu-se interpretação conforme para abranger na proibição a crítica ou a matéria jornalísticas que "venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral". Conforme o relator, será a "hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre *a posteriori*, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia".

É com base nessas considerações que dou início a meu voto, com a advertência, também presente na decisão ora submetida a *referendum* do Plenário da Corte, de que se trata de juízo prelibatório, de exame dos pressupostos cautelares, de mera apreciação colegiada de cunho superficial do que será o próprio objeto da controvérsia constitucional. Esse confinamento objetivo da análise do caso, todavia, não impede que sejam pontuadas algumas questões centrais, **a título de reflexão para o julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade**.

2. *O estado da arte da interpretação constitucional da Lei 9.504/1997*

Estamos, senhores ministros, evidentemente, no exercício da atividade mais nobre da jurisdição constitucional, ao menos nos moldes imaginados pelo grande jurista austríaco **Hans Kelsen**, que é o controle de constitucionalidade. Não é, porém, essa circunstância impeditiva de que se examine como uma norma, **em vigor há mais de dez anos**, teve sua trajetória no plano dos fatos em suas conexões com os direitos fundamentais, *ultima ratio* da provocação deste Tribunal para exercer esse ato radical e de profundas implicações políticas que é desfazer (**quando necessário**) o ofício do legislador, responsável pela edição da norma e legitimado diretamente pela vontade popular.

É esse primeiro exercício analítico que julgo indispensável ser feito, até porque, como disse, a Lei 9.504 é de 1997 e encontrava-se em plena vigência quando, de repente, há duas ou três semanas, ergueram-se vozes contra o suposto caráter censório dos incisos II e III de seu art. 45. Não somente vozes foram ouvidas. Levou-se a efeito uma (já famosa) *passeata de artistas do humor*, que foi a causa simbólica do ajuizamento adrede desta ação direta declaratória. De modo expedito, deferiu-se a liminar, **a despeito de a Corte, nos últimos**

anos, ter evitado proferir esses juízos prelibatórios e optar pelo exame do próprio mérito das ações diretas de inconstitucionalidade.

A norma em questão, o art. 45 da Lei 9.504/1997, não é propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, e assim o afirmo com clara delimitação temporal ao período pós-1988.

Com efeito, o constituinte e o legislador ordinário preocuparam-se com o uso indevido dos meios de comunicação social, de molde a impedir sua influência deletéria na formação da vontade popular. Senhores ministros, **esse foi um cuidado do próprio texto magno, como se lê claramente em seu art. 14, § 9º**:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **nos termos da lei**, mediante:
> (...)
> § 9º **Lei complementar estabelecerá** outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade **e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico** ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994).

O constituinte valorou um fato da vida – a assimetria material e econômica entre os poderosos e os vulneráveis – e tingiu esse fato com a incidência de uma norma assecuratória da isonomia dos sufrágios. Aliás, e aqui já faço esse registro, **é o processo eleitoral, quando do ato de depositar o voto na urna, o único instante em que todos são material e formalmente iguais de fato e de direito**. Ricos e pobres valem exatamente o que seus respectivos votos expressam naquele grandioso momento das democracias. *One man, one vote*. Com esse dístico, a democracia parlamentar britânica consolidou-se, e com ele os norte-americanos fundaram sua estrutura de poder de sufrágio, cuja culminância está no famoso precedente **Reynolds v. Sims**, 377 U.S. 533 (1964).

O cuidado do constituinte deu-se também com a atribuição à lei da tarefa de **ponderar esse equilíbrio difícil e frágil das forças com potencialidade de interferir na formação livre e espontânea da consciência eleitoral**. Não foi sem motivo que a LC 64/1990, em seu art. 22, tratou da matéria, quando previu a investigação judicial para apurar a **utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social**, além do que diversas leis ordinárias posteriores enfrentaram essa grave questão.

Veja-se que a Lei 7.773, de 1989, que regulou as eleições presidenciais daquele ano, impediu os candidatos, após o registro, de participar de qualquer programa em emissoras de rádio e televisão, ressalvados *o horário eleitoral, os debates e os noticiários jornalísticos regulares*, como se lê de seu art. 25:

> Art. 25. **Os candidatos, após o registro, ficam impedidos de apresentar ou participar de quaisquer programas em emissoras de rádio e televisão**,

> ressalvado o horário de propaganda eleitoral gratuita, os debates organizados de acordo com esta Lei e os noticiários jornalísticos regulares.
>
> Parágrafo único. O desrespeito às normas deste artigo, sem prejuízo de outras sanções previstas em Lei, acarretará a suspensão por até 10 (dez) dias da emissora infringente, determinada pela Justiça Eleitoral, mediante denúncia de partido político ou do Ministério Público.

É de se recordar, a esse propósito, um primeiro efeito da **intervenção necessária do legislador** no campo da isonomia no emprego dos elementos destinados à formação da consciência dos eleitores.

Trata-se do famoso caso Senor Abravanel, o apresentador de televisão (**e concessionário de serviços de radiodifusão de sons e imagens)** Silvio Santos. Como é de lembrança de muitos, o artista-empresário substituiu o candidato do Partido Municipalista Brasileiro, o sr. Armando Corrêa, no curso do processo eleitoral de 1989, em sua candidatura à Presidência da República. Os primeiros índices das pesquisas de opinião pública davam-no como um postulante em franco crescimento e com grandes possibilidades de vencer o pleito, ainda que usasse nas cédulas o nome de seu antecessor e seu respectivo número. O poder carismático do empresário e animador de auditórios, para se usar da terminologia de **Max Weber**, permitiu-lhe acumular capital político (ainda que involuntariamente) por sua presença massiva nos meios de comunicação por mais de vinte anos.

Poucos analistas políticos da época duvidavam da real possibilidade da eleição de Silvio Santos em 1989, **embora fosse nítido o desequilíbrio em desfavor de seus concorrentes, dado que ele detinha o acesso permanente aos meios de comunicação de massa, posto que não para fazer propaganda de si, mas para simplesmente apresentar seu programa dominical de auditório**. A cassação de seu registro deu-se *em definitivo* no Tribunal Superior Eleitoral por causa de irregularidades formais do PMB. À guisa de referência histórica, transcrevo a ementa desse importante acórdão do TSE:

> Eleição presidencial. Registro provisório de partido político. Extinção de seus efeitos. Registro de candidatos. Partido Municipalista Brasileiro – PMB. Extintos os efeitos do registro provisório, pelo decurso do prazo para preenchimento dos requisitos para registro definitivo, desaparece a figura do partido político, que assim já não pode manter os candidatos que indicara nem indicar outras em substituição. Pedido indeferido, pela prejudicial.
>
> (Registro de candidatos à Presidência e Vice n. 31, Resolução 15.900 de 9-11-1989, rel. min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Publicação: BEL – Boletim Eleitoral, v. 467, p. 793.)

As regras ora sob impugnação da Lei 9.504/1997 coincidem com aquelas constantes dos arts. 66 e 70 da Lei 8.713/1993 e do art. 64 da Lei 9.100/1995, que regularam as eleições de 1993 e 1995.

Transcrevo esses dispositivos a fim de ilustrar as similitudes:

Lei 8.713/1993

Art. 66. A partir da escolha de candidatos em convenção, é vedado à emissora, na sua programação normal:

I – transmitir pesquisa ou consulta de natureza eleitoral em que seja possível ou evidente a manipulação de dados;

II – utilizar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, ou seus órgãos ou representantes.

Parágrafo único. A não observância do disposto neste artigo enseja a suspensão das transmissões da emissora por uma hora no mesmo horário em que a infração foi cometida, dobrado o tempo em caso de reincidência.

(...)

Art. 70. **É vedada, a partir da data de escolha do candidato pelo partido, a transmissão de programa de rádio ou televisão por ele apresentado ou comentado**.

Parágrafo único. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, é proibida a sua divulgação, sob pena de cessação do respectivo registro.

Lei 9.100/1995

Art. 64. A partir de 1º de julho de 1996, é vedado às emissoras, em sua programação normal e noticiário:

I – transmitir, ainda que em forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral, em que seja possível a identificação do entrevistado, ou manipulação de dados;

II – utilizar trucagem, montagem ou outro recurso de vídeo ou áudio, ou produzir ou veicular programa que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, ou seus órgãos ou representantes;

IV – dar tratamento privilegiado a candidatos, partidos ou coligações;

V – veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa que faça alusão ou crítica que prejudique candidato, partido político ou coligação, mesmo que de forma dissimulada.

§ 1º *A não observância do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela empresa às penalidades previstas no art. 323 do Código Eleitoral e a multa de 10.000 a 20.000 UFIR, além da suspensão das transmissões da emissora, conforme o disposto no art. 59*. (Revogado pela Lei n. 9.504, de 1997).

§ 2º A reincidência implica a duplicação da penalidade.

§ 3º Incorre nas sanções deste artigo a emissora que, nos sessenta dias que antecederem a realização do pleito, transmitir programa apresentado ou comentado por candidato ou divulgar nome de programa, ainda quando preexistente, se coincidente com variação nominal adotada por candidato.

É nítida a correlação entre o conteúdo desses diplomas e a ora impugnada Lei 9.504/1997.

Sob o prisma da constitucionalidade desses dispositivos, observo que esta Corte já teve a oportunidade de examinar a adequação da Lei 8.713/1993, em relação a seu art. 70, que vedava a transmissão de programa de rádio e televisão apresentado ou comentado por candidato. No julgamento da ADI 1.062, rel. min. **Sydney Sanches**, o Pleno do STF deixou assentado que:

> Cuida-se, na verdade, de norma destinada a impedir que, durante a propaganda eleitoral no rádio e televisão, o candidato, apresentador ou comentarista de programa veiculado por esses meios de comunicação com o público, se coloque, nesse ponto, em posição de nítida vantagem em relação aos candidatos, que só terão acesso ao público, por esses meios, nos horários e com as restrições a que se referem as normas específicas da mesma Lei 8.713/1993 (arts. 59 a 62, 66 e seguintes).
>
> Visam, em substância, as normas impugnadas, a evitar a quebra do princípio da isonomia entre candidatos a um só pleito.
>
> E não pode haver dúvida a respeito da grande vantagem que têm os candidatos, não restritos aos horários gratuitos, pela comunicação, que o exercício da profissão, de apresentador de programa de rádio e televisão, lhes propicia, diante do grande público.
>
> (...)
>
> Enfim, foi para atender à necessidade de um tratamento igualitário entre os candidatos, que as normas impugnadas impuseram o afastamento daqueles que, por outra forma, poderiam alcançar horários de comunicação muito mais amplos, diante dos eleitores, ou seja, dos rádio-ouvintes e telespectadores.
>
> Não vejo manifesto, em tais normas, o vício de inconstitucionalidade formal ou material, senão, a um primeiro exame, observância de princípio da isonomia, entre candidatos, durante a campanha eleitoral, pelo rádio e televisão.
>
> (Parte do voto proferido pelo min. Sydney Sanches na ADI 1.062, *DJ* de 1º-7-1994.)

No voto acima, ainda que as disposições do art. 66 da Lei 8.713/1993 não tenham sido objeto de análise direta, o Supremo Tribunal Federal considerou que as regras impostas ao rádio e à televisão pela legislação eleitoral tinham e têm o propósito de assegurar a isonomia entre os candidatos.

A vigência da Lei 9.504/1997 trouxe consigo controvérsias na jurisprudência sobre os limites da liberdade de expressão no processo eleitoral.

De imediato, uma demarcação foi levada a efeito, **e sobre ela farei desdobramentos adiante**, que é a referente aos (a) **meios de comunicação social concedidos, permitidos ou autorizados pelo poder público** e (b) **meios de comunicação social independentes de prévia licença oficial**, ao lado das **manifestações autônomas da liberdade comunicativa**.

A tanto, valho-me da jurisprudência do STF, mas, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de explicitar essa diferenciação de espaços normativos, **muito bem feita no plano infraconstitucional** e que dispensaria a atuação desta Corte.

A tese da **departição entre meios comunicativos pelo critério da outorga pública** foi adotada, sem maior divergência, no STF, como se vê na

ementa da MC 1.241, rel. min. **Sepúlveda Pertence**: "A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de um lado, a imprensa escrita – cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6º) –, e, de outro, o rádio e a televisão – sujeitos à concessão do poder público – se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita".

A preocupação com a isonomia entre os postulantes, como efeito dessa demarcação de territórios comunicativos, levou o TSE a responder negativamente a uma consulta sobre a possibilidade de os candidatos participarem de propagandas comerciais no período eleitoral. O relator, ministro **Néri da Silveira** foi preciso: "No que se refere à propaganda eleitoral, o objetivo da Lei 9.504/1997 é proibir o tratamento privilegiado de candidatos, em razão de participarem de modalidade de propaganda não acessível a todos os competidores" (TSE, Consulta 423, rel. min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 19-6-1998).

Outra posição há tempos prestigiada na jurisdição infraconstitucional do TSE é a existência de dois princípios em jogo no processo eleitoral, *a liberdade de expressão* e a *isonomia entre os candidatos*. A tanto, como aduziu o ministro **Luiz Carlos Madeira**, no voto-vista proferido no julgamento do RO 759 (*DJ* de 15-4-2005): "está assentado na Corte que devem coexistir a garantia da liberdade de expressão e o princípio da isonomia na disputa dos cargos políticos: Ag/Ag n. 2.549/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: AG/Respe 19.466/AC, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Respe n. 18.802/AC, rel. min. Fernando Neves; Respe n. 12.374/TO, rel. min. Torquato Jardim."

Esses postulados, que até agora regiam a interpretação da Lei 9.504/1997 (e diplomas antecedentes), tornaram possível a formulação de molduras interpretativas em derredor do art. 45.

A primeira delas – e de grande relevância prática – é que **não há vedação legal *prima facie* à liberdade comunicativa dos artistas, humoristas e atores de *stand up comedy* no espaço público alheio ao modelo de outorgas de serviços de radiodifusão**. A atuação das liberdades comunicativas, fora do campo específico da comunicação social dependente de prévia outorga estatal, é livre. Aliás, sempre o foi. Nesse âmbito, estão artistas, humoristas, atores de *stand up comedy* e toda a sorte de agentes culturais que exercem seus misteres, a título profissional ou amador, nas ruas, nas praças, nos teatros, nos jornais, nas revistas, em *shows* e, principalmente, na internet.

Em meus julgamentos no TSE, a esse propósito, tenho defendido a ampla liberdade de uso da internet, essa arena do livre pensamento, do tráfego consciente de ideias e de difusão de doutrinas. A internet é o templo da liberdade comunicativa, seja por não ter regulação de conteúdo (na maior parte dos países do mundo ocidental democrático), seja por não ter concessionários que controlem seu conteúdo de modo oligopolizado ou monopolizado, seja pela liberdade que

cada usuário detém para receber ou emitir suas produções artísticas, culturais ou educacionais.

A imprensa escrita, que hoje se transfere para os meios digitais, goza de idêntica franquia. E isso é reconhecido pelo TSE há bastante tempo, com a óbvia ressalva contra o **abuso de direito**, figura tão antiga quanto clássica do direito civil e que hoje se espraia pelas demais províncias jurídicas como verdadeiro obstáculo à utilização excessiva da liberdade plena que o direito confere aos homens em vários setores da vida. Transcrevo acórdão de consulta apreciada no TSE nesse sentido:

> Cidadão. Coluna. Jornal. Imprensa escrita. Continuidade. Período eleitoral. Possibilidade. Vedação. Legislação eleitoral. Inexistência. **1. Cidadão, mesmo detentor de cargo eletivo, que assine coluna em jornal pode mantê-la no período eleitoral, ainda que seja candidato, uma vez que, diferentemente do tratamento dado às emissoras de rádio e TV, cujo funcionamento depende de concessão, permissão ou autorização do poder público, admite-se que os jornais e demais veículos de imprensa escrita possam assumir determinada posição em relação aos pleitos eleitorais. 2. O eventual desvirtuamento dessa conduta poderá caracterizar abuso do poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social, apurados na forma do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, ou mesmo propaganda eleitoral antecipada, em benefício de terceiro, passível da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97.**
> (Consulta 1.053, min. **Fernando Neves**, *DJ* de 21-6-2004.)

No mesmo sentido, AG 2.325, ministro **Fernando Neves**, *DJ* de 20-4-2001.

Voltando ao art. 45 da Lei 9.504/1997 julgo interessante indagar o porquê da delimitação da ação direta de inconstitucionalidade aos incisos II e III, com o aparente esquecimento dos incisos IV e V, respectivamente proibitivos do tratamento privilegiado a determinado candidato e da transmissão de "filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos".

De imediato, deixo consignado que, em relação ao inciso V, o TSE tem dado a ele interpretação baseada na **colisão de princípios**, na **inexistência de direitos fundamentais absolutos** e na restrição ao **abuso de direito**, como critério de controle das alusões críticas a candidato ou partido político em filmes, novelas, minisséries e programas afins. É o que se depreende da leitura do acórdão proferido na Representação 1.000, relatado pelo ministro **Menezes Direito**:

> Propaganda eleitoral. Art. 45, III e V, da Lei 9.504/97. Comentário em programa jornalístico.
>
> 1. Não malfere a disciplina da Lei 9.504/97 a opinião de comentarista político feito em programa jornalístico em tomo de notícia verídica alcançando determinado candidato, partido ou coligação.
>
> 2. **A liberdade de imprensa é essencial ao Estado Democrático e a manifestação dos jornalistas sobre determinados fatos, comentando as notícias do dia, embora subordinada à liberdade de expressão e a comunicação ao**

princípio da reserva legal qualificada, não pode ser confundida com o disposto no art. 45, III, da Lei 9.504/97.

3. Agravo regimental desprovido.

O controle, como já salientei, faz-se pelo excesso, quando se ultrapassa a fronteira do abuso de direito, na hipótese de um jornalista usar de sua condição para dissimuladamente propagandear um candidato e, com isso, gerar a ruptura do princípio da isonomia dos sufrágios. Vejam-se a propósito outros acórdãos do TSE, que servem de exemplo a essa alocução:

> Propaganda eleitoral. Liberdade de imprensa. Art. 45, III e V, da Lei 9.504/97:
>
> 1. A liberdade de imprensa é essencial ao estado democrático, mas a lei eleitoral veda às emissoras de rádio e televisão a veiculação de propaganda política ou a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. **Se o programa jornalístico ultrapassar esse limite difundindo opinião favorável a um candidato, fora do padrão do comentário político ou de notícia, fica alcançado pela vedação**.
>
> 2. Agravo desprovido.
>
> (ARP 1.169, min. **Menezes Direito**, 26-9-2009.)

> Representação. **Comentário transmitido por meio de rádio durante período eleitoral. A liberdade de imprensa constitui garantia constitucional, e os jornalistas podem evidentemente manifestar sua opinião sobre debate entre os candidatos realizado por meio de rede nacional de televisão, porque tudo que melhore a informação dos eleitores é útil para o aperfeiçoamento da vida política nacional**.
>
> **Não obstante isso, o Estado deve podar os excessos cometidos em nome da liberdade de imprensa sempre que possam comprometer o processo eleitoral. Quando, no período que antecede o segundo turno da eleição presidencial, o jornalista falando por rádio (mídia que propaga ideias mas também transmite emoções), vê um candidato com óculos de lentes cor de rosa, e faz a caricatura do outro com expressões que denigrem ("socialismo deformado", "populismo estadista", "getulismo tardio"), a liberdade de imprensa é mal utilizada, e deve ser objeto de controle**. Representação julgada procedente.
>
> (RP 1.256, min. **Ari Pargendler**, 17-10-2006.)

Coloco para a reflexão do Plenário: *qual a diferença objetiva* entre o inciso *II e o inciso V do art. 45 da Lei 9.504/1997* (tomada a questão em termos de ofensa ao primado da liberdade de expressão, colocado como valor absoluto pelo ministro **Ayres Britto**)?

Não seriam ambas manifestações temerárias, odiosas, inconstitucionais de censura prévia pelo **legislador**?

Não seria tão ou mais ofensiva a restrição *a priori* da capacidade intelectiva do criador cinematográfico, do autor de novela ou de minissérie?

Seriam os humoristas os únicos a merecerem o favor da interpretação do STF, quando **outros empregados de meios de comunicação social também se achariam, em tese, sob o jugo da censura do legislador**?

A observação empírica dá uma resposta profundamente incisiva a respeito do controle *a priori* da produção **livre – absolutamente livre – de filmes, novelas e minisséries**.

São conhecidos de todos os casos de produções dessa natureza, postas no ar no período eleitoral, com roteiros que reproduziam fatos contemporâneos, escândalos e acontecimentos políticos em épocas ou séculos passados, **mas com nítido propósito de prejudicar, constranger ou atingir políticos em pleno processo de escolha do presidente da República**. A própria imprensa dá notícias dessas situações, bastante comuns nos finais dos anos 1980 e nos anos 1990.

É inegável a interferência desses programas em processos eleitorais anteriores a 1995. **Talvez por ter essa consciência e por recordar-se de que essa é uma prática da qual foram acusados alguns de seus associados, a autora tenha-se abstido de tocar no inciso V do art. 45**.

Renovo a indagação, haveria realmente motivos *de per si* determinantes para a presente ação direta de inconstitucionalidade em face de dispositivos há tanto tempo em vigor?

Um dos critérios para responder essa indagação é a análise da jurisprudência da Corte infraconstitucional que se ocupa diariamente desses problemas e da qual, para minha honra, sou integrante substituto, sem embargo de minha experiência razoavelmente extensa na fase anterior à envergadura da toga de juiz constitucional, que é o Tribunal Superior Eleitoral.

Baseando-me em informações divulgadas pelo sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, posso afirmar que, desde 1997 até a presente data, não houve um único caso de punição de humoristas como resultante dos impugnados incisos do art. 45 da Lei 9.504.

Esse fato, na verdade, só serve de prova quanto à natureza extemporânea da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não houve violação de direitos fundamentais com base na mencionada disposição legal. E, passados tantos anos, seria natural que assim ocorresse, em face da (alegada) odiosidade dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504.

Seria o caso de novamente indagar para reflexão futura: haveria realmente severa ofensa aos direitos fundamentais dos artistas do humor?

Se o teste da jurisprudência é falho na demonstração objetiva dessa lesividade, deve-se voltar para outra importante seara da interpretação jurídica, a **produção doutrinária**. Muitas vezes desconsiderada pelos tribunais, tida como elemento irrelevante na construção do direito, a dogmática jurídica é a voz autorizada dos jurisprudentes, que contribuem com seu labor técnico-científico para a melhor interpretação e aplicação das normas jurídicas. Servem, portanto, os estudos dogmáticos como legítimo instrumento de crítica das atividades legislativa e pretoriana.

Assim, sendo, o que dizem os doutrinadores sobre os incisos II e III do art. 45, ora examinados?

É praticamente unânime o entendimento da doutrina especializada quanto à **inexistência de lesividade a direitos fundamentais na aplicação desses dispositivos**. Os autores que comentam essas normas optam pela técnica da colisão de princípios, deixando em relevo a preocupação do legislador em preservar a isonomia material dos candidatos e a não interferência na lícita formação da vontade do eleitor.

Sérgio Sérvulo da Cunha, um democrata e jurista nacionalmente acatado, e **Roberto Amaral** (*Manual das eleições*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257-260) são enfáticos quando anotam o art. 45:

> O legislador retoma sua preocupação em assegurar um mínimo de igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral, pretendendo evitar ou simplesmente minimizar a manifestação das preferências e das ojerizas das empresas controladoras do sistema brasileiro de rádio e televisão.
>
> (...)
>
> A ação da televisão, intervindo no andamento do processo eleitoral, manifesta-se, contemporaneamente, não apenas mediante seus noticiários (telejornais) – nos quais políticos, partidos e temas são privilegiados ou omitidos –, ou debates, mesas-redondas e programas similares, com convidados selecionados segundo os interesses políticos da empresa, mas, igualmente, com a mesma eficiência persuasiva, em seus programas de entretenimento, como os humorísticos, as novelas e minisséries, também usados para ridicularizar adversários ou temas.
>
> (...)
>
> Tanto as emissoras de rádio e de televisão (objeto do comentário) quanto os candidatos têm plena liberdade de comunicação em seus programas e nas aparições eleitorais, limitados estes pelo princípio constitucional segundo o qual "(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação" (CF, art. 5º, X). A liberdade de expressão não torna a emissora de rádio ou de televisão, nem o jornalista, nem o candidato, nem o partido, nem a coligação, irresponsáveis por danos que causem ilicitamente a outrem, assim como a liberdade de dirigir um automóvel não faz irresponsável o motorista, pelos danos que ilicitamente causa a terceiros.

Em idêntico sentido:

> De modo a evitar que a influência do rádio e da televisão seja utilizada para interferir na vontade do eleitor, a legislação eleitoral fixou período em que as emissoras devem se abster da realização de determinadas práticas, usuais, mas com potencial de aliciamento.
>
> (SOBREIRO NETO, Armando Antônio. *Direito eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 148-149.)

> Até mesmo a crítica a qualquer candidato se acha vedada, mesmo quando levada a efeito de modo dissimulado, excepcionando-se apenas os programas jornalísticos ou de debates, consoante inciso V, infra.
>
> (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Eleições*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 272.)

> Com vistas a coibir o uso abusivo de meios de comunicação em tela e ensejar o acesso de todos os candidatos, estabelece a lei eleitoral minuciosa regulamentação.
> (...)
> Na verdade, o que se pretende é privilegiar os princípios da isonomia e do equilíbrio entre os participantes do certame, impedindo-se que uns sejam beneficiados em detrimento de outros. Também se visa evitar que determinados programas ensejem a ocorrência de "estados emocionais coletivos", que possam influenciar os cidadãos no momento do voto. Afinal, se o poder político emana do povo, é mister que a liberdade do sufrágio seja garantida de forma plena.

(GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 334-335.)

> (...) essa liberdade não é absoluta, como lembram Canotilho e Vital Moreira:
> > Não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria. (*Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 136).

(PINTO, Djalma. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 208.)

Em outra anotação doutrinária, o problema da oportunidade temporal das restrições previstas no art. 45 da Lei 9.504/1997 é alvo de oportuno destaque:

> O que em outra época é futuro do deboche e da crítica política refinada, no período eleitoral é atitude ilícita, por causar dano ao candidato posto em situação ridícula ou jocosa através de truque ou montagens, quer de áudio ou vídeo. A produção ou veiculação de programas com essa finalidade ficam suspensas até o término das eleições.

(COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte, 1998. p. 455.)

> **Joel J. Cândido** (**Direito eleitoral brasileiro**. 11 ed. Bauru: Edipro, 2004. p. 466-467) toca no ponto central, no fundamento que conduziu o legislador a prestigiar as restrições do art. 45, ora sob controle concentrado de constitucionalidade, quando afirma que "o artigo restringe a liberdade de informação, sem cerceá-la, em defesa do salutar Princípio Igualitário da Propaganda. Visa a evitar proteções e preferências e, assim, indiretamente, o patrocínio de certas candidaturas em detrimento de outras, o que ocorre em todos os pleitos, como sabemos. **Qual emissora que não tem seus candidatos? Umas até conseguem dissimular as preferências!**".

A seguir, ele adita que:

> A norma tem razão de ser porque agora, com os recursos da tecnologia moderna, de computação, uma série de montagens pode ser feita com a imagem de uma pessoa, podendo-se projetá-la de tal sorte que a deixe em posição comprometedora, desconfortável, hilariante ou ridícula. Truques, simulações projeções, supressões ou acréscimos de caracteres, cores, ângulos, enfoques, etc., são as trucagens aqui proibidas nos recursos de áudio ou de vídeo, de imagem ou de som. Em síntese, o que proíbe é a alteração prejudicial da realidade de uma situação, da qual pode resultar degradação (rebaixamento de um conceito) ou o ridículo (exposição ao escárnio)

> ao candidato, partido ou coligação. A intenção do agente tem que ser eleitoral ou partidária para que o fato interesse ao Direito Eleitoral e nesse campo o problema criado venha a ser tratado.
> (CÂNDIDO, Joel J. Op. cit., p. 466-467.)

Por último, cito os ensinamentos de **Carlos Mário da Silva Velloso** e **Walber de Moura Agra** (*Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215-216):

> Assim, como se atrai das definições trazidas acima, a trucagem ou a montagem só estarão configuradas quando a propaganda for realizada com o emprego de efeitos de áudio, ou seus registros, respectivamente, e desde que esses efeitos levem o possível ofendido à difamação pública. Em uma dinâmica de causa-consequência, para que a propaganda impugnada seja considerada irregular por trucagem ou montagem, fez-se necessária ocorrência desses dois elementos: a utilização dos recursos de áudio e vídeo e a consequente marginalização sociopolítica do ofendido.
>
> (...)
>
> **Essa enumeração de impedimento elencados não pode se constituir entrave à liberdade de expressão; por outro lado, não podem os candidatos ser prejudicados por predileção de proprietário de veículos de comunicação, como já ocorreu em passado não muito distante. O objetivo da Lei Eleitoral não é impedir a liberdade de expressão, mas proibir partidarismo dos meios de comunicação. Assim, as restrições devem ser sabiamente sopesadas para impedir abusos**.
>
> Não há impedimento algum de que rádio ou canal televisivo divulguem informações sobre irregularidades cometidas pelos candidatos ou ações penais que estejam sendo processadas, desde que lhe faculte direito de se pronunciar sobre elas.
> (P. 216.)

É inequívoca a percepção desses intérpretes da legislação eleitoral sobre a não ocorrência de incompatibilidade vertical dessas normas. O estado da arte da hermenêutica infraconstitucional, seja pretoriana, seja dogmática, é sensível à conformidade do art. 45 e de **todos os seus incisos** com princípios e direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Seria realmente o caso de proceder a esse juízo de inconstitucionalidade em definitivo?

Lanço, uma vez mais, a observação de que o momento atual da controvérsia não permite manifestações de fundo, mas investigações prelibatórias sobre a matéria, compatíveis com o nível inicial do julgamento.

Agora, impõe-se oferecer algumas considerações sobre **a técnica de proteção dos direitos fundamentais a ser utilizada neste julgamento**.

3. *A estrutura das normas de direitos fundamentais envolvidas no caso do controle concentrado do art. 45, II e III, Lei 9.504/1995*

Volto ao ponto de partida.

No julgamento da ADPF 130, esta Corte admitiu a colocação do direito fundamental da liberdade de expressão como absoluto, **no sentido de esgotar o**

âmbito de seu campo normativo. A liberdade de expressão seria incontrastável, cabendo ao Poder Judiciário, no caso concreto, exercer sua atividade de controle do abuso, por meio de outras previsões constitucionais. Não se tocou, porém, no **suporte fático do próprio direito, tido como amplo**.

Tenho convicções arraigadas sobre o problema da metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e de suas restrições. Trabalho com conceitos que não se enquadram no **neopositivismo** e no **neoconstitucionalismo**. Ainda estou convencido da utilidade dos antigos conceitos de lógica formal de matriz neokantiana, que, por muito tempo, inspiraram os debates jusfilosóficos. O juiz deve ser um fiel seguidor das regras, obviamente atualizado por conceitos modernos da Hermenêutica contemporânea, especialmente a de índole constitucional.

Ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito às críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.

Tenho muito receio da **principiolatria**, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga **legislatria**. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a **legisprudência**, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as **fontes democráticas da atividade legislativa** e a **criação jurisprudencial livre**. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

Dito isso, passo ao exame da questão posta nos autos sob o enfoque de construções teóricas da **ponderação**, apenas e tão somente para que se coloque a controvérsia **dentro de seu universo epistemológico**. **Ou seja, mesmo utilizando o referencial teórico dos princípios, os resultados a que chegaremos deverão respeitar a ponderação do legislador**.

Antes de ingressar no exame da estrutura das normas de direitos fundamentais, reforço essa ordem de ideias com o empréstimo de contributo da Literatura, com a pena universal de **William Shakespeare**, em sua obra "Medida por medida" (*Measure for measure*).

Nesse texto clássico, **William Shakespeare** coloca nas mãos do Duque de Viena o poder de vida e morte sobre os súditos. Baixa-se uma lei que proíbe a luxúria e uma personagem, Cláudio, é condenado por esse crime de luxúria, cuja pena é a decapitação. Sua irmã Isabela, uma jovem noviça, de grande beleza, sai do convento e procura a autoridade, Lorde Ângelo, implorando pela vida de Cláudio.

Ao procurar Lorde Ângelo e pedir clemência a seu irmão, a noviça ouve da autoridade que a lei é inafastável e que Cláudio deve sofrer a pena capital pelo crime de luxúria.

Instantes depois, tomado pela beleza de Isabela, o juiz volta atrás em sua tese de *dura lex sed lex* e, afirmando-se como senhor da interpretação da norma, faz a proposta insidiosa: "Cláudio não morrerá, Isabela, se amor me derdes."

Em troca da liberdade do irmão, Isabela entrega sua honra e seu corpo à autoridade.

Em suma, a mesma lei inflexível, **por meio de ponderação**, pode ser flexibilizada, chegando-se a um resultado absolutamente diverso, conforme juízos subjetivos e incontroláveis da autoridade, em desapego à segurança jurídica da norma legal.

É esse o risco que se corre quando a ponderação judicial sobrepõe-se, de modo excessivo, aos parâmetros democráticos da legislação.

Encerro essa advertência, que serve para a demarcação de minhas convicções sobre o tema, com passagem de um grande jurista que há pouco integrou este Pretório, emprestando-lhe seu brilho e sua argúcia intelectual. Esse texto, de autoria de **Eros Roberto Grau**, publicado na revista **Justiça e Cidadania**, editada pelo histórico jornalista (e defensor das liberdades civis) **Orpheu Santos Salles**, é muito útil ao que ora se decide e se compatibiliza com a interpretação do arbítrio de quem decide com base em preconceitos ou em valores subjetivos, ao estilo do romance de **William Shakespeare**:

> 10. Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexiste, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de "voo cego", na expressão de *Rüthers*. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas.
>
> 11. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.
>
> (GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. *Justiça e cidadania*, n. 108, p. 16-19, julho, 2009.)

Essa concepção, que está desenvolvida com caráter mais abrangente em outra obra de **Eros Roberto Grau**, o **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito** (5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283 et seq.), merece registro e serve para se apresentar uma alternativa metodológica ao enfrentamento da questão. Esse sincretismo pode chegar à perda de legitimidade da jurisdição constitucional, como bem aponta **Lênio Luiz Streck**, quando aborda o problema das "decisões conforme a consciência" (cf. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. *passim*).

O caso dos autos, aparentemente, volta-se a esse mesmo debate e com a idêntica fundamentação: **não há ponderação lícita ao legislador quando ele dá concretude aos direitos fundamentais ligados à liberdade de expressão**. Passa-se diretamente à ponderação judicial, no caso concreto, sem intermediação da lei.

Tenho severas restrições a essa forma de argumentar e de interpretar os direitos fundamentais.

Considerando a natureza e o alcance deste julgamento, ainda em sede cautelar, farei apenas a exposição aligeirada desses temperamentos à leitura do tema nos termos fixados na ADPF 130.

I – Necessidade de respeito à ponderação dos valores pelo legislador. A tese de que a Constituição incide diretamente sobre as relações jurídicas ligadas ao direito fundamental da liberdade de expressão, sem possibilidade de intermediação da lei, é equívoca se tomada radicalmente, especialmente no que se refere ao direito eleitoral.

Como já expus, o art. 14, *caput* e § 9º, CF/1988, refere-se por duas vezes à intervenção do legislador. No *caput*, está dito textualmente que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **nos termos da lei**, mediante (...)". A própria Constituição fez o apelo ao legislador, sabedora de que a generalidade de suas regras carecia da concretude em diversos aspectos.

É correto desmerecer em caráter absoluto a ponderação *ex ante* do legislador e trocá-la pela ponderação *a posteriori* do juiz? Trocar uma ponderação geral por uma ponderação de caso a caso, que pode ser objeto de efeitos deletérios para o processo eleitoral?

Senhores ministros, não estamos a falar da honra de alguém, mas da própria estabilidade do processo eleitoral, raiz da democracia, base do Estado de Direito em sua expressão democrática.

II – Não há princípios absolutos. **O fundamento democrático da atuação do legislador**. A chamada **colisão de princípios** é por demais conhecida pela filosofia do direito contemporânea, graças à contribuição do jurista **Robert Alexy**. Não se fala de invalidação de um princípio por outro, mas de sua

prevalência, conforme as circunstâncias e segundo a fórmula-peso (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 78-79).

A **lei de colisão** (*Kollisionsgesetz*) baseia-se no primado de que "as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as consequências jurídicas do princípio precedente" (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (...), p. 79-84).

Assim, a ponderação de princípios leva, na prática, à produção de uma norma cuja formulação conduz ao que **Robert Alexy** chama de **fundamentação jurídico-fundamental correta**.

Como decorrência, **não há falar-se em direitos fundamentais absolutos**. Como bem salienta **Herbert Bethge**, "a noção de um direito fundamental ilimitado é impossível na prática e contraditória na teoria" (In: *Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten*. *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 5, p. 252, 1985).

E, nesse sentido, a **liberdade**, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, **é ilimitada** *prima facie*, mas **limitada** como direito definitivo.

Essa restrição a um direito fundamental **pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador**. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte **Robert Alexy** (op. cit., p. 300-307). E a isso deve corresponder uma atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o **espaço para conformação do legislador ordinário**. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica "nos termos da lei", "na forma da lei" ou "conforme a lei". É exemplo de espaço para conformação com reservas explícitas em nosso Texto Constitucional aquele fornecido pelo inciso VI do art. 5º:

> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Existem também **reservas implícitas** decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, como admitem **Robert Alexy** e **Christian Starck**. Isso é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido na doutrina alemã por **Bernhard**

Schlink (*Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*. ***Europäische Grundrechte Zeitschrift***, 11, Heft 17, p. 464, 1984) e já referido nas construções pretorianas desta Corte (ADI 815, rel. min. **Moreira Alves**, Tribunal Pleno, julgado em 28-3-1996, *DJ* de 10-5-1996).

A ponderação feita pelo legislador é legítima.

A intervenção do legislador, baseada em autorização explícita do art. 14, CF/1988, e implícita decorrente do "princípio da unidade da Constituição", também aceitável como **causa de restrição de direitos fundamentais**.

III – Casos concretos de limitação à liberdade de expressão. A experiência internacional no controle das liberdades comunicativas. Ainda com o intuito de reflexão, recordo que a tese da limitação à liberdade de expressão encontra no próprio art. 5º, X, CF/1988, os fundamentos para restrições do **legislador ordinário**, sejam materiais, sejam instrumentais.

É o exemplo da tutela inibitória para apreensão de livros ou publicações, bem assim o obstáculo à veiculação de imagens que venham a ser atentatórios contra a honra, a imagem e a vida privada das pessoas.

Não desconheço que há a chamada **esfera de iluminabilidade**, da doutrina italiana, segundo a qual as chamadas **celebridades**, como políticos, artistas e pessoas que vivem em torno da exploração da imagem, encontram-se parcialmente livres das proteções normais conferidas aos cidadãos comuns, no que se refere à exposição de seus direitos personalíssimos ligados ao inciso X do art. 5º, CF/1988. Mesmo em relação a essas pessoas, observa-se a reabertura dos debates, como mostra **Marcelo Neves**, em sua inovadora obra **Transconstitucionalismo** (São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138), que fornece diversos exemplos da recentíssima jurisprudência alemã e da Corte Europeia de Direitos Humanos, entre os quais se destaca o Caso da Princesa Caroline de Mônaco. Reproduzo trecho de seu livro a esse respeito:

> Além disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja orientação fixada no julgamento do Caso Caroline de Mônaco II, de 15 de dezembro de 1999 (na qual se deu maior peso à liberdade de imprensa na consideração da divulgação de fotos de Caroline de Mônaco, com restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes), foi contrariada pela decisão do TEDH (*Tribunal Europeu de Direitos Humanos*) no caso *Caroline von Hannover vs. Germany*, de 24 de junho de 2004 (favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa) (...)

Se observarmos a sólida construção pretoriana do Tribunal Constitucional alemão, órgão reconhecido no tratamento protetivo das chamadas "liberdades comunicativas" (*kommunikativer Freiheinten)*, encontraremos vários exemplos de controle na divulgação de dados lesivos ao interesse nacional ou à intimidade dos interessados.

A esse propósito, veja-se que o art. 5º da Lei Fundamental alemã declara textualmente que "a liberdade de imprensa e a liberdade de dar notícias por

(meios) de radiodifusão e cinematográficos são garantidas. Não haverá censura". E, em seguida, também apõe que "esses direitos têm seus limites nas normas das leis gerais, nos artigos legais para proteção da juventude e no direito à honra pessoal".

É oportuno citar o famoso caso dos "**Soldados assassinos**" ("***Soldaten sind Mörder***"), decidido pelo Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 10 de outubro de 1995. Na ocasião, a Corte apreciou simultaneamente quatro reclamações constitucionais formuladas por militares que se sentiram ofendidos por manifestações de pessoas que os chamavam de assassinos, por meio de uma faixa posta na rua, a qual foi posteriormente retirada por um coronel das Forças de Defesa alemãs; de panfletos distribuídos em via pública; de "carta ao leitor" para o "*Allgemeine Zeitung*", da Mogúncia, e em uma faixa desfraldada em uma exposição de motocicletas.

Em decisões extremamente apertadas, o Tribunal alemão determinou o reenvio dos casos à origem, por entender que as cortes locais não poderiam deixar de analisar a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão dos que atribuíram aos militares a qualidade de assassinos. Segundo os juízes alemães, "da mesma forma, a liberdade de expressão cede espaço, em regra, à proteção da honra no caso de expressões detrimentosas, que se apresentam como insulto ou difamação (BVerfGE 61, 1 [12]). (...) Desse modo, uma crítica exacerbada ou até ofensiva por si mesma não transforma a expressão em ignominiosa. Tanto mais ocorre quando, na expressão, não esteja em primeiro plano o debate do tema, mas o [intuito] de difamar a pessoa. Deve essa também revestir-se da depreciação da pessoa, além da crítica polêmica e exagerada (BVerfGE 82, 272 [283 s.]). Por essa razão, a crítica ignominiosa [contida] em expressões sobre um tema que toque essencialmente a opinião pública é tida como presente em caráter excepcional, e, de qualquer sorte, permanecerá limitada à denominada disputa entre particulares (cf. BGH, NJW 1974, p. 1762)"[2].

Há vários outros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema. As circunstâncias de uma decisão de natureza cautelar não me permitem estender na enumeração desses importantes precedentes da experiência constitucional estrangeira.

---

[2] No original: "*Desgleichen tritt bei herabsetzenden Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschutz zurück (vgl. BVerfGE 61, 1 [12]).* (...) *Danach macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muß vielmehr, daß bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Sie muß jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen (vgl. BVerfGE 82, 272 [283 f.]). Aus diesem Grund wird Schmähkritik bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen und im übrigen eher auf die sogenannte Privatfehde beschränkt bleiben (vgl. BGH, NJW 1974, S. 1762).*"

Mas, como raciocínio de caráter aproximativo, indago a Vossas Excelências: seria inconstitucional uma lei que proibisse ofensas à liberdade de culto, de crença e de religião?

Acaso não se dará aplicabilidade ao art. 208, Código Penal, que abrange o tipo do ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, especificamente quando se refere ao vilipêndio de objeto destinado a fins litúrgicos?[3] Se alguém, **nos meios de comunicação social eletrônica**, escarnece ou destrói uma imagem religiosa, deve ficar impune? Não creio que seja o caso de se admitir restrições a direitos fundamentais apenas em sede penal.

O direito fundamental do inciso VI ("é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias") é incompatível com o direito fundamental do inciso IX ("é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença")?

Como resolveríamos o problema mais grave ainda da ofensa religiosa por uma obra de arte (ou equiparável), que se liga a outra espécie de liberdade, menos controlável, porque marcada por critérios de aferição plásticos, como a **liberdade de expressão artística**?

IV – Necessidade de debate sobre a transparência e a fundamentação das restrições a direitos fundamentais. A autocontenção retórica. O presente caso, senhores ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o **método e a técnica de restrição de direitos fundamentais**.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em **afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica**, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como **Cass Sunstein** têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

É o caso de realizar uma intervenção dessa magnitude, passados tantos anos da vigência da lei e **mais de dois meses após o período vedado**, com o protocolo desta ação direta de inconstitucionalidade?

4. *Premissas sobre a normatividade constitucional e os dispositivos impugnados*

Na atual fase do exame da matéria, como reiteradamente venho sustentando, marcado pela superficialidade, gostaria de estabelecer algumas premissas em torno dos incisos impugnados do art. 45 da Lei das Eleições:

---

[3] "Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência."

4.1. Trata-se de norma voltada para os meios de comunicação social objeto de concessão, autorização e permissão.

Desloca-se o problema para o art. 220 ("A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição"), mas não se perde de vista a circunstância de que essa norma é uma **espécie do gênero das liberdades comunicativas**, que têm sua raiz no art. 5º da CF/1988, com os incisos específicos (IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação).

Essa relação de gênero a espécie é apreendida na doutrina (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 371) como sendo a *liberdade de expressão em sentido lato*, que os alemães chamam de *liberdades comunicativas*, da qual uma das espécies é a **liberdade de comunicação em sentido estrito**, alojada nos meios de comunicação social concedidos (radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens).

4.2. **Sendo a liberdade de comunicação em sentido estrito uma espécie de liberdade comunicativa, não é possível interpretar o art. 220, CF/1988, sem levar em conta os demais incisos do art. 5º, CF/1988, além do chamado princípio da unidade da Constituição.**

Assim sendo, cabem restrições explícitas e implícitas aos direitos fundamentais contidos nessas normas, por meio da atuação *a priori* do legislador.

4.3. **O mandato de conformação do legislador deve ser, como bem assinala Robert Alexy, fundamentado**.

É nesse campo que a doutrina especializada, ao exemplo do que já transcrevi acima, destaca a diferença entre as restrições aos direitos fundamentais baseados nas liberdades comunicativas exercidas nos meios de comunicação social concedidos e nos que não dependem do Estado. É para os primeiros que os incisos II e III do art. 45 estão voltados, dado inexistir qualquer restrição para os últimos.

E qual o fundamento dessa restrição?

4.4. **A resposta é simples, embora implique a admissão pouco confortável de uma realidade empírica, de forte base sociológica**.

Nos Estados Unidos da América, os candidatos adquirem horários comerciais para sua publicidade. Dispõem do dinheiro e obtém caríssimos intervalos comerciais. É uma relação às claras. Eventuais ataques podem ser respondidos por meios idênticos, na programação da televisão aberta ou fechada.

Nosso modelo é diferente. É eminentemente público, com propaganda eleitoral mantida pelo orçamento do Estado, embora com a produção a cargo das respectivas campanhas.

Outro traço de forte diferença está em que é **natural o conhecimento prévio e escancarado das opções políticas dos donos da mídia norte-americana**. Quem assiste ao canal FOX sabe que seus controladores apoiam o Partido Republicano, e a audiência da CNN identifica este canal com o Partido Democrata. Ataques de uma emissora a um candidato são atenuados por essa vinculação explícita, conhecida de todos e aceita como um dado sociológico da vida política estadunidense.

Acaso seriam essas regras as mesmas do Brasil?

Pode-se falar em independência dos donos da mídia em relação às suas **legítimas opções políticas, porque eles também são eleitores e podem expressar suas escolhas**?

Evidentemente que não. Vive-se no Brasil o falso mito da independência dos meios de comunicação social. E assim o afirmo não por razões de preconceito ou por aderir a discursos contrários à mídia brasileira. O Brasil há de se orgulhar de possuir uma das melhores estruturas de comunicação social do mundo, cuja liberdade é um pilar das instituições democráticas. Isso, todavia, não importa em se negar aos controladores desses instrumentos comunicativos o direito de ter suas preferências político-partidárias e até mesmo de manifestá-las, como, de fato, alguns veículos o fazem, embora muito raramente. A assertiva aqui lançada é no sentido de que se deve distinguir entre a **independência da mídia**, um dado necessário do processo democrático, e a **imparcialidade da mídia**, o que nem sempre é possível ou mesmo exigível, dada a própria liberdade de realizar opções ideológicas, políticas e culturais.

A contraprova desse mito é o art. 45 e todos os seus incisos. Reitero. Por que não se atacou o direito de se produzir novelas e minisséries com referências, ainda que laterais, a políticos em campanha? O fundamento é o mesmo! Provavelmente, essa escolha seletiva em relação ao inciso V do art. 45 deve-se, como já salientei, a algumas experiências negativas da história eleitoral brasileira não muito distante.

O que diz a doutrina sobre essas assertivas?

O **fundamento que legitima a restrição legal à liberdade comunicativa em sentido estrito é de base constitucional**: "A intervenção na programação das emissoras de televisão – concessionárias ou permissionárias de serviço

público – tem fulcro na natureza do serviço e da concessão, e no princípio constitucional da igualdade de todos, que deve ser assegurado pelo Estado, constituindo-se em corolário de regime jurídico de direito democrático." (CUNHA, Sérgio Sérvulo da; AMARAL, Roberto. Op. cit., p. 259).

É o Estado Democrático de Direito e seu próprio fundamento que se busca preservar quando se protege a isonomia de todos os postulantes no processo eleitoral.

Assim, "(...) os meios de comunicação exercem o poder através da divulgação de notícia que não tem, muitas vezes, a intenção de informar, mas, sim, de criar estados de ânimos favoráveis às suas ideias políticas e sociais. Essa forma imprópria de criação e utilização da opinião pública acaba por neutralizar a espontaneidade de expressão da sociedade. Em via reflexa, atinge as instituições que passam a se comportar conforme o momento social." (PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142-143).

5. *Análise material da norma e suas conexões constitucionais*

Colocadas essas premissas, faz-se necessário examinar materialmente a norma impugnada.

Materialmente, haveria indícios de inconstitucionalidade nos incisos do art. 45?

O inciso II tem como **tipo nuclear da conduta ilícita** a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, com o fim de: a) degradar ou b) ridicularizar "candidato, partido ou coligação". Como aditivo final, com o intuito de açambarcar outras hipóteses, alternativamente, vedam-se os atos de "produzir ou veicular programa com esse efeito".

Não há aqui, qualquer limitação ao direito de crítica ou à liberdade de informação. A regra não os proíbe. O que deve ser evitado é a utilização de trucagens, montagens ou outros recursos que visem degradar ou ridicularizar os candidatos.

O inciso III é mais direto e simples em sua formulação: a) veicular propaganda política; b) difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

A regra prevista no inciso III do art. 45 da Lei das Eleições, que proíbe as emissoras de rádio e televisão de veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária às candidaturas no período eleitoral, está aparentemente em conformidade aos princípios do art. 14, CF/1988, que colimam a manutenção do equilíbrio, da legitimidade e da lisura do pleito eleitoral.

Não há ofensa ao **direito fundamental de informar**.

O que se proíbe não é que a notícia ou a crítica sejam divulgadas. A vedação diz respeito aos aspectos técnicos dessa divulgação e impede que os recursos hoje disponíveis possam ser utilizados para transformar a imagem do candidato

ou a própria verdade dos fatos em algo inverídico que viole a garantia prevista nos incisos V e X do art. 5° da Constituição.

Os incisos do art. 45, nesse sentido, fundamentam-se em **mandatos de otimização** relativos à dignidade humana, à preservação da intimidade, da honra e da vida privada, além, é claro, da isonomia material dos candidatos no processo eletivo.

Ademais, é importante destacar a existência de conexões entre a norma do art. 45 e a do art. 55 da Lei das Eleições. Qualquer interferência judicial na primeira terá consequências na segunda, que tem o seguinte teor:

> Art. 55. Na propaganda eleitoral no horário gratuito, são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas nos incisos I e II do art. 45.

A ineficácia do inciso II do art. 45 permitirá que se façam trucagens, montagens e outros arranjos técnicos com o objetivo de ridicularizar ou degradar os demais postulantes na propaganda eleitoral gratuita. E, nesse passo, ponho em evidência a realidade dos rincões mais distantes do País, onde o processo político-eleitoral faz-se nas rádios. O uso desses expedientes poderá criar situações de perturbação da vontade livre e consciente dos cidadãos. E não se diga que o controle *a posteriori* resolverá os efeitos deletérios dessas práticas, na medida em que a retirada da norma do ordenamento jurídico subtrai a ilicitude específica da conduta e limita a discussão jurídica a conceitos indeterminados relativos à honra e à intimidade, quando o objetivo constitucional do art. 14, *caput*, CF/1988, tem alcance diverso. O foco dessa outra norma é a preservação da isonomia de armas e meios nas eleições.

Há, ainda, outro detalhe essencial na leitura desses dispositivos.

Na moderna Ciência da Comunicação, existe o aceso debate sobre como qualificar as atividades de **jornalismo cidadão**, aquele realizado em blogues, colunas e portais de natureza pessoal, e de **humor noticioso**, como o que se dá em programas com aparência jornalística, mas que fazem a divulgação de matérias sem a observância de regras básicas do jornalismo clássico, como a audiência dos dois lados e a preservação da imagem dos envolvidos.

Como dar tratamento igual a situações que nem mesmo os estudos mais avançados da Comunicação Social conseguem assemelhar?

Não cabe confundir humorismo com jornalismo. É certo que o jornalismo pode ser realizado a partir de uma visão alegre e, algumas vezes, jocosa mesmo. Mas, o jornalismo, em sua acepção clássica, deve partir sempre de fatos verídicos e concretos e tem como missão primeira levar a informação ao público em geral.

A sátira e a paródia, por outro lado, não ficam restritas à realidade e encontram na ficção um campo extremamente fecundo. Por isso não podem ser confundidas com a divulgação de informação. O exercício da crítica parte, sempre, de um fato da vida real. No humor, por outro lado, imaginam-se situações muitas vezes irreais e fabulosas.

Aqui seria necessário distinguir a sátira ou a caricatura que partem de um fato real e, como tais, podem ser vistas como exercício do direito de crítica, dentro dos limites próprios, daquela criação ficcional que imputa fato inverídico, muitas vezes inacreditável, como forma de produzir o riso.

Sobre esse aspecto, ainda evocando as lições de **Jónatas Machado** (Op. cit., p. 825), é de se afirmar que "a liberdade de expressão e de criação artística não cancela os direitos de personalidade. (...) A questão de fundo prende-se com saber até que ponto, ou em que circunstância, deve ser considerado o potencial difamatório que se esconde debaixo de uma superfície humorística. De um modo geral, entende-se que existe uma ampla margem de manobra para o discurso satírico e caricatural. O registro não narrativo em que o mesmo se desenvolve constrói um contexto interpretativo específico, à luz do qual as imputações que possam ser feitas são geralmente compreendidas como 'declarações não sérias', insusceptíveis de serem confundidas com afirmações de facto. Ainda assim, a doutrina alerta em causa o caráter vulgar e abusivo, ou abertamente ofensivo, destas formas de comunicação".

Uma leitura do art. 45, para fins de controle de constitucionalidade, não pode desconsiderar dois outros aspectos de caráter hermenêutico.

O primeiro é puramente exegético, conquanto não seja de menor importância.

Diz com a própria expansão semântica dos verbos nucleares das condutas vedadas do inciso II, cujo decotamento já fiz anteriormente e se revelou em dois verbos bastante conhecidos – **ridicularizar** e **degradar**.

O humorista não ridiculariza, degrada, humilha, agride ou ofende. Ele satiriza, ironiza, faz uso do sarcasmo, da crítica (muitas vezes ferina) e põe em destaque as contradições, as incoerências, a insinceridade do objeto de sua atividade artística. O inciso II, por essa razão, jamais poderia ter sido (como nunca o foi) para punir, reprimir ou censurar o humor, onde quer que ele apareça, onde quer que ele se faça exibir, **inclusive nos meios de comunicação social eletrônica**.

O humor presta serviço à democracia. Com seu modo elegante ou um tanto agressivo, fino ou mais explícito, direto ou por ironia, ele consegue escancarar os conflitos sociais, políticos e culturais de uma forma não violenta, mas reflexiva. E reflexiva da melhor maneira, através do sorriso. No diálogo entre o frade franciscano Guilherme e o irmão Jorge, no mosteiro onde se passa a narrativa do romance **O nome da rosa**, há a afirmação de que "[o]s macacos não riem, o riso é próprio do homem, é sinal de sua racionalidade".

Não são os humoristas que discriminam, perseguem, humilham ou ofendem.

O segundo aspecto a ser destacado é a interpretação sistemática do art. 45. Aliás, intrassistemática, pois a mera perquirição em torno dos incisos II e III tem o pecado do reducionismo, na medida em que os parágrafos quarto e quinto

dessa norma conferem **a necessária concretude aos atos vedados**. Faço a transcrição desses fragmentos:

> § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009).
>
> § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009).

As pautas legais desses dispositivos complementares aos incisos II e III são de grande importância, porque delimitam e expõem o alcance da vedação. É perceptível que nela não se compreende a mera atividade lúdica do humor, mas a que se volta para a ruptura do primado da igualdade entre os postulantes, com o sentido de beneficiar ou prejudicar um candidato, o que, há de se convir, não ocorre nos programas de humor.

6. *Exame dos pressupostos da liminar*

Estamos diante de uma norma eleitoral de sensível implicação para o processo democrático e para a estabilidade dos princípios que o suportam.

O STF, do modo como esta ação direta de inconstitucionalidade foi apresentada, encontra-se sob a provocação de pensar o Brasil sob o ponto de vista de uma eleição presidencial, sob circunstâncias macrossociais que não se reproduzem na realidade dos Estados e Municípios. Em setores da sociedade brasileira, há grande promiscuidade entre o poder político e a detenção de concessões de serviços de radiodifusão. Há grande impacto desses instrumentos de comunicação social na formação das vontades coletivas.

Se pudesse fazer uma analogia, diria que o primado da presunção da inocência não implica que todos sejam inocentes. Por outro lado, como se falar em liberdade de expressão absoluta, **na modalidade de liberdade comunicativa em sentido estrito (radiodifusão)**, se os meios de difusão dependem de concessões e, portanto, do poder político, ainda que indiretamente? Que liberdade é essa que depende de uma concessão?

Como já salientei ao longo do voto, o *periculum in mora* estaria afastado, porquanto há uma lei em vigor por mais de dez anos. E uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada após meses de período vedado.

Essas condições autorizariam uma liminar? Não seria mais prudente aguardar-se o ritmo natural com que a Corte tem apreciado esses procedimentos?

Qual a urgência? Liberar o humor na televisão e no rádio, como pedido na inicial? Ora, expus com evidente clareza que não há caso de censura ao humor na jurisprudência, muito menos existe o entendimento de que ele seja alcançado pelas normas. O que não se admite é a trucagem, a fraude, a montagem para constranger e extrair dividendos políticos em processos eleitorais.

Se algum programa de humor deixou de veicular algo, não foi por censura do Estado e sim por autocontrole de seus próprios dirigentes. Se censura havia, era autoimposta.

É máxima do *ridendo castigat mores*, tão ao gosto de Rudolf von Ihering, em sua obra clássica de idêntico título. Parece piada, mas a censura era e é das próprias emissoras.

A despeito dessas considerações, não posso deixar de lado a compreensão do momento histórico. É claro que a associação autora preocupa-se com certas externalidades negativas de arranjos políticos internacionais, em que se estabeleceram formas indiretas de controle das mídias. Em um País com tradição de interferência governamental na liberdade de imprensa, é perfeitamente esperável que os responsáveis pela boa e respeitável indústria da comunicação social manejem seus instrumentos de defesa das prerrogativas constitucionais do art. 220.

Como bem assinala o jurista português **Jorge Reis Novais**, em sua obra **Direitos fundamentais como trunfos** (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), esses direitos muitas vezes servem como trunfos das minorias contra a avassaladora corrente contrária formada por processos eleitorais. São verdadeiros brados em prol do respeito a espaços minoritários dentro do contexto da democracia representativa; nessas horas, as Cortes Constitucionais funcionam para assegurar esse modelo de compartição de liberdades entre maiorias e minorias. Em muitos casos, contra a própria vontade das primeiras, porque historicamente é provado que, não raras vezes, são os valores defendidos pelas minorias que conservam as melhores tradições do Humanismo e da Liberdade.

Admito a superação de toda a sorte de deficiências formais quanto ao *periculum in mora*.

Quanto ao *fumus boni iuris*, é indispensável fazer o reajuste de meu voto, em sua acepção inicial, até porque o eminente relator alterou o conteúdo inicial da liminar deferida, a fim de que:

a) a eficácia do inciso II seja totalmente suspensa;

b) a eficácia do inciso III, na parte posterior à expressão "veicular propaganda política", também seja atingida pela supressão de efeitos;

c) se aplique a técnica do arrastamento para tornar ineficazes os §§ 4º e 5º do art. 45, dispositivos estes não atacados na inicial e que trazem os conceitos de trucagem e montagem.

Inspiro-me, a esse propósito, nas considerações lançadas pelo ministro **Marco Aurélio**, que se vale do pedido sucessivo da autora, cuja reprodução é conveniente para que se compreenda o alcance da solução a ser adotada:

> 76. Caso o Tribunal não entenda pela declaração de inconstitucionalidade integral dos mencionados dispositivos – o que só se admite em reverência ao princípio da eventualidade –, requer a *Abert* seja declarada a inconstitucionalidade parcial,

sem redução do texto, dos incisos II e III do art. 45 da Lei federal 9.504/1997, para que essa Egrégia Corte, mediante interpretação conforme à Constituição:

a) afaste do ordenamento jurídico interpretação do inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações;

b) afaste do ordenamento jurídico interpretação do inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar a crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais.

É possível chegar a resultados igualmente eficazes ao da liminar em relação ao inciso II dele excluindo, por técnica de interpretação conforme, a atividade humorística, nos termos do pedido sucessivo, mantendo-o hígido para os fins da vedação do art. 55, quanto à Propaganda Eleitoral Gratuita (PEG).

Da mesma forma, como se depreende das razões exaustivamente lançadas, quanto ao inciso III, não seria o caso de suspensão de eficácia da norma, mas de atribuição de interpretação conforme para, em atendimento ao pedido sucessivo, **retirar qualquer dúvida sobre a licitude da** realização da "crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais", que sempre reputei possível em razão do disposto no inciso V. Adoto essa solução, pois entendo que, com o uso da técnica da interpretação conforme, fica mais claro o comando da norma para seus múltiplos intérpretes, se comparado com a sua mera supressão do texto normativo.

A veiculação de propaganda, é evidente, está restrita aos casos legais típicos. Não se trata de censurar jornalistas ou humoristas. Opiniões favoráveis ou contrárias a postulantes eleitorais (ou suas agremiações) são fatos corriqueiros no noticiário brasileiro. Quotidianamente, são destacados pontos positivos ou negativos sobre as falas dos candidatos, as posturas supostamente fisiológicas de partidos políticos, as gafes, os comentários extemporâneos. Basta abrir os jornais de hoje ou assistir a televisão para encontrar todas essas condutas.

Assim como assim, voto no sentido de acolher o pedido formulado na inicial, de caráter sucessivo, a fim de dar interpretação conforme aos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997, nos limites ali delineados.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli: Em relação ao inciso II, portanto, senhor presidente, eu referendaria a liminar para dar interpretação de que ele não se impõe aos programas de humor.

A respeito do inciso III, peço vênia para indeferir a liminar na íntegra, porque entendo que não há nele a restrição que a autora diz haver, porque o inciso V do art. 45 permite a "crítica" nos "programas jornalísticos" e, também,

nos programas de "debates políticos". Pode uma emissora de televisão ou rádio, licitamente, na forma do inciso V, fazer mesas redondas de debates sobre os candidatos, sobre a eleição para presidente, governador, deputado. Enfim, tudo isso é lícito. O núcleo da norma está, de alguma forma, vinculado à ideia de paridade de armas, como bem destacou o procurador-geral da República, mas ele não se aplica, a meu ver, aos "programas jornalísticos", que são expressamente mencionados na lei. O inciso III é genérico; ele não diz nada sobre programação "a", "b" ou "c", sobre tipo de programa. O inciso V diz. E o inciso V, ao mencionar "programas jornalísticos ou debates políticos", exclui qualquer tipo de vedação à crítica, ao debate amplo, aberto, da vida política nacional.

Portanto, senhor presidente, eu não vejo, pelos fundamentos colocados, a razão de se aplicar a suspensão do inciso III do art. 45.

São essas as minhas considerações. No entanto, antes de encerrar, eu não poderia deixar de ressaltar, senhor presidente, a importância desse debate, que faz desta Casa, pelo tema de que trata, uma Corte verdadeiramente Constitucional – nós que lidamos no dia a dia com tantas outras questões. Gostaria de destacar, também, as belas sustentações orais feitas pelo autor, pelo advogado e deputado Miro Teixeira e pelo procurador-geral da República.

É como voto, senhor presidente. Referendo a liminar, em parte, no que diz respeito ao inciso II, e nego a liminar em relação ao inciso III, por desnecessidade de sua retirada do mundo jurídico.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou suspender a sessão após o voto de Vossa Excelência, ministro Dias Toffoli, mas um dos problemas que se poderá discutir em seguida – aliás, tenho voto longo sobre isto –, é mostrar que, exatamente, o inciso II pode ser usado em relação a programa humorístico, porque é próprio da caricatura, da sátira e da farsa, aquilo que se chama de deformação hiperbólica da realidade. Ninguém faz farsa, caricatura ou sátira, sem deformar a realidade.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Os §§ 4º e 5º proíbem alterar a realidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então é possível usar o inciso II exatamente para evitar isso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas o meu voto vai exatamente nessa linha, senhor presidente, de liberar os programas de humor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu ainda faria uma ressalva...

A sra. ministra Cármen Lúcia: Como dizia o Guimarães Rosa no **A hora e a vez de Augusto Matraga**: Isto não é mentira, porque é uma verdade que inventei, e inventei para mostrar a realidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Se não pudesse ser inventada e não pudesse ser usada numa trucagem, ficaria difícil.

Enfim, vamos suspender a sessão por vinte minutos, e, em seguida, retomaremos o tema.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: **1**. Senhor presidente, inicio por observar, relativamente ao que acentuado da tribuna pelo eminente advogado Miro Teixeira, quanto ao voto que proferi no julgamento da ação direta que cuidou da inconstitucionalidade da lei de imprensa. Segundo o nobre advogado, teria proferido um "voto radical".

Apenas cuido de esclarecer, sem qualquer comentário, menos ainda crítica ao que por ele acentuado, até porque é direito do advogado e de todos os cidadãos pensarem livremente sobre os votos proferidos pelos juízes de seu país, que não partilho apenas do seu ponto de vista quanto a ter sido radical.

Votei como votaria qualquer mineiro. Afinal, tratava-se, lá como cá, do direito à liberdade, exercida nos termos constitucionalmente previstos. E como disse Tancredo Neves, liberdade é de outro nome de Minas. Para quem honrou a bandeira mineira desde a mais tenra infância, a luta pela liberdade não é um escolha, é um destino. Afinal, vivemos sob o signo da inscrição *libertas quae sera tamen*: liberdade ainda tardia. Nós, povos de Minas, estamos condenados a andar pela vida cuidando desta luta como quem anda pela paz. E o que fazemos para honrar quem veio antes e para garantir a honra de quem vier depois.

2. No caso presente, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) propõe ação direta de inconstitucionalidade questionando a validade do art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997, que assim dispõe:

> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:
> (...)
> II – **usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito**;
> III – veicular propaganda política **ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes**;

3. A autora sustenta que as normas legais sublinhadas contrariam os incisos IV, IX e XIV do art. 5º e o art. 220 da Constituição da República, que dispõem:

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

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Alega que as vedações impostas pelo art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997 inibem as emissoras de rádio e televisão de divulgarem temas políticos polêmicos "para não serem acusadas de 'difundir opinião favorável ou contrária' a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes".

Argumentam que, apesar de o art. 220 declarar que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição" (*caput*), que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social" (§ 1º) e que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística", a Lei 9.504/1997 teria criado "restrições e embaraços *a priori* à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão" que constituem "verdadeira censura de natureza política e artística".

O pedido de medida cautelar objetivou "a suspensão cautelar da eficácia do inciso II e de parte do inciso III (isto é, da expressão 'ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes') ao art. 45 da Lei Federal n. 9.504/1997, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade".

4. O ministro Ayres Britto, pela premissa de "não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas", deferiu parcialmente a liminar "para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e conferir ao inciso III do mesmo dispositivo a seguinte interpretação conforme a Constituição: considera-se conduta vedada, aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalística que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o 'princípio da paridade de armas'".

5. Encareço, inicialmente, que a cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é medida atribuída a este Plenário. Invocado precedente meu na respeitável decisão monocrática pelo ministro relator, gostaria de realçar que, naquele caso, não havia tempo entre a aplicação da norma, cujos efeitos determinei fossem suspensos, e uma sessão deste Plenário na qual se pudesse analisar a matéria. No final de semana subsequente ao da distribuição daquela ação, estavam marcadas posses de vereadores em todo o País em aplicação da norma questionada, o que geraria inegável complicação social, jurídica e política.

Daí ter decidido como o fiz, do que noticiei, previamente, ao presidente deste Supremo Tribunal, então o ministro Gilmar Mendes, a fim de me manter respeitosa em relação a este Plenário e a todos os ministros. Competência para decidir sobre cautelar em ação direta é do Plenário e a excepcionalidade do exercício monocrático daquela atribuição, a meu ver, não pode ser aferida senão em condições que importam em ineficácia da medida se, ao final, vier a ser concedida.

Com a devida vênia do eminente ministro Ayres Britto, relator, não me parecem presentes os requisitos no caso em pauta.

Bem ao contrário, a vigência da Lei 9.504 há treze anos e a ausência de cerceamento, pelo menos formal, cogitado pelo Tribunal Superior Eleitoral, tornam a meu ver ausente da característica autorizativa da atuação monocrática do eminente relator.

Daí por que apenas pontuo tal pensar, sem que deixe de passar a votar, como teria de ser, porque tenho como relevante e urgente a matéria, apenas não a ponto de deflagrar a atribuição excepcional conferida à atuação monocrática de um dos ministros desta Casa.

6. Quanto à cautelar requerida, acompanho, agora com o reajustamento do voto, a conclusão do ministro relator.

7. De se iniciar pelo *caput* do art. 45 da Lei 9.504/1997, no qual se estabelece o período de incidência das vedações prescritas, a saber, *a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado* (...).

A partir daquela data, pela legislação eleitoral vigente, se tem o início do período de pedido de registro de candidaturas. Logo, a partir do dia em que os partidos políticos podem apresentar, formalmente, os seus candidatos a candidatos se impõem proibições a emissoras de rádio e televisão quanto à sua "programação normal e noticiário".

Na grade de programação normal se podem ter desde programas de cunho jornalístico, animação, até os humorísticos.

No noticiário se terá, então, programa de rádio ou televisão expondo notícias, a saber, com o objetivo precípuo de informar sobre fatos os ouvintes ou telespectadores.

O que se impõe, portanto, na norma proibitiva é uma limitação prévia à liberdade das emissoras para programar suas apresentações.

8. No inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997, proíbe-se o uso de "trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou veicular programa com esse efeito".

Ao vedar, previamente, a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degrade ou ridicularize candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito parece haver uma imposição de cerceamento prévio em contrariedade ao disposto no art. 220, *caput* e § 1º e § 2º, da Constituição do Brasil. A dizer, no ponto, a lei cria "embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social", além de impor "censura de natureza política, ideológica e artística".

Censurar é repreender, desaprovar e por conta desta admoestação impedir.

A censura é a mordaça da liberdade. Se legítimo ou não o acanhamento da liberdade é o que se há de verificar, porque o direito à liberdade está delineado com suas restrições no sistema jurídico.

Mas no modelo constitucional brasileiro a censura de natureza política, ideológica e artística não é permitida. Logo, na minha visão, ao excluir do espaço de liberdade de informação (noticiários) e de programas (incluídos aí como estão os de humor) da arte, não tenho como compatibilizar as regras legais com a norma constitucional.

Trucagem, como exposto no § 1º do art. 45 acrescentado pela Lei 12.037/2009, é um meio de expor um truque ou de expressar uma ideia ou descrever uma situação por meio de truques, o que poderia significar uma falsa verdade.

Montagem, também definido no § 5º do art. 45 acrescentado pela Lei 12.037/2009, é operação técnico-estética pela qual se atinge o efeito de emocionar ou informar mediante combinação de trechos ou imagens que apresentem um resultado previsto pelo autor.

A trucagem e a montagem são técnicas legítimas, adotadas no rádio, na televisão e no cinema, operações regulares para expressar o que busca o autor.

Então, previamente estabelecer que tais operações são vedadas no período iniciado em 1º de julho de ano de eleições me parece incompatível com a norma constitucional proibitiva de censura.

É certo que, em todo o caso, fica impedida a degradação, vale dizer, o aviltamento, a desmoralização social que conduza, em qualquer modo e tempo, outro ser humano, pois tanto atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, e não apenas de candidatos.

Entretanto, cercear a liberdade de manifestação artística (que o humor não é mais que uma forma de expressão artística que imuniza o meio pelo qual se expõe, seja ele o teatro, o cinema ou a televisão, e os meios de usa exposição), a liberdade de expressão e a de informar e de ser infirmado em nome de uma

salvaguarda da lisura e do não desequilíbrio do pleito parece-me demasia legislativa incompatível com a previsão constitucional.

E penso assim porque liberdade tem um núcleo que não pode ser atingido. O direito à liberdade é a expressão da liberdade em determinado sistema jurídico e apenas por isso se tem, é exato, limites a seu exercício.

Entretanto, quando a liberdade mesma é atingida, o que é apelidado de direito à liberdade esvazia-se, retórica despojada de conteúdo.

E, como afirmava Machado de Assis, "a liberdade, antes confusa que nenhuma. (...) A liberdade não é surda-muda, nem paralítica. Ela vive, ela fala, ela bate palmas, ela ri, ela assobia, ela chama, ela vive da vida (...)".

Afirma-se, na norma legal questionada, que não se pode degradar. Parece o óbvio: não apenas candidatos, não se pode degradar qualquer pessoa, pois a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana não é apenas do artista ou do jornalista, é de todo ser humano em relação ao outro. E é para que tanto não ocorra ou, se vier a ocorrer, se responsabilize o autor da degradação que se tem o Poder Judiciário a guardar a Constituição.

E, neste caso, não há novidade nem privilégio a candidato. O que se haverá de garantir é a responsabilidade de todos em relação a todos. Candidato ou não o direito à não ser degradado é conteúdo do próprio princípio da dignidade humana. Não se contém, não se configura e não se resguarda por causa da norma eleitoral suspensa.

Mas por ser de todos, não se pode, em primeiro lugar, cogitar de que haveria uma irresponsabilidade apriorística das emissoras em relação ao processo eleitoral e àqueles que nele concorrem, de modo a se ter como medida legal necessária a imposição de norma censurada prévia de seus comportamentos e proibitiva de determinadas operações.

E acho que não pode em face dos termos taxativos das normas constitucionais: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Comentando tal dispositivo leciona, entre outros, José Afonso da Silva que "isto é que, em primeiro lugar, gera a repulsa a qualquer tipo de censura à imprensa, seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a divulgação de matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação de veículo impresso). Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X), pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 826).

9. De tudo tenho como perfeitamente fundamentada na Constituição do Brasil a solução oferecida, nesse ponto, pelo ministro relator, referendando a medida liminar.

10. Quanto à interpretação concordo também em que se ofereça interpretação conforme à Constituição, como proposto pelo ministro Ayres Britto, ao inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997, pela circunstância, por ele destacada, de o próprio texto constitucional (art. 223, c/c art. 220, § 6º, da Constituição) tratar de forma diferenciada a mídia escrita da mídia de sons ou sons e imagens. Do que se há de concluir, nessa fase cautelar, que também o regime de permissões e proibições pode ser diferenciado entre essas duas formas de veicular o pensamento expresso.

Esse fundamento é suficiente para não se afastar, de imediato, a vigência da norma contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997, bastando a interpretação conforme no sentido de que a conduta vedada seria aquela consubstanciada em "veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalística que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o 'princípio da paridade de armas'".

11. Todavia, não referendo a afirmação de que a aferição pelo Poder Judiciário de eventual prática de conduta vedada e aceita por este Supremo Tribunal Federal como constitucionalmente válida somente poderia realizada em momento posterior à efetiva prática da conduta.

E é exclusivamente no ponto em que se tem na decisão cautelar monocraticamente deferida a referência à atuação possível posterior do Poder Judiciário que não acompanho o ministro relator.

E não o acompanho pelo que se contém no art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Se a ameaça, vale dizer, situação objetivamente comprovada e iminente, a impor constrangimento ilícito a alguém, inclui-se no direito fundamental à jurisdição, e nem mesmo a lei pode exclui-la, não o poderia o juiz, sequer este juízo constitucional.

É que há casos – e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já os examinou –, em que eventual direito de reparação pela prática de conduta vedada durante o processo eleitoral seria irreparável se somente *a posteriori* se tivesse o acesso ao Poder Judiciário.

Como reparar o candidato a determinado cargo político que se vê derrotado nas urnas em decorrência de notícia ou crítica inverídica ou cujo conteúdo seja caracterizado como conduta vedada pela legislação eleitoral? Fixa-se um montante indenizatório? Baseado em quê? No salário do cargo para o qual concorreu? Seria esse o único objetivo do candidato, ou seja, ganhar salário? E como associar a derrota do candidato à conduta vedada praticada por instituição midiática?

Há situações em que a atuação posterior do Poder Judiciário será absolutamente ineficaz. E o que é mais grave, a meu ver, é que o direito constitucional fundamental à jurisdição teria sido limitado pela mão deste Supremo Tribunal, o que me parece desencontrado da previsão do art. 5º, XXXV.

O ministro Sepúlveda Pertence proferiu decisão liminar na Pet 2.702, referendada pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na qual fez as seguintes considerações:

> A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais. Nos limites desse terreno – campo aqui e alhures, de permanente ocupação dos teóricos e de numerosas dissenções nos tribunais – é que a petição procura entricheirar-se e sustentar a prevalência – sobretudo, quando se trata de fatos de interesse público e relativos a homens públicos –, da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais, a Constituição prescreveu a vedação peremptória da censura prévia (CF, art. 220 e § 2º).
>
> "Nem mesmo a certeza do prejuízo de uma publicação futura" – extratam as razões do recurso extraordinário da manifestação de Sérgio Bermudes (no *Jornal do Brasil* – fl. 148 – "justificaria a publicação dela. Para proteger a liberdade de Imprensa, a Constituição, num juízo de valor, consagrou o princípio absoluto da sanção posterior à publicação danosa."
>
> "A inexistência de possibilidade de restrição prévia da liberdade de imprensa, no sistema da Constituição do Brasil" – conclui o jurista respeitado – "repele qualquer decisão judicial, liminar ou definitiva, que pretendesse impedir uma publicação jornalística."
>
> Nem aí, porém, as águas, em que navegam os juristas, são assim tão remansosas.
>
> Em posição diametralmente oposta, situa-se o celebrado Gilmar Mendes (*Colisão de direitos fundamentais* (...) *em direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*, 1998, p. 85), a partir da garantia da inviolabilidade dos direitos da personalidade, do art. 5º, X – do qual, assevera, "parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido" e o qual, de resto, faz remissão ao art. 220, § 1º, ao proclamar a liberdade de informação jornalística – assim como "da efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito" (art. 5º, XXXV) – que muito pouco significaria, conclui, "se a intervenção" (judiciária) "somente pudesse ser dar após a configuração da lesão".
>
> A respeito da polêmica assim vislumbrada – que reflete a viva dissenção no direito comparada, tanto na doutrina, quanto nos tribunais constitucionais –, ainda não se pode divisar, no Brasil, uma orientação firme do Supremo Tribunal: o que, à vista das premissas recordadas, já bastaria para fazer temerária e pretendida antecipação da tutela recursal.
>
> Há mais, porém: de logo, o equacionamento da colisão de princípios constitucionais a solver no caso não se pode restringir à contraposição frequente – entre a liberdade de informar e o direito à honra e à reputação.

Não é possível fazer abstração de que está em causa é a licitude da publicação fruto da interceptação telefônica – hoje, em si mesma iniludivelmente criminosa – e que afronta garantia constitucional – a do sigilo das comunicações telefônicas –, de cujo âmbito a Constituição só subtraiu aquela previamente autorizada por decisão judicial e para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal (art. 5º, XII).

(...)

As precedentes considerações sobre tópicos substanciais do litígio – a que deixei arrastar por sua inegável transcendência constitucional –, seriam, a rigor, dispensáveis, pois o indeferimento da pleiteada antecipação da tutela recursal, é suficiente a invocação do óbice do art. 273, § 2º, Código de Processo Civil:

(...)

Certo, no caso, também a empresa requerente lastreia o pedido liminar na alegação de que o retardamento da publicação da matéria – dada a aspiração presidencial do requerido –, poderá causar dano irreparável não só a ela empresa jornalística, "mas a toda a população brasileira, que estará sendo privada de conhecer dados relevantes do caráter de quem pretende governá-la".

Sem questionar a legitimação da empresa jornalística para a defesa do direito difuso de todos à informação relevante, não há negar que – conforme sejam os resultados do pleito que se avizinha –, poderá esmaecer a curiosidade a respeito do homem público referido, em prejuízo do interesse jornalístico da matéria e, consequentemente, dos interesses compresariais na sua publicação.

É evidente, no entanto, que a aplicação do art. 273, § 2º, Código de Processo Civil – o risco da irreversibilidade do provimento antecipado há de ser avaliado sob a perspectiva, não do requerente, mas do requerido.

E, sob esse prisma – único adequado ao exame da petição liminar –, evidenciar o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado seria assumir "a tarefa penosa e ser termo da demonstração da obviedade", tanto é ele manifesto, ao menos na conjuntura eleitoral do requerido, na qual, significativamente, a requerente também busca escorar a sua alegação de urgência da publicação.

O precedente transcrito serve para mostrar que, além da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição, que seria suficiente para não me pôr de acordo na cautelar apenas e exclusivamente neste ponto limitador da atuação do Poder Judiciário), os prejuízos que podem ser causados a determinado candidato por determinado comportamento ilícito podem ser irreversíveis, o que geraria como consequência justamente o direito do cidadão a ter, na paridade de instrumentos disponíveis aos candidatos no processo eleitoral, um limite a seu direito de ser informado com correção e honestidade.

12. Também no julgamento da ADI 2.566-MC, relator o ministro Sydney Sanches, *DJ* de 27-2-2004, na qual se questionava a constitucionalidade do art. 4º, § 1º, Lei 9.612/1988 ("é vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiofusão comunitária"), este Supremo Tribunal Federal afirmou que o exame dos excessos, tanto de particulares quanto do poder público na aplicação da vedação, se daria no exame dos casos concretos pelo Poder Judiciário, sem limitar o momento em que seria possível fazer esse exame.

13. Pelo exposto, neste exame preambular da medida requerida, **voto no sentido de referendar a cautelar na forma deferida pelo ministro relator, afastando-me da conclusão de Sua Excelência exclusivamente no ponto em que limita o direito de todo e qualquer cidadão ter acesso ao Poder Judiciário quando entender de seu direito, diante de ameaça ou de lesão, sem restrições quanto ao momento em que se dê a provocação que entenda transgressor ou gravoso à sua dignidade**.

VOTO
(Aditamento)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, tenho voto escrito, que não é muito longo.

De pronto, adiro às propostas feitas pelo ministro relator. Só para voltarmos: Sua Excelência suspende o inciso II, integralmente, a segunda norma, a norma da parte final, do inciso III do art. 45?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Sim, do inciso III, a segunda parte.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Indago a Vossa Excelência, em face disso, ainda que em medida cautelar, como ficariam os §§ 4º e 5º que foram acrescentados e que dizem o que é trucagem e montagem? Se por arrastamento eles não teriam que ser...?

O sr. ministro Gilmar Mendes: Seria o caso de dar por arrastamento.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Acho que cabe.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu também.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por consequência lógico-jurídica...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Como consequência lógica.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Como consequência lógico-jurídica, mesmo não tendo sido pedido por arrastamento, é normal a jurisprudência.

De toda sorte, senhor presidente, não vou ler meu voto, mas gostaria de ler algumas considerações, algumas passagens. Vou fazer a juntada do voto.

Faço uma primeira consideração, senhor ministro relator, porque fui citada na decisão de Vossa Excelência, relativamente à cautelar monocrática. Deixei claro, no início desta sessão, que quando fiz isso – comuniquei previamente em respeito ao Plenário, ao então presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes –, deveu-se à circunstância de que o advento daquela emenda constitucional gerou, imediatamente, a marcação de posses de vereadores em todo o País naquele fim de semana e, por essa razão, entendi que era imprescindível esperar. Digo isso apenas para pontuar uma preocupação enorme que tenho – que com certeza é de todo o Plenário –, porque competência e atribuição, realmente, para a cautelar em ação direta é deste Plenário e a sua excepcionalidade não pode ser banalizada.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): No Regimento Interno há uma exceção:

> IV – Determinar em caso de urgência as medidas do inciso anterior *ad referendum* do plenário da casa.

Agora, claro, que é diante de urgência.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Sim, diante de uma urgência. Mas faço questão de acentuar, porque, como houve essa citação, e naquele caso realmente chegamos à conclusão – na época comuniquei ao presidente do Supremo a nossa enorme preocupação da confusão que geraria –, faço questão de pontuar. Mas passo ao voto, como eu disse, e quero apenas acentuar algumas passagens brevíssimas.

Quando se trata, como aqui se tem, de uma vedação dirigida especificamente às emissoras de rádio e televisão, a partir de 1º de julho, o que significa a partir do dia em que os partidos vão requerer o registro de candidatos, e, portanto, a partir desse momento, criar um embaraço à liberdade de informação jornalística nos seus veículos, isso para mim contraria, como Vossa Excelência acentuou, e constitui censura que é desaprovar e, por conta dessa desaprovação, impedir que se faça alguma coisa, e, neste caso, é apriorístico; e como censura é uma mordaça da liberdade, realmente acho que não há como compatibilizar.

Ressalto, ainda, que tanto o inciso II quanto o inciso III, na parte final, a meu ver, cerceiam principalmente não a liberdade jornalística, mas a liberdade de manifestação artística, porque a comédia, a sátira, o humor, desde a antiguidade, é uma das manifestações do teatro e é uma manifestação artística que encontra respaldo, a meu ver, com o núcleo intocável no art. 5º. Por isso mesmo acho que não pode ser, definitivamente, de alguma forma, tolhida.

Vossa Excelência fez uma citação há pouco e lembrava até a referência do ministro presidente de que impedir esse humor seria uma piada, cito no meu voto uma passagem de Machado de Assis, que diz:

> A liberdade, antes confusa, que nenhuma. A liberdade não é surda-muda, nem paralítica. Ela vive, ela fala, ela bate as mãos, ela ri, ela assobia, ela clama, ela vive da vida.

A norma questionada afirma que não se pode degradar, e a questão da degradação foi até agora enfatizada também pelo ministro Toffoli.

Parece-me de que isso é o óbvio, não apenas candidato, não se pode degradar, no sistema jurídico brasileiro e no Estado Democrático de Direito, qualquer pessoa, em qualquer momento, porque a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana não é apenas do artista ou do jornalista, é de todo ser humano em relação a outro. E para que tanto não ocorra ou se vier a ocorrer se responsabilize o autor da degradação é que se tem o Poder Judiciário a guardar a Constituição.

A ressalva que eu fazia aqui vou retirar, posteriormente, uma vez que Vossa Excelência, por causa da interpretação conforme, tinha feito referência a esse

acesso ao Judiciário *a posteriori*, eliminado, portanto, eu também vou eliminar essa passagem.

Para mim, não há novidade nem privilégio que se possa conceder a candidato. O que se haverá de garantir é a responsabilidade de todos em relação a todos, candidato ou não, o direito a não ser degradado é conteúdo do próprio princípio da dignidade humana, não se contém, não se configura e não se resguarda por causa dessa norma eleitoral suspensa, mas por causa do art. 1º, III, da Constituição.

E por ser de todos, não se pode, em primeiro lugar, cogitar de que haveria uma irresponsabilidade apriorística das emissoras em relação ao processo eleitoral e àqueles que nele concorrem, de modo a se ter como medida legal necessária a imposição de norma que, a meu ver – repito –, é censuradora prévia de seus comportamentos e proibitiva de determinadas operações, e acho que não podem em face dos termos taxativos das normas constitucionais, segundo as quais é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Cito alguns autores, como o professor José Afonso da Silva, que trata exatamente desse ponto, e, por tudo, tenho perfeitamente fundamentada na Constituição do Brasil os fundamentos de Vossa Excelência.

Estou citando a doutrina e a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que já examinou, em alguma ocasião, essa questão, porque o ministro Sepúlveda Pertence, na Pet 2.702, referendada pelo Plenário, dizia que:

> A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é [que, segundo ele, era] o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.

No caso presente, senhor presidente, de tudo que se tem na norma, tenho não uma colisão de direitos, mas, realmente, uma afronta a um direito constitucional perfeitamente centrado na dignidade da pessoa humana e nas suas expressões, incluídas aí as artísticas, as de liberdade e expressão política.

Como eu disse – eu não vou ler o voto que ficou um tanto longo –, estou seguindo também a linha do ministro relator, referendando, portanto, a decisão com os ajustamentos feitos e propondo que seja feita, com essa suspensão, também a suspensão dos §§ 4º e 5º, acrescentados e que apenas esclarecem o conteúdo daquilo que se tem no inciso II do art. 45, e por arrastamento seriam suspensos também os que foram postos pela Lei 12.034.

É como voto, senhor presidente, e vou fazer a juntada da íntegra do voto.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, serei breve também, e farei apenas algumas considerações orais, não trago voto escrito.

Inicialmente, gostaria de mais uma vez manifestar a minha perplexidade com relação ao fato de que esta matéria só foi trazida à baila neste momento.

A lei, como já foi dito pelo eminente ministro Dias Toffoli, está em vigor há dezessete anos. Trata-se exatamente da Lei 8.713/1993, que impedia, já àquela época, a:

> II – trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

O inciso III, repetido na Lei 1.504/1997, também já constava de um texto legal, de uma lei formal, há mais de dezessete anos.

Portanto, não há nenhuma novidade; não vejo por que conceder-se esta liminar a cerca de trinta dias das eleições. Mas não é esse o meu posicionamento definitivo, porque, sensibilizado pelos argumentos dos colegas, proferirei voto sobre matéria final, no sentido de dar uma interpretação conforme aos dispositivos legais contestados.

Não há novidade nem mesmo quanto à conceituação do que seja trucagem ou montagem.

A Lei 12.034, que é a minirreforma eleitoral, simplesmente formalizou aquilo que vinha constando das resoluções do TSE desde 2000: a Resolução 20.562/2000 conceituava o que era trucagem, montagem; a Resolução 20.988/2002; a Resolução 21.610/2004; a Resolução 22.261/2006; a Resolução 22.718/2008 e, assim, por diante; e a última, agora em vigor, que regula a matéria tal qual ela se dispõe na Lei 12.034.

De maneira, não vejo nenhuma novidade nem no que diz respeito aos conceitos e, também, muito menos ao que diz respeito às trucagens e montagens, à sua definição.

Com relação à montagem e trucagem, ainda ontem à noite, no TSE, tive a oportunidade de me manifestar a favor do direito de resposta, em uma coligação liderada pelo PSDB, em razão de um programa veiculado por partido adversário, em que o ex-presidente, Fernando Henrique Cardoso, numa frase evidentemente retirada de um contexto, aparecia chamando os aposentados de vagabundos. Um ex-presidente da República...

O sr. ministro Marco Aurélio: Como se tivesse chamado, porque não chamou. Ele utilizou o advérbio de negação, o *não*, e apenas colocou que o fator previdenciário, uma vez adotado, beneficiaria os aposentados quanto à melhoria de benefícios, de parcelas, e que, assim, não seriam, foi o que ele disse, vagabundos. Mas no programa foi dada outra conotação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pinçaram uma pequena expressão. Repetiram à exaustão, num programa adversário, como se o ex-presidente – de todos conhecido, por sua isenção e por seu preparo intelectual –, tivesse chamado os aposentados de vagabundos. Isso é trucagem, montagem, que a lei quer evitar.

Recordo, também, assim como fez o eminente ministro Dias Toffoli, que a Lei 8.713/1993 já foi, ainda que indiretamente, submetida ao escrutínio do Plenário desta egrégia Corte, embora se questionasse, à época, o art. 70, que a vedação de transmissão de programa de rádio e televisão, por apresentador ou comentador, na verdade deu-se um aval àquilo que esse texto legal dispunha, na medida em que o seu relator, no que foi acolhido por todos os demais membros, diz que essa lei, na verdade, cuidava de fazer observar o princípio constitucional da isonomia entre os candidatos.

Esse inciso II é muito interessante, porque veda:

> II – trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

Agora, eu pergunto: onde está a inconstitucionalidade em se vedar que, mediante trucagem ou montagem, se degrade um determinado candidato? Degradar significa colocar alguém abaixo do patamar mínimo constitucional, que é o patamar da dignidade humana, um dos pilares de sustentação de todo o nosso arcabouço constitucional. Não é possível degradar, não se pode degradar ninguém. Nesse sentido gostaria de trazer à colação duas expressões lapidares por um ex-ministro desta Casa, que lamentavelmente nos deixou há um ano, como disse o eminente ministro Dias Toffoli, que foi proferida no recurso especial julgado no TSE de número 1.286, e também outra expressão muito feliz, muito precisa do não menos eminente ministro Ayres Britto, com relação exatamente a essa expressão degradar. O que disse o saudosíssimo ministro Menezes Direito:

> O verbo degradar pode ser transitivo direto e bitransitivo, além de pronominal, alcançando aquelas situações de desgaste, deterioração, a que submetida uma pessoa, tendo também o sentido de aviltar, envilecer, desgastar para ficar apenas na seara dos dois dicionários mais utilizados hoje, o *Aurélio Século XXI* e o *Houaiss*.

O ilustre ministro Carlos Ayres Britto, com a precisão e a elegância linguística que o caracterizam, naquele recurso especial assentou o seguinte com relação a essa expressão:

> Degradar é uma espécie de *plus* em relação à ofensa, por implicar cometimento ou assunção de uma conduta ultrajante, beirando o escândalo, ao passo que ridicularizar é fazer pouco do opositor, é achincalhar o opositor, é fazer deboche.

Portanto, eminentes pares, eu não vejo...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu só queria lembrar.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Pois não.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Estou aqui procurando, eu selecionei um caso da jurisprudência norte-americana interessantíssimo, que a palavra era ultrajar. E a Corte norte-americana disse que é próprio do humor provocar o motejo, o sarcasmo e que era muito perigoso eliminar da possibilidade do humor um programa que levasse alguém a se considerar ultrajado, porque é muito subjetivo; em última análise, julgar-se ultrajado termina sendo, digamos assim, um critério subjetivo, exclusivamente dependente daquele que se sentiu ultrajado, aquele que se sentiu ofendido. E eliminou, não considerou como constitucional essa proibição. Pelo contrário, afastou a proibição. A palavra era ultrajar.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É que, se eliminarmos, fizermos uma ablação do inciso II, *a contrario sensu*, estaríamos permitindo a degradação ou a ridicularização – aí, podemos modular essa expressão –, ridicularizar candidato, ou partido, ou coligação. Isso, a meu ver, seria flagrantemente inconstitucional.

Apenas para terminar, eu gostaria de anotar que o conhecido e prestigioso sítio eletrônico jurídico paulista "migalhas", que é organizado por juristas conhecidos em São Paulo, diz hoje o seguinte:

> Hoje, o Pleno do STF analisará a liminar concedida pelo ministro Ayres Britto que suspendeu os efeitos da legislação que proibia programas de rádio e TV de usar o humor para satirizar candidatos durante o período eleitoral. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV quer ver confirmada a decisão do ministro. O fato, convenhamos, é uma grande bobagem. A questão toda cinge-se ao inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97, o qual proíbe, a partir de 1º de julho de ano eleitoral, que emissoras de rádio e TV façam trucagens ou montagens para ridicularizar candidatos. A lei, que já existe há 13 anos [ele se refere, evidentemente, à Lei 9.504, e não à lei anterior que já tem mais de dezessete anos], nunca foi contestada, e nem por isso deixou-se de fazer humor. O que não pode, s.m.j., é truncar imagens da propaganda eleitoral, fato que poderia, acertadamente, confundir o eleitor desavisado. Agora, "a gente tem de entender" que imitar, brincar e fazer humor é, e sempre foi, permitido. Até mesmo porque foram eles (os candidatos) que começaram (...) Vide Tiririca e cia.

Ou seja, o *site* está com toda razão. Jamais a Justiça Eleitoral proibiu o humor, a sátira, a comédia. Não há na história da Justiça Eleitoral, especialmente a partir da edição da Constituição de 1988, qualquer vedação nesse sentido.

Portanto, concluo o meu voto, senhor presidente...

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Excelência, sem querer atrapalhar, eu localizei o caso:

Hustler Magazine v. Falwell – 1987. O Tribunal concluiu que a primeira emenda proíbe a responsabilidade dos meios de comunicação, baseada na responsabilidade pelo discurso ultrajante, pois ultrajante, na discussão de questões políticas e sociais, é tão subjetivo que o juiz pode julgar ilícita uma expressão simplesmente com base na sua versão – dele juiz – ao termo ultrajante.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Então, concluindo, senhor presidente, eu acompanho o ministro Dias Toffoli, na sua proposta de manter-se o inciso II do art. 45, com a ressalva de que não se pode interpretá-lo no sentido de afastar as sátiras e programas de humor.

E acompanho o eminente ministro relator, no que tange ao inciso III, porque Sua Excelência agora simplesmente fica no seguinte: ele mantém a expressão "veicular propaganda política" e retira do texto "ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação ou seus órgãos ou representantes". Portanto, eu me atenho estritamente ao objeto da inicial, que é proteger os programas humorísticos.

É o meu voto.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, também vou pedir vênia à divergência e vou me manifestar, já como antecipara, no sentido de acompanhar o voto do eminente relator, suspendendo integralmente o inciso II e parcialmente o inciso III.

A dinâmica da vida não impõe que haja aí um tipo de usucapião da legalidade. Pelo fato de a lei ficar em vigor por muito tempo, ela não se torna constitucional.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: E veja que, exatamente nesse tema da liberdade de imprensa – nós discutimos isso largamente na ADPF 130 –, declaramos não recepcionada a Lei de Imprensa em face da Constituição de 88, seguindo a técnica de decisão, portanto, aplicável ao direito pré-constitucional.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): A Lei de Imprensa tinha quarenta anos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, eu estou me referindo ao *periculum in mora*. Nós estamos em sede de liminar. É claro que até uma lei de cinquenta anos em vigor, o Supremo Tribunal Federal pode declarar inconstitucional, mas nós estamos examinando o *periculum in mora*, algo que está em vigor há dezessete anos. Eu só me cingi a isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, o problema é que o *periculum in mora*, em matéria de inconstitucionalidade, lhe é inerente, isto é, não existe inconstitucionalidade que não ofereça perigo para a sociedade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O estranho é que trinta dias antes das eleições é que esse *periculum* tenha sido suscitado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Além do que – e isso foi ressaltado na decisão do ministro Carlos Britto –, aqui nós temos uma norma de conteúdo sancionatório que diz:

Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

Portanto, é um *periculum in mora* que se renova, colocado diante das eleições. Daí, inclusive, decorre o fato de eu entender plenamente cabível a medida cautelar e também cabível a decisão do relator, em sede de decisão monocrática. Por quê? Porque, cada dia que passa diante da evidência da incompatibilidade com a Constituição, há esse risco. E, de fato, no caso havia não só em relação ao inciso II, mas também em relação ao inciso III. E não só em relação às manifestações de humor, como já ficou claro no debate, mas também quanto à manifestação, quase óbvia, de opinião por parte dos formadores de opinião que ocupam lugar no rádio e na televisão.

Eu tenho a impressão de que o pedido é oportuno. Isso acontece muitas vezes. Não houve impugnação no devido tempo e, por isso, o próprio Tribunal Eleitoral regulamentou o tema, estabelecendo as resoluções. Em algum momento esse debate talvez foi tolerado. Agora já há ameaças. Eu li, há pouco, uma corrente na internet, nesses blogues, concitando a uma manifestação, a uma petição para constrangimento, cassação de canais de televisão ou suspensão de programas que têm repórteres que fazem considerações de caráter opinativo. Referem-se, especialmente, ao Carlos Nascimento e ao Merval Pereira, dizendo que eles estão abusando do exercício da liberdade de expressão. Diz o texto, claramente, que corre na internet uma petição que seria encaminhada ao procurador-geral da República.

Portanto, a rigor, nós temos realmente essa ameaça. E é preciso que desburocratizemos as eleições. As eleições têm que ser feitas pelos candidatos, pelos partidos, pela imprensa. Nós não podemos burocratizar o processo eleitoral.

Aqui vale, inclusive, a máxima muito utilizada no futebol: o bom juiz, no jogo de futebol, é aquele que não aparece. Também a Justiça Eleitoral não deve aparecer excessivamente no processo eleitoral.

De modo que, com essas breves considerações, senhor presidente, eu acompanho o relator, fazendo também minhas as preocupações manifestadas pela ministra Cármen quanto à extensão ao arrastamento.

ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, apenas um esclarecimento com o relator, antes do meu voto. Sua Excelência adotou a técnica do arrastamento para os parágrafos?

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Na verdade, os dois parágrafos foram além da conceituação de trucagem e montagem, porque passaram a proibir também alteração da realidade. Mas eu quero crer que a técnica do arrastamento se aplique.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É o suficiente.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu acho que sim.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Até porque eles perdem o sentido.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Perdem o sentido.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Porque o sentido geral era definir o que se continha na outra.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Na verdade, ela quer explicar norma que foi suspensa.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): E aproveitou para endurecer o discurso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que talvez tenha contribuído exatamente para o acirramento do debate.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Dos ânimos, do debate.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que provavelmente deve ter suscitado a questão.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Eu adoto a proposta da ministra Cármen.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ministra **Ellen**, uma observação: o ilustre advogado da autora da ação fez questão de dizer que a impugnação ao inciso II, na intenção da autora, não alcançaria as vedações a que faz referência o art. 55, que diz:

> Art. 55. Na propaganda eleitoral no horário gratuito, são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas nos incisos I e II do art. 45.

Quanto às vedações do inciso II, eu sei que a maioria já se forma no sentido de uma suspensão do dispositivo de maneira ampla, e não só para os programas humorísticos, como apresentei em meu voto. Contudo, também temos que estar atentos, senhor presidente, para o fato de que, ao suspendermos esses dispositivos, para os fins do art. 55, estaremos permitindo, na propaganda eleitoral gratuita, o uso de todos esses elementos.

Por isso que eu faço essa observação à Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O art. 55 também entra no arrastamento.

O sr. ministro Dias Toffoli: E esses conceitos estão nos parágrafos referidos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas os parágrafos foram acrescentados ao art. 45, que é o objeto da ação direta.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ou seja, estar-se-á permitindo, na propaganda eleitoral gratuita, o uso de montagem e de trucagem.

Eu só estou fazendo essa observação porque, ao suspender, apenas e tão somente suspender, retirar, portanto, por tempo provisório, até o julgamento do mérito, o dispositivo do inciso II do art. 45, estaremos permitindo, de maneira

indireta, por conta da remissão que àquele dispositivo faz o art. 55, essa prática nos programas eleitorais gratuitos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Foi exatamente a questão que discutimos ontem no Plenário do TSE.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, o 55 entra por arrastamento também.

VOTO
(Antecipação)

A sra. ministra Ellen Gracie: Presidente, eu também quero me parabenizar com o eminente relator, que nos trouxe um voto brilhantíssimo, e de modo muito especial com o ministro Dias Toffoli, que aprofundou realmente a questão.

Peço vênia aos que formam a divergência para acompanhar o relator, inicialmente para dar pela viabilidade da concessão da liminar, tal como fez Sua Excelência, em quadra em que a urgência se fazia presente.

Vejam Vossas Excelências que estamos a um mês das eleições e, apenas hoje vamos decidir essa questão. De modo que a urgência se fazia presente, é uma urgência que se renova a cada momento eleitoral.

Entendo que foi perfeitamente adequada a decisão monocrática do eminente relator.

Também, como ele, suspendo a vigência dos incisos II e III, na sua segunda parte, em que diz "III – ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, ou seus órgãos ou representantes".

As preocupações, muito adequadamente trazidas tanto pelo procurador-geral, quanto nos votos da divergência, especialmente do ministro Ricardo Lewandowski e do ministro Dias Toffoli, estão respondidas, no inciso IV do mesmo art. 45, que igualmente proíbe *dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação.* Esse inciso IV, no meu entendimento, resolve a tensão que existe entre os direitos aparentemente conflitantes, o direito de liberdade de expressão, de um lado, e, de outro lado, o direito de paridade de armas na campanha eleitoral. Portanto, acredito que, com a exata aplicação do inciso IV, nós teremos a possibilidade de evitar, se for necessário, que haja favorecimento de uma ou de outra corrente política.

Com essas brevíssimas razões, peço juntada de meu voto escrito, e acompanho integralmente o relator, inclusive no arrastamento dos parágrafos.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, no voto que proferi no julgamento de mérito da ADPF 130, ousei divergir do eminente relator e da douta maioria formada ao entender possível a coexistência, em nosso ordenamento jurídico, das normas constitucionais que asseguram a plena

liberdade de informação jornalística e uma legislação infraconstitucional que defina minimamente os limites e responsabilidades da atividade de imprensa no Brasil.

Sem deixar de reconhecer que ou a imprensa é essencialmente livre ou nem mesmo assim pode ser chamada, fundamentei minha conclusão, naquela oportunidade, na convicção de que não há na Constituição Federal hierarquia entre direitos fundamentais que autorize, em nome do resguardo de um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. Nesse sentido, assim escrevi a respeito do alcance que empresto ao art. 220 da Carta Magna:

> Em conclusão, senhor presidente, acredito que o art. 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.

Tomando esse entendimento como ponto de partida, verifico que a Lei 9.504, de 30-9-1997, ao fixar as diretrizes normativas para a realização de eleições no Brasil, endereçou a dois dos mais relevantes meios de comunicação social – o rádio e a televisão – um conjunto de regras para a veiculação da propaganda eleitoral (arts. 44 a 58-A).

Vejo aqui, mais uma vez, uma clara manifestação de ponderação de princípios constitucionais, na qual nenhum valor maior em jogo precisou ser resguardado à custa do sacrifício integral de todos os demais.

Não é difícil imaginar os efeitos nefastos que sofreria o processo eleitoral e, por via de consequência, a própria democracia, caso o rádio e a televisão, sob a invocação do direito absoluto à liberdade de expressão e de informação, pudessem tomar preferência ou manifestar aversão por determinados candidatos presentes no jogo eleitoral.

A legislação infraconstitucional ora em exame vem impedir, dessa forma, que o rádio e a televisão, utilizados com odiosa parcialidade, desequilibrem o processo eleitoral, sem que as restrições por ela impostas possam ser vistas, *a priori*, como atentatórias à liberdade de manifestação.

Aponto, exemplificativamente, as salutares vedações contidas nos incisos IV, V e VI do art. 45 da Lei 9.504/1997, que não são objeto da presente ação direta. Impedem elas, na transmissão radiofônica ou televisiva, o tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação, a alusão ou crítica a candidato ou partido político em filmes, novelas e minisséries, ou a divulgação de nome de programa que acabe, involuntariamente ou não, representando clara referência a determinado candidato.

Feitas essas considerações, passo ao efetivo exame dos dispositivos impugnados e da plausibilidade da alegação de ofensa ao texto constitucional.

Como disse anteriormente a respeito do alcance que dou ao postulado presente no art. 220 da Constituição Federal, é preciso extirpar do texto legal qualquer interpretação que represente empecilho gratuito e desarrazoado ao exercício da liberdade de informação e de manifestação do pensamento.

No tocante ao inciso II do art. 45, entendo, nesta análise preliminar, que a dose ministrada, por sua intensidade, deixou de ser remédio para se tornar veneno. Em outras palavras, proibiu-se, como ressaltado pelo eminente relator em sua decisão sob referendo, a utilização de todo um leque de recursos técnicos de uso consagrado pela imprensa, sobretudo pela imprensa especializada na refinada linguagem do humor crítico, para buscar conter aqueles que, no uso desse meio técnico, viessem a tomar, antidemocraticamente, posição por este ou aquele candidato ou partido político.

Trata-se, portanto, de medida desproporcional, pois o profissional de imprensa, no estrito contexto da manifestação crítica própria do humor jornalístico, não está manifestando sua preferência eleitoral, mas apenas fazendo a sua leitura profissional da realidade política que o cerca.

É bem verdade que a técnica retratada no referido inciso II pode ser utilizada para fins de manipulação e indução da opinião pública, como quaisquer outras formas de se fazer imprensa. Todavia, tais condutas encontram vigorosa vedação no inciso IV do mesmo art. 45 da Lei 9.504/1997, que, em alto e bom som, proíbe a concessão de tratamento privilegiado a determinada candidatura.

Já com relação ao inciso III do art. 45 do diploma legal sob exame, também eu reconheço excesso ofensivo à liberdade de manifestação do pensamento o impedimento generalizado à difusão de opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos e partidos, que somente se torna efetiva ameaça ao processo eleitoral quando representar explícito exercício de propaganda política.

Por fim, senhor presidente, também eu reconheço a existência do perigo na demora a justificar a concessão da medida cautelar. Embora os dispositivos impugnados estejam em vigor há quase treze anos, estamos no curso de um processo eleitoral de âmbito nacional que só se manifesta de quatro em quatro anos. Essa peculiar circunstância é causa legítima de urgência na entrega da prestação jurisdicional.

Por todas essas razões, senhor presidente, **referendo** a medida liminar concedida na presente ação direta, no sentido de suspender a eficácia do inciso II e, no inciso III, da expressão "ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes", ambos do art. 45 da Lei 9.504, de 30-9-1997. Também suspendo, por inevitável subordinação semântica, a vigência dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, estamos reunidos e somos, hoje, nove no Plenário, uma unidade acima do *quorum* para deliberação quanto ao pedido de concessão e indeferimento de medida acauteladora no processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade. Logicamente, chegaremos à conclusão, observada também a necessidade de a corrente majoritária estar formada por seis votos.

Quando implementada essa liminar, no dia 26 de agosto, o Plenário estava reunido. Por isso, faço minhas as preocupações da ministra Cármen Lúcia. A legislação em vigor só prevê a atuação monocrática no recesso, ou em caso, diria eu, de extrema urgência.

O que ocorre na espécie? Uma lei, como ressaltado, que está em vigor – essa lei específica, os dispositivos atacados nesta ação direta de inconstitucionalidade – há treze anos. Uma lei que regulamentou e norteou as eleições de 1998, 2000, 2002, 2004, 2006 e 2008, sem que a matéria, quanto a algo que pudesse obstaculizar essa medula da democracia, que é a liberdade de expressão, houvesse chegado ao Tribunal Superior Eleitoral. Mas tenho presente o que os antigos filósofos materialistas gregos já diziam: nada surge sem uma causa. Não conheço as decisões dos Regionais Eleitorais sobre o tema. De qualquer forma, ainda teríamos o fenômeno da inibição quanto à veiculação de certas matérias. Entendo que é possível, a qualquer momento – realmente não há usucapião nesse campo do controle de constitucionalidade –, apreciar-se a harmonia ou não de um dispositivo de diploma legal com a Carta da República.

Defrontamo-nos, presidente, com uma inicial que é resultado da inteligência de três – creio – advogados, sendo um deles eminente professor de direito constitucional da UERJ, doutor Gustavo Binenbojm. Verificamos que há, e o Tribunal sempre assentou isso, um pedido formulado, direcionado a afastar a eficácia, no mundo jurídico, dos dois incisos, o II e o III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Limito-me, de início, ao pleito veiculado.

O que nos vem da Constituição Federal? Vem-nos algo que, como ressaltei, é primordial num Estado Democrático de Direito – principalmente em uma quadra em que notamos o abandono a princípios, a inversão de valores, a perda de parâmetros, o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa –, que é a liberdade, diria, o direito-dever de informar, a liberdade de expressão. Essa liberdade não se sobrepõe, porque assim o quer o texto constitucional, ao direito à privacidade. Tanto não se sobrepõe que, no caso de mau-trato à privacidade, estão previstas na própria Constituição as consequências no campo cível e também no penal. É inimaginável uma censura, quer administrativa, quer normativa, quer jurisdicional, à liberdade de expressão.

Por isso mesmo, de forma pedagógica, repete-se na Carta de 1988 o que há na Emenda 1 da Carta americana:

> Art. 220. (...)
> § 1º Nenhuma lei alguma conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...).

Agora, presidente, não posso deixar de considerar que estamos no pico do processo eleitoral, e mudanças substanciais não devem ser implementadas nesse processo. Tanto quanto possível, devemos ter certa estabilidade na normatização das matérias.

Por isso, considerado o contexto, considerada a premissa de que estaria havendo, ante o teor dos dois dispositivos, certa inibição à atividade, que se quer livre, dos veículos de comunicação, permito-me ficar, no pedido sucessivo formalizado pela autora desta ação, a diligente Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), nos exatos termos da peça inicial. Refiro-me às alíneas *a* e *b* que estão no fecho da petição.

Referendo a liminar, ou melhor, pronuncio-me no sentido da concessão da liminar para emprestar aos dois dispositivos alcance consentâneo com a Constituição Federal. E esse alcance quanto ao primeiro inciso é neste sentido: que se afaste do ordenamento jurídico interpretação do inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas – e digo que a vida é alegria acima de tudo – de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações.

Claro que o exercício abusivo do direito tem consequências, mas tem consequências no campo próprio, consequências que pressupõem o próprio ato, ou seja, a prática indevida, o exercício indevido.

Em relação ao inciso III, também adoto o que preconizado no pedido sucessivo, afastando do ordenamento jurídico interpretação do inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar crítica jornalística favorável ou contrária a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais.

Pressuponho, torno a frisar, que haja talvez, ante decisões esparsas de Regionais – não sei se realmente chegaram a ser formalizadas, pelo menos no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral não houve a glosa –, decisões que estariam a inibir a própria imprensa quanto à veiculação de matérias, visando, acima de tudo, sensibilizar o eleitor no sentido de exercer, de forma consciente, a cidadania, escolhendo os melhores representantes.

Evidentemente, aquele que se apresenta na disputa de um cargo eletivo o faz sem receio de sofrer críticas ou mesmo de ser alvo de alguma colocação mais jocosa quanto ao respectivo perfil. E não é demais ressaltar que se imagina que o homem público seja um livro aberto.

Concedo a liminar nesses termos, ou seja, para agasalhar o pedido sucessivo formalizado na inicial, que é uma peça a merecer reflexão quanto à importância de ter-se não uma imprensa emudecida, principalmente nesta quadra, mas uma imprensa realmente livre.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, quanto ao voto do ministro **Marco Aurélio**, apontando o pedido formulado como alternativo sucessivo na inicial, verifico que, em relação ao inciso III, o que é pedido é aquilo que já falei que o inciso V permite.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há coisas que precisam ser tornadas extremo de dúvidas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Veja a redação do inciso V.

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Que é péssima.

O sr. ministro Gilmar Mendes: A proibição é:

> V – veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Para proibir é preciso; para excepcionar é gelatinoso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: É uma outra questão. Agora, no inciso III, na verdade, temos uma proibição. É vedado, quer dizer, isto gera confusão, isto gera insegurança jurídica, que a regra geral é a permissão.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas veja, ministro, o incômodo maior não seria quanto a esses dois outros incisos. Aliás, o inciso IV é um inciso que merece até encômios, no que alerta – simplesmente alerta, é pedagógico, simplesmente pedagógico – que não se pode dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação. É uma norma pedagógica.

A meu ver, os que estão ocasionando, talvez, como apontei, a inibição sejam os dois incisos anteriores. Tanto que os demais não foram versados na petição inicial. E isso não decorreu de descuido, presidente. É porque, em si, não estão criando problemas.

Torno a frisar. Estamos no pico do processo eleitoral e devemos, tanto quanto possível, evitar modificações substanciais.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: O ministro Toffoli lembrava agora que, como nós estamos arrastando, considerando inconstitucional por arrastamento, também os incisos do parágrafo do art. 55, teremos que fazer, além das sessões extraordinárias das quartas-feiras, as segundas-feiras também, sobre a repercussão que tem essa decisão sobre os programas eleitorais.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me assusta. E como tivemos nos últimos anos várias renúncias, acabo renunciando à própria titularidade!

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Realmente liberamos a propaganda eleitoral no horário gratuito.

VOTO
(Retificação)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, como o pedido sucessivo formulado na inicial não encontra nenhum tipo de obstáculo nas premissas do meu voto, em que disse, claramente, com todas as letras, que está permitida a crítica no programa jornalístico, eu vou aderir, então, à solução do ministro Marco Aurélio, mas fazendo a ressalva em relação ao inciso II: ele permanece válido para os efeitos da remissão que a ele é feita pelo art. 55.

VOTO
(Retificação)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, também adiro, porque, com relação ao inciso II, o meu voto era coincidente com o do ministro Marco Aurélio e com o do ministro Dias Toffoli.

Adiro, também, agora, à solução apresentada pelo ministro Marco Aurélio com relação ao inciso III.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Se Vossa Excelência me permite, há uma passagem de *Hustler Magazine* em que ele diz: O fato de que a liberdade de imprensa pode ser objeto de abusos não torna menos necessária que a imunidade da imprensa atue como a vedação prévia em relação às condutas impróprias do Estado, pois o mal público mais sério é a possibilidade de o Estado determinar que histórias sejam publicadas.

Vossa Excelência citou o Hughes apropriadamente, mais uma vez.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): E há uma passagem nesse caso *Sullivan* que tem tudo a ver com a nossa decisão. A Suprema Corte americana afirmou que "A opinião irônica ou debochada está protegida, pois se situam 'no espaço de respiração de que liberdade de imprensa precisa para sobreviver'". Quer dizer, o deboche, a ironia, a causticidade, tudo é tolerado, porque a liberdade de imprensa respira.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): E Umberto Eco diz que o riso elimina o medo. Vossa Excelência citou Umberto Eco há pouco.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Nós estamos concedendo a liminar na forma como o pedido alternativo foi formulado na inicial. O ministro **Lewandowski** também.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Com as achegas do ministro Peluso.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Dias Toffoli: Isso, para os dois incisos.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Quanto ao número III. Quanto ao número II, eu já suspendi a eficácia de plano.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Bem, após essas largas e justas digressões sobre um tema de tamanha relevância para o mundo jurídico e para a democracia brasileira, vou limitar-me aqui a duas ou três observações.

Em primeiro lugar, nenhum de nós tem dúvida sobre o alcance de ambas as normas, no sentido em que representam restrições à liberdade de imprensa. Por isso mesmo, elas já seriam, em si, de certo modo, mais do que irrazoáveis. Elas são incompreensíveis, porque significam restrição a direitos da imprensa à crítica aos políticos em situação de candidatos. Apenas isso. Essa restrição aos políticos em situação de candidatos, que seria subclasse dos políticos de subclasse dos cidadãos em geral, significa também restrição apenas durante o período eleitoral. E, mais ainda, limitada à televisão e ao rádio. Noutras palavras, *a contrario*, é permitido tudo o que se proíbe aqui à imprensa escrita, aos políticos, em fase não eleitoral, e aos políticos que não estão em situação de candidato. Quer dizer, um absurdo. A mim me parece absurda norma como essa. Contém tríplice restrição que vai singularizando as classes atingidas e fazendo distinção que não tem significado.

Mas, de qualquer maneira, em relação ao número II, ou os verbos "degradem" e "ridicularizem" são entendidos em sentido de proibição de atos que são ilícitos do ponto de vista penal, ou significam outra coisa. Se significam atos que já são ilícitos do ponto de vista penal, isto é absolutamente inútil, porque o Código Penal não restringe, não faz nenhuma limitação quanto aos sujeitos passivos do crime, porque jornalista não está isento do crime de injúria, de

difamação, nem de calúnia. Isso bastaria para proteger os políticos de eventuais abusos da imprensa.

Mas o que me parece mais grave, sobretudo nesse inciso II – porque quanto ao inciso III, parece que estamos todos mais ou menos de acordo em que representa limitação gravíssima ao direito da imprensa de fazer crítica político-social, de fazer crítica a candidatos, a partidos etc. –, é que, quando a lei se refere a trucagem, montagem ou outro recurso, não se está referindo a artifícios que sejam ou são imorais em si mesmos. Tanto a trucagem, a montagem, como recursos análogos são técnicas de transmissão de informação.

Noutras palavras, a lei alude aqui a esses recursos para impedir que sejam usados como meios de programação baseada em sátiras, farsas, caricaturas.

De fato, há motivos para suspeitar que essa norma interfira com a liberdade de expressão, sobretudo no campo humorístico.

Em relação a esse tema, recordo voto que proferi como desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, precisamente nove anos atrás, mostrando exatamente que nada há de insólito, nem de injurídico, nesse tipo de informação, porque é da essência da caricatura, da sátira, da farsa, operarem mediante deformações hiperbólicas da realidade, residindo nesse exagero o distanciamento dramático em relação ao real. Noutras palavras, por isso é que se vale de trucagem, de montagem, de outros recursos análogos, que pode ser tanto dos eventos históricos sociais, como das pessoas, das coisas. Esse o fator específico da identidade dessas formas de criações artísticas, na sua comicidade mesma, e cuja manifestação constitui apenas o elemento alegórico de uma crítica severa, mas eventualmente justa, inspirada por motivos de grande valor social:

> Não há nisso, porém, nada de insólito nem de injurídico, porque toda a gente sabe que é da essência de caricatura, da sátira e da farsa operarem mediante deformações hiperbólicas da realidade, residindo nesse exagero ou distanciamento dramático em relação ao real, que pode ser tanto dos eventos histórico-sociais, como das pessoas ou das coisas o fator específico da identidade dessas formas de criação artística e da sua comicidade mesma, cujas manifestações, neste caso, constituem apenas o elemento alegórico de uma crítica severa, mas justa, inspirada por motivo de grande valor social.
>
> O caráter ridículo e sarcástico daquelas representações televisuais e, por consequência, toda a força de seu propósito crítico sustentam-se, aqui, precisamente nos excessos metafóricos que, despertando a atenção e instigando a reflexão dos telespectadores, adquiriam capacidade de, por via do escárnio e da galhofa, não apenas assumir e encorpar, mas também suscitar, onde fossem ignorados ou subestimados, a indignação coletiva contra fatos reais trágicos e repugnantes. Esta é, aliás, uma das funções do riso: "*Le rire est, avant tout, une correction. Fait pour humilier, il doit donner à la persone qui en est l'objet une impression pénible. La société se venge par lui des libertés qu'on a prises avec elle*" (Henri Bergson, "*Le Rire*", Paris, Lib. Félíx Alcan, 1938, p. 199-200).
>
> Desde logo duas coisas há, aqui, muito para notar. A primeira, que, salva prova, que não há nem seria concebível no contexto, dalguma pérfida intenção injuriosa, que mal se disfarçaria nas peripécias daqueles espetáculos cômicos e, ainda

assim, haveria de estar dirigida, em caráter pessoal, a todos os membros da unidade policial militar de Diadema, aos quais decerto os comediantes sequer conheciam ou conhecem, tal "exagero não pode ser causa de dano à personalidade como o é em outros campos" (Claudio Luiz Bueno de Godoy, "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade", São Paulo: Atlas, 2001, p. 103), pela razão brevíssima de que se trata de predicado imanente à caricatura, enquanto modalidade da arte satírica em geral. E por isso as representações cênicas do gênero recebem da ordem jurídica, mediante o reconhecimento de larga eficácia justificadora, tutela idêntica à das outras formas autônomas de criação artística, cuja dignidade seria até superior à da própria liberdade de imprensa. Não é possível fazer obra satírica sem inventar e desfigurar situações, pessoas ou coisas.

A segunda, que, por resolver, neste campo, as recorrentes questões práticas oriundas da posição aparente de conflito teórico de valores em que se situam certas normas, em especial as jurídico-constitucionais, uma das mais importantes contribuições metodológicas, vem da distinção, adiantada pelo *Reichsgericht* e difundida na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, entre a *roupagem* literária ou plástica adotada pelo autor (*Einkleidung*) e a *mensagem* ou significado objetivo mediatizado pela caricatura (*Aussagekem*), cuja percepção só é nítida quando se abstraia à obra considerada o invólucro das palavras, dos desenhos ou das imagens cênicas.

Ora, porque a distorção de aspectos da realidade criticada é inerente à caricatura, não pode ser a mesma, para efeitos civis ou penais, a valoração jurídica de ambas essas dimensões do objeto artístico: "À *roupagem* cabe, assim, uma função prevalentemente apelativa: emprestar visibilidade e força à mensagem a transmitir. Acresce que é sobretudo na roupagem que se actualiza a liberdade de criação artística da sátira e da caricatura. O que confirma a expectativa já antecipada e segundo a qual a *roupagem* não colidirá normalmente com a dignidade pessoal. A acontecer, a colisão há de, em princípio, levar-se à conta do custo social a suportar em nome da liberdade de criação artística (...) Só não será assim nos casos extremados em que a *roupagem* configura já ela própria um atentado irredutível e intolerável à dignidade humana" (Manuel da Costa Andrade, "*Liberdade de Imprensa e lnviolabilidade Pessoal*", Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 244, *a* e *b*. Grifos do original. Cf., ainda, p. 175).

Aplicados ao caso tais critérios discretivos, de modo algum pode dizer-se, quanto à honra da totalidade dos membros da unidade policial militar, sejam ultrajantes em si mesmas, vistas como mera *roupagem* da obra humorística veiculada pelos programas, as situações inverossímeis e grotescas de criminalidade em que, na fantasia das tramas, os meteram produtores e atores. Não poderiam estes, aliás, estar animados dalgum inexplicável propósito de insultar pessoas anônimas e inocentes, senão que, a título claro de conteúdo semântico dos esquetes, intentavam desferir crítica áspera a eventos criminosos abjectos, em que, detraindo, eles, sim, a corporação e a função policial, se envolveram, não um ou dois, mas vários colegas de caserna do apelante. E não se referiam a fato imputável ao desatino ocasional de um praça, mas a ações sistemáticas de bando criminoso, incrustado num batalhão, de modo que nem tem pertinência à hipótese a forçada analogia que o apelante quer estabelecer, *ad terrorem*, com o caso isolado de um juiz corrupto.

A alta relevância social da mensagem, que era a de, pelo riso, expressar censura pública ao desvario policial e provocar a adesão dos telespectadores, segundo a velhíssima receita do teatro cômico (*ridendo castigat mores*), legitimava e justificava, pela natureza e pela eficácia retórica do meio de expressão, a evidente

desproporcionalidade que, nas figurações cômicas, a invenção das situações e a generalização dos sujeitos representavam perante fatos históricos pontuais. Decisivos, aqui, são a licitude e o valor ético da mensagem, não a demasia estrutural das metáforas.

(...)

Está visto, ao depois, que, em nome de suscetibilidades exacerbadas, não pode o ordenamento jurídico, comprometido com as liberdades civis e as chamadas garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*), cuja positivação é indispensável ao perfil de uma sociedade livre e democrática, reprimir aos humoristas profissionais e à imprensa, ainda quando demasiadas na forma e cáusticas no conteúdo, as expressões artísticas sob as quais exercitam o direito da crítica política ou político-social.

Não deixa de ser oportuno recordar, a propósito, a advertência que, num caso famoso, até levado à tela cinematográfica sob o título vernáculo de "*O Povo contra Larry Flint*", fez a Suprema Corte norte-americana, pelas mãos do *Chief Justice Rehnquist*, relevando, entre outros, o "*cartoon portraying George Washington as an ass*", dado o proeminente papel que de há muito ali desempenham os caricaturistas no debate público e político: "*From the viewpoint of history it is clear that our political discourse would have been considerably poorer without them*" (Hustler Magazine v. Falwell, 485 U. S. 46 [1988]). Deveras, castrar a imprensa e os humoristas profissionais, subjugando-os, no exercício da crítica social e política, a interesses pessoais subalternos, seria, quando menos, apreciável desserviço à vitalidade e à saúde democrática do país.

(...)

Apreciando outro caso, de certo modo, análogo ao deste, e em que supervisor do Departamento Policial de Montgomery, no Alabama, reclamava indenização a um grande jornal diário, sob fundamento de lhe haver imputado, em notícia inverídica, a expedição de ordem ilegal e criminosa, firmou ainda a Suprema Corte norte-americana, à luz da Primeira Emenda, que ali protege, entre outros valores, a liberdade de opinião, ou de imprensa, precedente valiosíssimo, cuja síntese, de todo aplicável à nossa ordem jurídica, reflete a supremacia quase absoluta do interesse público neste tema: "*[W] e consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials*". Votos vencedores foram aí mais longe, reconhecendo à imprensa "*an absolute immunity for criticism of the way public officials do their public duty*" (New York Times Company v. Sullivan, apud Van Alstyne, "*First Amendment – Cases and Materia*", Westbury, New York: The Foundation Press, 2. ed., 1995, p. 195-201).

EXTRATO DA ATA

ADI 4.451-MC-REF/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert (Advogados: Gustavo Binenbojm e outros). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União). Interessado: Partido Democrático Trabalhista – PDT.

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a liminar, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal 9.504, de 30-9-1997, contra os votos dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 2 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.467 — DF

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie

Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores — Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional e Tribunal Superior Eleitoral — Interessado: Democratas – DEM

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 9.868/1999, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito.

2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto.

3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte.

4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da

apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto.

5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral.

6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder liminar para, mediante interpretação conforme conferida ao art. 91-A da Lei 9.504/1997, na redação que lhe foi dada pela Lei 12.034/2009, reconhecer que somente trará obstáculo ao exercício do direito de voto a ausência de documento oficial de identidade, com fotografia, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 30 de setembro de 2010 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores, na qual foram impugnados o *caput* do art. 91-A da Lei 9.504, de 30-9-1997, acrescentado pela Lei 12.034, de 29-9-2009; e o art. 47, § 1º, da Resolução/TSE 23.218, de 2-3-2010. Os dispositivos atacados possuem, respectivamente, o seguinte teor:

> Art. 91-A. No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia.

> Art. 47. (...)
> § 1º Para votar, o eleitor deverá exibir o seu título de eleitor e apresentar documento oficial com foto que comprove sua identidade (Lei n. 9.504/1997, art. 91-A).

A agremiação política requerente insurge-se, em suma, contra a exigência de apresentação concomitante, no momento da votação, tanto do título eleitoral como de documento oficial de identidade com foto. Alega que, uma vez garantida a segurança na identificação dos eleitores mediante a exibição de documento com

fotografia, tornou-se burocracia inconveniente aos eleitores o porte obrigatório do título eleitoral no ato de votação.

Sustenta que, embora seja razoável, em nome da regularidade e da normalidade das eleições, restringir o exercício do voto daquele que não logrou identificar-se civilmente, mostra-se desnecessária, desarrazoada e desproporcional a obrigação imposta ao eleitor de portar dois documentos oficiais na eleição. Alega, nesse sentido, que a exigência do documento válido de identificação com foto é medida suficiente para coibir possíveis fraudes e que a necessidade do porte em conjunto de dois documentos diferentes é medida que só trará instabilidade, confusão e outros reflexos negativos incompatíveis com o princípio democrático.

Argumenta que o título eleitoral nada mais é do que um comprovante de inscrição do cidadão perante a Justiça Eleitoral e que a regularidade desse registro já é atestada na lista de inscritos sempre presente na mesa receptora da seção eleitoral. Defende, assim, a tese de que "só a apresentação do documento válido de identificação civil com foto – mesmo sem o título de eleitor – já basta para exercer o direito de cidadania sem prejudicar a segurança do procedimento de votação". Afirma, em conclusão, "que a legislação eleitoral não poderia nem pretendeu obrigar o eleitor a carregar, necessariamente, duas carteirinhas para conseguir manifestar sua escolha política".

Aponta, dessa maneira, ofensa aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, dado o cerceamento à liberdade de expressão política do cidadão que haveria no impedimento ao exercício do voto imposto àquele que esteja apenas portando sua carteira de identidade.

Argui, igualmente, violação ao art. 15 da Constituição, pois entende que a supressão do direito de votar pela ausência de documento desnecessário à lisura das eleições representa verdadeira cassação, de modo transverso, do exercício da cidadania ativa do eleitor que não esteja portando o título.

Suscita, por fim, ofensa ao princípio da eficiência administrativa, por estar a máquina estatal obrigada a tomar uma série de providências em razão da obrigatoriedade da exibição do título de eleitor, quando possível, mediante a utilização de documentos de identificação idôneos, a conferência deles com as listas de votação, "de forma a garantir de modo suficiente e razoável a segurança e a autenticidade do processo de votação".

Requer, ao final, a concessão de medida liminar para que seja afastada, com relação às normas impugnadas, "a interpretação que supõe necessária a exigência de dupla e concomitante apresentação de documentos por parte do eleitor já civilmente identificado". Pede, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da exigência "de porte obrigatório do título eleitoral no momento da votação, ao menos para o eleitor já civilmente identificado por meio de documento oficial válido com foto".

Ante a proximidade das eleições marcadas para o próximo dia 3 de outubro, apresentei o feito em mesa em 27-9-2010, possibilitando, assim, o pronto exame

do pedido de medida cautelar pelo Plenário desta Suprema Corte ainda no curso desta última semana que antecede o referido pleito.

Por meio de decisão proferida em 28-9-2010, admiti o ingresso do Democratas, partido político com representação no Congresso Nacional, na presente ação direta na qualidade de *amicus curiae*, conforme requerido na petição/STF 54.127/2010.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Senhor presidente, trago a exame do Plenário pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

O feito me foi distribuído no início da noite da última sexta-feira.

Com as eleições a se realizarem no próximo domingo, não houve prazo para a coleta de informações.

A evidente importância do tema, que condiz com o exercício da cidadania pela expressão do voto, autoriza, assim, o procedimento de urgência, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito.

Passo, então, à verificação da existência dos pressupostos para a concessão da medida liminar pretendida.

2. Como visto, a agremiação partidária insurge-se contra a obrigação legal que tem o eleitor brasileiro de exibir, no momento da votação, tanto seu título eleitoral como um documento oficial de identificação com foto.

Assevera que, estabelecida a necessidade do porte de um documento oficial de identidade com fotografia, a apresentação do título eleitoral, como condição para votar, tornou-se imposição burocrática exorbitante, atentatória ao livre exercício da soberania popular e incompatível com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

Relevante registrar, de início, que a exigência ora questionada, a qual é objeto da disposição do *caput* do art. 91-A da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei 12.034/2009, já fora anteriormente integrada na legislação eleitoral brasileira.

Veja-se que a Lei 9.100, de 29-9-1995, tendo estabelecido normas para as eleições municipais que se realizariam no ano de 1996, previa em seu art. 75 que o eleitor, na votação, deveria apresentar "seu título, acompanhado de documento público em que conste sua fotografia, os quais poderão ser examinados por fiscal ou delegado de partido, entregando, no mesmo ato, a senha".

Não obstante o evidente propósito de aumentar a segurança na identificação dos eleitores, evitando-se a prática da votação múltipla ou da que é realizada em lugar de outrem, receou o próprio legislador ter criado, naquele momento,

dificuldade excessiva ao eleitorado, preocupação essa materializada na apresentação do Projeto de Lei 1.612, publicado no *Diário da Câmara dos Deputados* em 3-4-1996, cuja justificativa é eloquente:

> Sabe-se que uma grande massa de eleitores, que atingiram ou atingirão 16 (dezesseis) anos antes do dia 3 de outubro de 1996, não tem outro documento além da certidão de nascimento e do título de eleitor, ambos sem fotografia.
>
> Em pequenos municípios, a maioria da população (de baixa renda) não possui recursos financeiros suficientes para aquisição de carteira de identidade e respectivas fotografias, acrescentando-se o fato de todos serem conhecidos entre si.
>
> Os Estados não se encontram aparelhados para a emissão de grande número de carteiras de identidade até o pleito de 3 de outubro do corrente ano, assim, milhares de eleitores, com o dever ou com o direito de votar (Art. 14, § 1º, da Constituição Federal) estarão afastados do próximo pleito, exatamente por falta de um documento com fotografia.

Com a aprovação do referido projeto e posterior sanção presidencial, editou-se, então, a Lei 9.301, de 29-8-1996, que, ao revogar expressamente o citado art. 75 da Lei 9.100/1995, permitiu que os eleitores comparecessem às urnas munidos, apenas, de seus respectivos títulos eleitorais.

3. Depois dessa ocasião, passou a Justiça Eleitoral a permitir a identificação do eleitor, antes de ser admitido a votar, tanto mediante a apresentação do título de eleitor, quanto por meio da exibição de documento válido de identidade com foto.

Nesse contexto, vale lembrar a gênese da Resolução/TSE 21.632, de 2004, que vedou, para as eleições municipais de 2004, a admissão da certidão de nascimento ou de casamento como documentos hábeis para a comprovação da identidade daqueles que não viessem a apresentar o título de eleitor no momento da votação.

Ao suscitar questão de ordem na sessão de 19-2-2004, o eminente ministro Fernando Neves apontou seu descontentamento por ver frustrados os esforços no sentido de unificar a documentação eleitoral com a cédula de identidade num único cartão que conteria fotografia, impressão digital e outros dados. Além do alto custo de implantação desse sistema único de identificação, concorreram também como fator de impedimento para sua adoção imediata dúvidas quanto à acessibilidade e utilização do banco de dados eleitoral para outras finalidades, como, por exemplo, fiscais ou criminais.

Propôs Sua Excelência que o Tribunal Superior Eleitoral deixasse ao menos de admitir como comprovação de identidade as certidões de nascimento e de casamento. Tudo porque tais documentos não serviam ao propósito de permitir a identificação segura do eleitor. Por isso, a resolução a seguir expedida especificou que o eleitor **sem título** haveria de se identificar, necessariamente, mediante apresentação de cédula de identidade com fotografia.

4. Essa fórmula foi repetida, mais uma vez, nas últimas eleições municipais realizadas no ano de 2008, por força do previsto no art. 50 da Instrução 114 do

TSE (Resolução 22.712, de 28-2-2008). Mas, até o presente momento, não foi dada solução definitiva às deficiências do sistema de identificação dos eleitores, tão bem apontadas, naquela sessão de 2004, pelo eminente ministro Fernando Neves.

Perduram sem solução os projetos de unificação das identidades civil e eleitoral num só documento, no qual poderia constar a foto do eleitor, sua impressão digital, além de outros dados pessoais em *chip* eletrônico. Por conta desse atraso tecnológico, ainda são recorrentes os casos de eleitores que, criminosamente, votam no lugar de outros, como este ocorrido nas eleições gerais de 2006, noticiado pelo sítio eletrônico *O Globo Online* em 1º-12-2006:

> O voto de um eleitor foi motivo de piada e de revolta em uma pequena cidade de Santa Catarina. De acordo com os registros da Justiça Eleitoral de Timbé do Sul um eleitor morto há quatro anos foi à seção eleitoral e votou no primeiro turno. Só agora a irregularidade veio a público.
>
> O comprovante eleitoral assinado não deixa dúvidas. Abel Dal Ponte votou no primeiro turno das últimas eleições. Não fosse o fato da assinatura ser falsificada e do empresário estar morto há quatro anos.
>
> Quem votou no lugar do morto pode ter usado uma segunda via do título eleitoral. Já que o documento original está com a viúva, Osvalda. O cartório de registro civil comunica a morte do eleitor para o cartório eleitoral. Mas o nome do seu Abel só foi cancelado 17 dias depois do primeiro turno deste ano, apesar dele ter falecido em 2002. A demora pode ter facilitado a fraude.
>
> Abel Dal Ponte era um empresário conhecido em Timbé do Sul, Município com 5 mil habitantes no interior de Santa Catarina. Agora a polícia quer saber como alguém conseguiu entrar na seção eleitoral, assinar e votar no lugar do morto, sem levantar suspeitas.

Infelizmente, sabemos todos a facilidade com que tem se mostrado possível a utilização do título eleitoral de outrem, com a falsificação da assinatura nele aposta.

5. Foi, portanto, senhor presidente, nesse cenário que surgiu no Congresso Nacional, em 30-6-2009, o Projeto de Lei 5.498, iniciado na Câmara dos Deputados mediante a assinatura, na qualidade de coautores, dos líderes de treze partidos (PMDB, PT, PSDB, DEM, PSB, PR, PP, PDT, PV, PPS, PCdoB, PSC e PTC), de apoio e de oposição ao governo – inclusive do líder da agremiação política ora requerente, o Partido dos Trabalhadores – e mais da Coordenadora da Bancada Feminina daquela respeitável Casa Legislativa.

Constituindo-se como verdadeira minirreforma eleitoral, tratou o referido projeto de lei, entre vários outros pontos relevantes, do uso da internet nas campanhas eleitorais, inclusive para a captação de doações de pessoas físicas; da propaganda eleitoral antecipada; do momento em que autorizados a arrecadação e os gastos de campanha; e da criação, a partir das eleições de 2014, do voto impresso.

No que diz respeito ao dispositivo legal ora impugnado, contido no agora art. 91-A da Lei 9.504/1997, sofreu o projeto sob exame emenda, na própria

Câmara dos Deputados, apenas para que lhe fosse acrescentado um parágrafo único vedando o temeroso porte pelo eleitor, no interior da cabine de votação, de aparelhos de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras. No Senado Federal, o art. 91-A não foi objeto de qualquer emenda. Tampouco foi alvo de veto pelo senhor presidente da República, conforme demonstra a Mensagem de Veto Parcial 787, de 29-9-2009.

6. Iniciada a vigência da Lei 12.034 na data de sua publicação no *Diário Oficial da União*, ocorrida em 30-9-2009, verificou-se, a partir daí, um grande esforço da Justiça Eleitoral, sobretudo do Tribunal Superior Eleitoral, para adequar-se, com foco nas eleições gerais de 2010, à nova exigência legal da dupla exibição documental como critério de identificação do eleitor no momento da votação.

Nesse sentido, expediu o TSE, em **2-3-2010**, a Resolução 23.218, por meio da qual foi a regra legal ora impugnada incorporada ao quadro normativo da Justiça Eleitoral, nos seguintes termos:

> Art. 47. Só serão admitidos a votar os eleitores cujos nomes estiverem incluídos no respectivo caderno de votação e no cadastro de eleitores da seção, constante da urna (Lei n. 9.504/97, art. 62, *caput*).
>
> § 1º **Para votar, o eleitor deverá exibir o seu título de eleitor e apresentar documento oficial com foto que comprove sua identidade** (Lei n. 9.504/97, art. 91-A).
>
> § 2º São documentos oficiais para comprovação da identidade do eleitor:
>
> I – carteira de identidade ou documento de valor legal equivalente (identidades funcionais);
>
> II – certificado de reservista;
>
> III – carteira de trabalho;
>
> IV – carteira nacional de habilitação, com foto.
>
> § 3º Não será permitida a certidão de nascimento ou casamento como prova de identidade do eleitor no momento da votação.

Vale ressaltar que, por força da decisão tomada em 2-9-2010, no Processo Administrativo 245.835, o TSE ainda incluiu o passaporte no rol de documentos oficiais aptos a comprovar a identidade dos eleitores no momento da votação, quer o seu portador esteja presente no território nacional, quer ele esteja em território estrangeiro.

Poucos meses antes, em 16-6-2010, o mesmo TSE apreciou o Processo Administrativo 136.537, que, relatado pelo eminente ministro Aldir Passarinho Junior, deu ensejo à expedição da Resolução 23.281.

Questionou-se, naquele feito, a possibilidade de se admitir o exercício do voto pelo eleitor que apenas venha a apresentar o documento comprobatório de identidade, por ter ele extraviado ou inutilizado seu título após o término do prazo para a solicitação de segunda via.

Em seu douto voto, concluiu o eminente relator e então corregedor-geral eleitoral, ministro Aldir Passarinho Junior, que, não obstante a exigência

expressamente imposta pelo *caput* do art. 91-A da Lei 12.034/2009, caberia à Justiça Eleitoral "a incumbência da adoção de providências para garantir, com o maior alcance possível, a plenitude do gozo dos direitos positivos ao eleitorado".

Propôs Sua Excelência, então, que, além do incremento dos esforços de ampla divulgação da novidade legal por meio das campanhas institucionais de esclarecimento aos cidadãos, fosse a Justiça Eleitoral rapidamente aparelhada para que pudesse oferecer a reimpressão dos títulos eleitorais extraviados ou inutilizados àqueles que, embora possuam débitos eleitorais, tenham preservado o direito ao voto. Acolhida a proposta por unanimidade, teve o acórdão prolatado a seguinte ementa (*DJE* publicado em 10-8-2010):

> *Exercício. Voto. Apresentação. Documentos. Impossibilidade. Previsão expressa. Obrigatoriedade. Exibição. Título de eleitor. Documento de identificação com foto. Incorporação. Funcionalidade. Sistema Elo. Reimpressão. Cédula eleitoral.*
>
> 1. A Lei n. 12.034, de 2009, acrescentando o art. 91-A à Lei n. 9.504, de 1997, trouxe como inovação a obrigatoriedade de exibição do título de eleitor e de documento de identificação com foto para o exercício do voto.
>
> 2. À Justiça Eleitoral incumbe a adoção de providências para garantir, com o maior alcance possível, a plenitude do gozo dos direitos políticos positivos ao eleitorado, inclusive aos que, embora preservem o direito de voto, se encontrem com restrições à quitação eleitoral, impeditivas da obtenção de segunda via da cédula eleitoral.
>
> 3. Implementação, no Sistema Elo, de funcionalidade que possibilite a reimpressão, em caráter excepcional e temporário, de títulos eleitorais, a partir de requerimento padronizado, com dados idênticos aos do documento extraviado ou inutilizado em qualquer cartório ou posto de atendimento eleitoral, observada a data limite para o requerimento de segunda via.

Impossível não reconhecer, senhor presidente, a grande preocupação que tiveram todos os participantes daquele julgamento com a aplicação a ser dada à norma legal ora em análise nas eleições gerais que se aproximam.

O eminente ministro Marco Aurélio, a propósito, lembrou, naquela assentada, que mesmo o eleitor mais diligente poderia vir a ter o seu título subtraído, extraviado ou destruído na véspera ou mesmo no dia da votação. Acentuou Sua Excelência, assim, que, embora não se possa, a princípio, dispensar o porte do título no momento da votação, o eleitor não deverá ser impedido de votar caso satisfaça a exigência legal consubstanciada na exibição de documento de identificação com foto. Estas foram, nessa linha, as precisas palavras de Sua Excelência:

> Senhor presidente, sou egresso da Justiça do Trabalho e, nela, a forma se sobrepõe à realidade.
>
> Peço que Vossa Excelência consigne meu voto no sentido de que o fato de o eleitor não portar o título no dia da eleição não obstaculiza o exercício do direito inerente à cidadania – o de escolher os representantes –, desde que apresente documento com fotografia.

> Adiro sempre às colocações do ministro Aldir Passarinho Junior. Apenas revelo o convencimento de que o objetivo da norma é viabilizar a identificação daquele que se diz eleitor registrado na seção. Não estou a sinalizar a dispensa do título, mas, apresentando o eleitor a carteira de identidade com fotografia e afirmando ter sido extraviado o título – presumo que normalmente isso ocorre e que é dita a verdade –, é possível colher o voto desse eleitor. Mas creio que ele deve, de início, buscar a segunda via.
> (Sem destaques no original.)

Além dessas providências tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral para atender satisfatoriamente a regra contida no art. 91-A da Lei 9.504/1997, saliento ter aquela Corte prorrogado até o dia de amanhã, 30-9-2010, o prazo para que os eleitores inscritos até 5 de maio último possam solicitar a reimpressão de seus títulos nos cartórios eleitorais. Segundo notícia veiculada no sítio do próprio TSE, até o dia 21-9-2010 já haviam sido reimpressos, em todo o Brasil, mais de dois milhões de títulos eleitorais.

7. Penso ter sido relevante, senhor presidente, a exposição minuciosa desse quadro para chegar a uma conclusão mais consistente a respeito da plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade das normas ora em exame.

Como visto, a Justiça Eleitoral, lamentavelmente, ainda hoje enfrenta problemas de segurança na delicada tarefa de identificação do eleitor no momento da votação.

A apresentação do título de eleitor que conhecemos hoje, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado.

Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte.

Portanto, estou convicta de que **a norma jurídica contestada**, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, com o propósito de alcançar uma maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores, **estabeleceu**, já para as eleições gerais de 2010, **a obrigatoriedade da apresentação**, no momento da votação, **de documento oficial de identificação com foto**. Essa foi, segundo entendo, a verdadeira e substancial inovação legislativa implementada pelo legislador ordinário federal.

Não se mostra cabível, dessa maneira, interpretação que torne o *caput* do art. 91-A da Lei 9.504/1997, inserido pela Lei 12.034/2009, impedimento ao voto do eleitor que, embora se encontre apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja naquele momento portando seu título.

Essa orientação, ao que me parece nessa análise prefacial, revela-se ofensiva ao princípio da razoabilidade, pois impõe exigência desmedida que se afasta da finalidade que a norma buscou alcançar. Conforme asseverado

pelo eminente ministro Celso de Mello, "todos os atos do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade", que, por isso mesmo, "qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais" (ADI 2.667-MC, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 12-3-2004).

A norma ora em debate, para permanecer em consonância com a Constituição Federal, deve ser lida de forma que se tenha como obrigatória, para o momento da votação, a apresentação tanto do título de eleitor como do documento oficial de identificação com fotografia. Porém, segundo a mesma leitura, concorde com a Constituição, apenas a frustração na exibição deste último é que terá o condão de impedir o exercício do voto.

8. Ante todo o exposto, havendo plausibilidade na alegação de ofensa à Carta Magna e sendo evidente o perigo na demora, haja vista a iminência das eleições marcadas para o próximo dia 3 de outubro, **defiro o pedido de medida liminar** formulado **para**, conferindo interpretação conforme ao *caput* do art. 91-A da Lei 9.504/1997, introduzido pela Lei 12.034/2009; e ao art. 47, § 1º, da Resolução/TSE 23.218, **assentar que somente a ausência de documento oficial de identidade com foto trará obstáculo ao exercício do direito de voto** pelo cidadão-eleitor.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, depois da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, quando divergi para entender que, embora necessário portar o título, seria possível o eleitor votar desde que se identificasse e estivesse inscrito na seção eleitoral, procurei, na residência, o meu título e confesso que fiquei muito preocupado depois de verificá-lo.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vossa Excelência tem prazo até amanhã. Não há problema nenhum.

O sr. ministro Marco Aurélio: Pois é, mas o encontrei. Como sou minimamente organizado, encontrei o documento, mas fiquei muito preocupado com a postura que adotara no Tribunal Superior Eleitoral, mitigando a importância do título, porque ele está subscrito pela minha mulher. Era ela juíza eleitoral.

Agora, presidente, o que tínhamos anteriormente? O Código Eleitoral de 1965, regendo a matéria, que admitia ou admite – e é uma lei complementar, foi assim recebida pela Carta de 1988 – expressamente a possibilidade de o eleitor votar sem o título e de o mesário, exigir a identificação mediante carteira própria com a fotografia caso desconfiasse da identidade daquele que se apresentasse como eleitor. Isso está no art. 147 do Código Eleitoral:

> Art. 147. O presidente da mesa dispensará especial atenção à identidade de cada eleitor admitido a votar Existindo dúvida a respeito, deverá exigir-lhe a exibição da respectiva carteira, e, na falta desta, interrogá-lo sobre os dados constantes

do título, ou da folha individual de votação, confrontando a assinatura do mesmo com a feita na sua presença pelo eleitor, e mencionando na ata a dúvida suscitada.

§ 1º A impugnação à identidade do eleitor, formulada pelos membros da mesa, fiscais, delegados, candidatos ou qualquer eleitor, será apresentada verbalmente ou por escrito, antes de ser o mesmo admitido a votar.

§ 2º Se persistir a dúvida ou for mantida a impugnação, tomará o presidente da mesa as seguintes providências:

I – escreverá numa sobrecarta branca o seguinte: "Impugnado por 'F'";

II – entregará ao eleitor a sobrecarta branca, para que ele, na presença da mesa e dos fiscais, nela coloque a cédula oficial que assinalou, assim como o seu título, a folha de impugnação e qualquer outro documento oferecido pelo impugnante;

III – determinará ao eleitor que feche a sobrecarta branca e a deposite na urna;

IV – anotará a impugnação na ata.

§ 3º O voto em separado, por qualquer motivo, será sempre tomado na forma prevista no parágrafo anterior.

A lei que versou sobre a utilização de processamento eletrônico de votos também trouxe norma a sinalizar a dispensa do título. Transcrevo o § 2º do art. 12 da Lei 6.996, de 7 de junho de 1982, apenas para efeito de documentação no voto:

Art. 12. (...)

(...)

§ 2º Ainda que não esteja de posse do seu título, o eleitor será admitido a votar desde que seja inscrito na seção, conste da lista dos eleitores e exiba [aí, sim, antes de se ter a exigência como regra linear] documento que comprove sua identidade.

Na Resolução 21.632, da lavra do então ministro Fernando Neves – hoje de volta à advocacia plena –, ficou consignado:

A partir das eleições de 2004, certidão de nascimento [como ressaltou a relatora] ou de casamento não mais serão considerados documentos hábeis para comprovar a identidade de quem não apresentar [admitindo, portanto, que o eleitor poderia não apresentar momentaneamente] título de leitor no momento da votação.

Essa resolução, como disse, é de 2004.

Em 2004, o relator ministro Carlos Velloso, que capitaneou a idealização do voto eletrônico – em 1996, fui apenas o marechal de campo na implantação parcial –, deixou consignado:

Exigir do eleitor, no dia da votação, que apresente, além do título, quando de ele dispuser [admitindo, portanto, a possibilidade dele não dispor, na hora, do título] documento oficial que comprove sua identidade, excede o que determina o art. 54, § 2º, da Res. TSE n. 21.633, o qual estabelece que o eleitor [resolução do Tribunal], mesmo sem a apresentação do título, poderá votar, desde que o seu nome conste do caderno de votação e do cadastro [caderno de votação também referido pela relatora na retrospectiva do sistema] de eleitores da seção constantes da urna eletrônica e exiba documento que comprove sua identidade.

(Resolução 21.926, de 30 de setembro de 2004.)

Antes da lei em exame, o Tribunal Superior Eleitoral também deliberou, mediante a Resolução 22.942:

> Ante a existência de circunstâncias direcionadas à adoção de práticas fraudulentas, para o uso de títulos eleitorais por pessoas que não são seus legítimos detentores, fatos que poderão comprometer a regularidade do processo de votação e o resultado das eleições no município, determina-se, excepcionalmente, que seja exigida, antes da admissão do eleitor ao exercício do voto, apresentação, além do título [e vem a cláusula] quando dele dispuser, de documento oficial com fotografia que comprove sua identidade.

Tivemos essa resolução, anterior, portanto, à lei que passou a exigir o título e a carteira de identidade. É de setembro de 2008, cujo relator foi o ministro Felix Fischer.

A Resolução 23.208 adentrou o campo no termo da biometria:

> Dispõe sobre os procedimentos especiais de votação nas seções eleitorais dos Municípios que utilizarão a biometria como forma de identificação do eleitor.

Nesse caso, a fotografia está no próprio dedo do eleitor.

Presidente, o que notamos diante desse contexto? Que a inspiração do legislador, versando em lei os dois documentos – título eleitoral e carteira de identificação oficial – esteve nos pronunciamentos da Justiça Eleitoral – merecedora, conforme registrado pela relatora, de encômios. Se levarmos a interpretação para o campo literal, tendo em conta o conectivo "e", título de eleitor e documento de identidade, realmente estabeleceremos que o eleitor, muito embora registrado no caderno eleitoral, na seção, ainda que se identifique e comprove que é ele mesmo, não poderá exercer esse direito-dever tão importante, ligado à cidadania, que é o de escolher os representantes. Mas não podemos partir para essa óptica, sob pena de menosprezo à razoabilidade, sob pena de adentrarmos o campo da simples burocratização do exercício de escolher os representantes.

Por isso, sem afastar a necessidade – têm-se os relapsos, aquele que perdeu o título, extraviou o título – de tirar-se a segunda via, divergi dos colegas do Tribunal Superior Eleitoral, em visão única, para entender que mais importante, o valor maior, em termos democracia, está no exercício do direito-dever referido. Creio que a solução preconizada pela ministra relatora é a que mais se coaduna com o próprio direito posto, principalmente com a Constituição Federal.

Acompanho-a, entendendo que pouco importam as estatísticas. Se há eleitor, ainda que único, que possa deixar de exercer o direito de escolha de seus representantes, ante interpretação extremada do preceito legal, a ponto de exigir-se o duplo documento, há campo para a atuação do Supremo, visando justamente esse exercício.

Como o quadro normativo está hoje, conforme ressaltado no voto do ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Tribunal, o que se terá? Inúmeros

incidentes, porque, conforme orientação dos regionais principalmente, o eleitor que identificar-se, mesmo estando relacionado na seção eleitoral, não poderá votar. E, antes da dupla exigência, quando se cogitava apenas do título, já se admitia que votasse. Hoje mesmo, tive, no almoço, pessoa muito próxima a mim e ela me disse que sempre compareceu às eleições, embora ainda de pouca idade, sem o título de eleitor e sempre conseguiu votar com o documento de identidade. Com isso, o eleitor, em geral, está, portanto, acostumado.

Acompanho Sua Excelência a relatora, dando ao preceito a interpretação conforme veiculada no voto proferido.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Temos aqui pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade que visa conferir interpretação conforme ao art. 91-A da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009, e, por arrastamento, ao art. 47, § 1º, da Resolução/TSE 23.218.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

> *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*
> Art. 91-A. No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia.
>
> *Resolução 23.218 – TSE*
> Art. 47. (...)
> § 1º Para votar, o eleitor deverá exibir o seu título de eleitor e apresentar documento oficial com foto que comprove sua identidade (Lei n. 9.504/1997, art. 91-A).

Com efeito, trata-se de alteração legislativa que teve como objetivo aprimorar o processo de identificação do eleitor pela mesa eleitoral. Anteriormente, o eleitor era obrigado a apresentar **ou** o título eleitoral **ou** documento que comprovasse sua identidade, nos termos do art. 12 da Lei 6.996, de 7 de junho de 1982, *in verbis*:

> Art. 12. Nas seções das Zonas Eleitorais em que o alistamento se fizer pelo processamento eletrônico de dados, as folhas individuais de votação serão substituídas por listas de eleitores, emitidas por computador, das quais constarão, além do nome do eleitor, os dados de qualificação indicados pelo Tribunal Superior Eleitoral.
> (...)
> § 2º Ainda que não esteja de posse do seu título, o eleitor será admitido a votar desde que seja inscrito na seção, conste da lista dos eleitores e exiba documento que comprove sua identidade.

Nesse sentido, muitas pessoas votavam apenas com o título eleitoral. Mas como a cédula do título não apresenta fotografia de seu titular, o legislador buscou, ao acrescentar o dispositivo ora impugnado, **explicitar a obrigatoriedade de se apresentar documento com fotografia**, já que não havia norma expressa nesse

sentido. Essa determinação busca evitar práticas fraudulentas para o uso de títulos eleitorais por pessoas que não seus legítimos detentores, garantindo um processo seguro de identificação do eleitor, apto a impedir fraudes no processo de votação.

Contudo, a norma impugnada foi mais além e acabou por determinar ainda **a apresentação do título de eleitor**, enquanto muitos cidadãos sempre votaram somente com o documento de identidade. Nesse ponto, entendo que não se justifica a imposição ao cidadão do ônus de apresentar **obrigatoriamente** título eleitoral para exercer seu legítimo, necessário e obrigatório direito de sufrágio, pois a finalidade pretendida pela alteração legislativa é devidamente atendida mediante a apresentação de um documento de identificação com fotografia. Essa exigência, por si só, já é apta a impedir fraudes no momento da votação.

Ressalte-se que, nas urnas eletrônicas, só poderão votar os eleitores cujos nomes constarem da respectiva folha de votação e do cadastro de eleitores da seção constante da urna eletrônica. Ainda que o cidadão apresente título de eleitor correspondente àquela seção, se o seu nome não constar das listas de eleitores em posse dos mesários, não poderá ali votar, devendo comparecer ao cartório eleitoral para regularizar sua situação. Nesse sentido, confira-se o que determina a Resolução 23.218 do TSE, que disciplina as eleições deste ano:

> Art. 47. Só serão admitidos a votar os eleitores cujos nomes estiverem incluídos no respectivo caderno de votação e no cadastro de eleitores da seção, constante da urna (Lei n. 9.504/1997, art. 62, *caput*).
>
> (...)
>
> § 4º Não poderá votar o eleitor cujos dados não figurem no cadastro de eleitores da seção, constante da urna, ainda que apresente título de eleitor correspondente à seção e documento que comprove sua identidade, devendo, nessa hipótese, a Mesa Receptora de Votos reter o título de eleitor apresentado e orientar o eleitor a comparecer ao cartório eleitoral a fim de regularizar a sua situação.
>
> § 5º Poderá votar o eleitor cujo nome não figure no caderno de votação, desde que os seus dados constem do cadastro de eleitores da urna.

Com as urnas eletrônicas, tornou-se absoluta a regra de que só pode votar aquele cidadão cujo nome constar do cadastro de eleitores da urna. Atualmente é esse o sistema que vigora em todo o País e que dispensa, por completo, a apresentação de título eleitoral para o exercício do sufrágio, pois nas listas de eleitores, emitidas por computador, constarão, além do nome do eleitor, os dados de qualificação indicados pelo Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se de mudança que, em última análise, conferiu segurança ao voto, após levar em conta a facilidade para votar, a operacionalidade dos servidores eleitorais, a rapidez da votação e a comodidade oferecida ao eleitor.

Dessa forma, é a conferência da lista de votação da respectiva seção e a apresentação do documento oficial de identidade com fotografia que possibilita ao eleitor exercer, devidamente, e de forma segura, seu direito de voto. Sendo assim, exigir a obrigatoriedade de apresentação de título eleitoral configura **formalidade incompatível com o princípio constitucional do sufrágio universal**, pois se trata

de documento que tão somente indica ao eleitor sua zona eleitoral e a seção de votação, pois sequer tem o efeito de provar a regularidade eleitoral do seu titular, já que o indispensável é que seu nome conste na lista de votação da respectiva seção, o que, por si só, já comprova que o eleitor atende, naquele momento, todos os requisitos necessários ao exercício do seu direito de voto.

A corroborar isso, o fato de que o eleitor pode possuir o título e o seu nome não constar na lista de votação da zona e da seção nele consignados, na hipótese de dela ter sido excluído em razão do seu não comparecimento nas três últimas eleições, sem que tenha havido a respectiva justificativa (art. 71, VI, do Código Eleitoral, c/c art. 16 da Lei 6.091/1974).

Não há dúvida de que o sistema eleitoral vem sendo aperfeiçoado, alcançando-se, mediante o uso de urnas eletrônicas, decisão popular sobre temas relevantes e que afetam toda a população. Não é por outra razão que, para a identificação do eleitor na hora de votar, está sendo criado o sistema biométrico, que permitirá a correta identificação do eleitor votante, acabando com as fraudes na hora de votar. Nesses casos, de acordo com o art. 1º da Resolução 23.208 do TSE, restarão dispensadas a apresentação do título eleitoral, bastando a inclusão do eleitor no caderno de votação e no cadastro constante da urna.

Portanto, **o indispensável é a identificação segura do eleitor – evitando-se que uma pessoa vote no lugar de outra – e a presença de seu nome no cadastro de eleitores da seção constante da urna eletrônica – o que provará a condição de eleitor do cidadão**. Assim, a apresentação do título eleitoral não tem nem o efeito de identificar o eleitor, pois nele não consta foto, e nem serve de prova da regularidade eleitoral para fins de votação, pois, ainda que apresente o título, o imprescindível é que seu nome figure no cadastro de eleitores da seção.

Seguindo essa tendência, entendo que se deve tentar ao máximo, garantidos os procedimentos que permitam a identificação segura do eleitor, **simplificar o ato de votar, e não complicá-lo**. **Um documento de identidade com fotografia é mais do que suficiente, sendo desnecessária a apresentação da cédula do título eleitoral**.

Por oportuno, vale conferir as advertências do eminente ministro **Marco Aurélio**, em consulta formulada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia acerca exatamente da aplicação do art. 91-A da Lei 9.504/1997, ora impugnado, que resultou na Resolução 23.281 do Tribunal Superior Eleitoral. Naquela oportunidade, sua Excelência salientou:

> (...) a pergunta que se faz é quanto ao objetivo da norma. A meu ver, tornou estreme de dúvidas a necessária identificação daquele que se apresenta para votar.
>
> Em cada seção há a folha dos inscritos. Por isso, penso que a referência ao título de eleitor – e não caminharia no sentido de sobrecarregar a máquina administrativa eleitoral – se dá quando não apresentado o título, mas identificado o eleitor. E, havendo o registro desse eleitor na seção a que compareceu, a não apresentação do título não o impede de votar, desde, é claro, que se chegue à identificação.
>
> (...)

> Penso que portar a identidade com fotografia para exercer o direito ao voto é mais importante do que deter o título naquele momento. Claro que o eleitor há de estar inscrito na seção, e havendo a documentação na própria seção.
>
> Deve-se tentar simplificar, não complicar. Um documento com identidade seria mais do que suficiente.
>
> (...)
>
> (...) o fato de o eleitor não portar o título no dia da eleição não obstaculiza o exercício do direito inerente à cidadania – o de escolher os representantes –, desde que apresente documento de identidade com fotografia.

Entendo que a não apresentação do título eleitoral não pode ser **causa impeditiva** do direito do cidadão de votar. Para garantir a lisura do pleito, **bastante é a apresentação de documento de identidade com fotografia**. Com essa exigência, garante-se a autenticidade do processo de votação, sem comprometer a universalidade do exercício do sufrágio.

A meu ver, impedir o cidadão de votar somente porque não apresentou o título eleitoral, quando seu nome consta das listas de eleitores da respectiva seção e ele se encontra devidamente identificado por documento com fotografia, resulta em **violação aos princípios constitucionais da cidadania, da soberania popular e da universalidade do sufrágio**.

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, a cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil (inciso I) e "[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (parágrafo único). A Carta Magna consagra aqui o princípio da soberania popular, princípio que se viabiliza mediante **sufrágio universal**, garantido enfaticamente no art. 14, *caput*, da Lei Maior: "[a] soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei."

Conforme salienta Jorge Miranda, "o sufrágio é o direito político máximo, porque, através dele, os cidadãos escolhem os governantes e, assim, direta e indiretamente, as coordenadas principais de política do Estado (ou das entidades descentralizadas em que se situem)" (Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição portuguesa. *Revista de direito constitucional e internacional*. a. 15, n. 60, p. 300-301, jul.-set./2007).

Sobre essas bases assenta-se o Estado Democrático de Direito, pois o exercício da democracia pressupõe a existência de eleições tão livres e tão universais quanto possível. E o mecanismo utilizado pelo eleitor para externar sua vontade política é o voto. É por meio do voto que o eleitor manifesta a sua opinião política, escolhe o seu candidato ou o seu partido político. Nas palavras de José Afonso da Silva:

> Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico

> para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, "eleger" significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformar num instrumento pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento – e, por consequência, legitimidade – às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político.
> (*Comentário contextual à Constituição*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.)

É bem verdade que é possível condicionar o exercício do direito de voto a determinadas hipóteses, tais como o alistamento eleitoral, que é pressuposto constitucional objetivo do direito de votar e da viabilização do exercício efetivo da soberania popular (art. 14, §§ 1º e 2º, CF/1988). Assim, o direito de votar, embora seja a regra, comporta exceções que, no entanto, somente devem ser interpretadas estritamente. Isso porque **a restrição do exercício do voto não é outra coisa senão restrição ao princípio da universalidade do sufrágio e, como consequência, restrição à própria democracia e ao princípio do voto para todos**.

Portanto, o comando que deve prevalecer é o da **plenitude do direito de votar**, especialmente quando o indivíduo já se encontra alistado, como no caso, e, portanto, devidamente erigido à qualidade de cidadão na sua expressão política de votante. A privação desse exercício configura, inevitavelmente, limitação ao direito de cidadania.

Por conseguinte, deve-se sempre **favorecer o direito de votar**, ao passo que as regras de restrição hão de ser sempre limitadas ao **estritamente necessário**, sob pena de restringir-se a identidade entre governantes e governados, que o sufrágio universal buscar garantir.

Exigências cartorárias não podem se sobrepor ao objetivo maior da Constituição. Pelo contrário, a consolidação do regime democrático brasileiro deve vir acompanhada de **progressivos esforços normativos para a ampliação da participação dos cidadãos nas eleições, de modo que essas reflitam com a maior precisão possível a vontade popular**. **E essa identidade será tanto mais real quanto mais ampliado for o direito de sufrágio e menos embaraçados forem os processos de votação**.

Nesse sentido, tem sido crescente a eliminação de medidas restritivas entre nós. A título de exemplo, é possível citar os reconhecidos esforços do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de regulamentar a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes (Resolução 23.219, de 2010) e a criação das seções eleitorais adaptadas aos deficientes visuais (Resolução 21.008, de 2002).

Assim, a legislação eleitoral deve, atendidas as medidas de segurança e obedecidos os requisitos materiais e formais de alistamento eleitoral (art. 14),

assegurar a participação do maior número de eleitores possível no pleito eleitoral, pois o que está em jogo é o princípio constitucional da universalidade do sufrágio e a participação dos membros da comunidade na vida pública.

Deve, sim, a lei estabelecer medidas de segurança, a fim de evitar fraudes no processo eleitoral, impedindo, por exemplo, que um cidadão vote no lugar de outro ou que um mesmo indivíduo vote duas vezes. Contudo, restrições que não atinjam essa finalidade e que acabem por dificultar o legítimo, necessário e obrigatório ato de votar pelo cidadão, impedindo-lhe o exercício da cidadania, violam os citados princípios fundamentais da Constituição Federal.

Tal é o caso de impedir-se o voto de eleitores devidamente identificados, cujos nomes constem do cadastro de eleitores da seção, que não apresentem no momento da votação o respectivo título eleitoral, pois, como demonstrado, isso configura formalidade cujo único efeito é impedir o legítimo exercício do direito de sufrágio por parte dos eleitores. **Essencial é que se garanta um processo seguro de identificação do eleitor e, para isso, basta a apresentação de documento válido, idôneo, com foto**.

Ressalte-se, ademais, que a exigência ora impugnada causará, inevitavelmente, **embaraços ao pleito eleitoral**. Há anos, muitos brasileiros exercem seu direito de sufrágio apresentando, na respectiva seção eleitoral, apenas um documento válido de identidade, muitos dos quais tiveram seu título eleitoral extraviado ou inutilizado.

Assim, por mais que tenham sido adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral todas as medidas possíveis para divulgar essa nova exigência, inclusive com prorrogação da obtenção de segunda via e de impressão do título eleitoral, caso se exija, nessas eleições que se aproximam, a apresentação do título de eleitor, muitos cidadãos, sobretudo as pessoas mais simples e aquelas que se encontram nos rincões deste País, não exercerão seu direito de voto.

Serão, assim, impedidos de votar, não porque seu nome não se encontra nas listas de votação, nem porque não é possível identificá-los de forma segura, mas sim em virtude de uma mera formalidade, que terá como **único efeito complicar o ato de votar**. Tal exigência vai na contramão dos esforços normativos e administrativos de simplificação dos processos de votação, que buscam ampliar, o quanto possível, a participação dos cidadãos nas eleições, de modo a fazer com que essas reflitam, com a maior precisão possível, a vontade popular, o que somente ocorre quando se eliminam os embaraços desnecessários conferidos aos processos de votação.

Dessa forma, **o imprescindível é a apresentação pelo eleitor de documento oficial com fotografia que comprove de forma segura sua identidade**, independentemente da exibição ou não do título eleitoral. Assim, o que importa é que a alteração legislativa tornou extreme de dúvida a **necessária identificação civil do eleitor**, não mais se admitindo a votação apenas com a apresentação do respectivo título eleitoral. Com esse procedimento, evita-se

fraude no processo de votação e garante-se, com o maior alcance possível, a plenitude do gozo dos direitos políticos positivos ao eleitorado.

Por fim, entendo que atribuir aos mesários e aos juízes eleitorais o poder de resolver essa questão, no dia da eleição, em cada caso em concreto, acabaria por **tumultuar o processo de votação**, além de violar o princípio da igualdade entre os cidadãos, pois a não definição prévia de **critérios objetivos** acerca dos documentos necessários ao regular exercício do direito de voto causaria insegurança jurídica e ensejaria a adoção de soluções diferenciadas para casos semelhantes.

Pelo exposto, acompanho o voto da eminente relatora.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, o voto escrito que trago é convergente com as conclusões da eminente ministra relatora, por isso vou poupar os nobres colegas de sua leitura.

Gostaria apenas de destacar alguns pontos. Inicialmente, não concedo a cautelar com fundamento no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Tive a oportunidade de já fazer aqui a minha profissão de fé como juiz, explicitando em qual paradigma teórico busco a formatação dos meus votos e as propostas de decisão que trago à Corte. E, nessa linha, alio-me àquilo que o ministro Eros Grau sempre defendeu aqui: que razoabilidade e proporcionalidade não são princípios, mas podem ser técnicas de solução, sendo dado ao juiz buscar o seu fundamento legal na Constituição – no caso dos juízes constitucionais.

Por isso, os fundamentos que trago em meu voto são os do art. 1º da Constituição Federal, na medida em que eu entendo que a lei restringiu o exercício da cidadania, porque, no mesmo sentido da manifestação da ministra Ellen e do ministro Marco Aurélio – que, aliás, já votara dessa forma no Tribunal Superior, inclusive no meu voto escrito transcrevo excertos do voto de Sua Excelência no Tribunal Eleitoral – entendo que, havendo a identificação civil, desnecessário é se exigir o título de eleitor do cidadão que comparece para votar na seção em que já se sabe que ele está cadastrado, porque a urna já é enxertada com aqueles dados. Como já disse, não me fundamento no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mas no art. 1º, c/c *caput* do art. 14, da Constituição, os quais estabelecem o seguinte:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
> (...)
> II – a cidadania;
>
> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal (...) [o princípio do sufrágio universal, a ideia do sufrágio universal, ou seja, o acesso de

todos a participar do Estado Democrático de Direito por meio do voto, que tem de ser direto e secreto, e mais, com valor igual para todos e nos termos da lei].

Com base nesses fundamentos constitucionais e em outros argumentos que trago, senhor presidente, é que também acompanho, por outro fundamento, as conclusões do voto da eminente relatora.

Gostaria ainda de destacar que o título de eleitor, como disse a eminente ministra relatora, já foi também um documento de prova da quitação eleitoral. Já foi um documento, portanto, para ser utilizado pelo cidadão brasileiro – inclusive, naquela oportunidade, continha foto. Depois, ele foi alterado, exatamente – e Sua Excelência muito bem destacou – na época do ministro Néri da Silveira, quando foi feito o recadastramento eleitoral. Isso ocorreu em razão da edição de uma lei, a Lei 7.444, de 20 de dezembro de 1985. Essa lei estabeleceu que:

> Art. 6º Implantado o sistema previsto no art. 1º desta Lei, o título eleitoral será emitido por computador.
>
> § 1º O Tribunal Superior Eleitoral aprovará o modelo do título e definirá o procedimento a ser adotado, na Justiça Eleitoral, para sua expedição.

Ou seja, a lei estabeleceu e delegou à Justiça Eleitoral, inclusive, o padrão do título de eleitor. Naquela oportunidade, não se estabeleceu a necessidade de foto – e nós temos aqui que nos remeter à realidade social, à realidade tecnológica daquela época, porque, àquela época, o que mais importava era o recadastramento e a unificação de cadastro, como destacaram o ministro Marco Aurélio e a ministra Ellen Gracie. Então, para não inviabilizar o cadastro unificado nacionalmente, dada a dificuldade do cidadão de ter acesso, nos rincões do país, a um equipamento fotográfico, nos debates ocorridos no Tribunal Superior Eleitoral de então, consignou-se um formato de título de eleitor que prescindiu da fotografia, porque se entendeu que ela não era necessária naquele momento, o mais importante para a nação brasileira era a depuração do cadastro – naquela oportunidade, era esse o termo que se utilizava nacionalmente, seja no Congresso Nacional, seja nos meios políticos, seja no Tribunal Eleitoral; o que se falava era em depuração do cadastro com a sua unificação. E dessa forma foi feito.

Aqui eu destaco, senhor presidente, que, em matéria de organização das eleições, nós temos que considerar que o Poder Judiciário Eleitoral e o Tribunal Superior Eleitoral – e a legislação sempre assim o faz – devem ter sempre o poder de regular e regulamentar. Infelizmente, no mês de junho passado, o Tribunal Superior não atentou para os problemas que essa exigência de dois documentos de identificação poderia trazer. Isso é fato, assim também como é fato que os partidos políticos não atentaram para isso.

Estamos aqui diante da necessidade de deliberar sobre uma provocação feita legitimamente por um partido político. Não importa estarmos já a pouco tempo das eleições; como costuma dizer o ministro Gilmar Mendes, não existe um usucapião de constitucionalidade. Portanto, referenciando os paradigmas do exercício da cidadania – e aqui as normas restritivas de exercício de cidadania

devem ser interpretadas restritivamente –, no meu entender, é absolutamente despicienda a apresentação do título de eleitor.

Mas é verdade, sim, que sempre houve a preocupação de se identificar o eleitor, e essa preocupação é tão grande que sempre houve proposta, inclusive do partido ora requerente, no passado, de se exigir documento com fotografia no momento de o cidadão se apresentar a voto. Esse sempre foi um pedido que, historicamente, o Partido dos Trabalhadores trouxe à baila, quando das discussões das resoluções no Tribunal Superior Eleitoral.

Então, a solução dada pela eminente relatora, mediante uma interpretação conforme, de a pessoa civilmente identificada com documento com foto, mesmo que esteja sem o título, poder exercer o seu direito de cidadania, o seu direito de voto, parece ser a melhor solução para o momento.

Mas, de qualquer sorte, sempre caberá à Justiça Eleitoral – até porque o art. 105 da Lei 9.504 estabelece que pode o Tribunal Superior Eleitoral baixar as suas resoluções, e a Constituição estabelece que compete ao Tribunal Superior Eleitoral a organização das eleições – organizar as eleições e deliberar sobre as questões específicas e excepcionalíssimas que eventualmente ocorram, tais como o alistamento dos indígenas que não falam a língua nacional, caso do qual tive a oportunidade de participar no Tribunal Superior Eleitoral. Nesse caso, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu que, mesmo que o cidadão brasileiro não fale o português, não há limitação ao seu exercício da cidadania. Podem, eventualmente, ocorrer situações em que haja indígenas que não tenham um documento com foto, casos excepcionalíssimos. Mas esses casos excepcionalíssimos à excepcionalidade pertencem.

Senhor presidente, aproveitando este momento, eu gostaria, também, de reconhecer o enorme e digníssimo trabalho que os cidadãos brasileiros prestam a serviço da Justiça Eleitoral. Refiro-me aos milhões de mesários – milhões de mesários – que atuam no dia da eleição: todos eles trabalham com grande zelo, com grande lisura, na identificação dos eleitores. Eu mesmo voto na Seção 97 da 70ª Zona Eleitoral do Estado de São Paulo, sempre no mesmo local, desde o meu primeiro voto. Eu chego lá e lá está o mesmo mesário, que sempre me exige um documento de identificação. Ele me conhece desde menino, senhor presidente, porque já morava naquele bairro há muito tempo. Mas, quando lá compareço, senhor presidente, ele pede o meu documento de identificação. E o faz mesmo sabendo que eu estou ali alistado, e o faz mesmo sabendo quem eu sou, e o faz mesmo sabendo quem são o meu pai, a minha mãe e todos os meus familiares. Por quê? Faz porque é exigência da lei (os mesários brasileiros, os servidores que são requisitados para exercer essa nobre função, eles, com dignidade, com honra, com orgulho, cumprem essa missão – e são milhões de brasileiros). E ele o faz, ainda, porque sabe que ali existem fiscais eleitorais. Os partidos políticos, as coligações e os candidatos podem credenciar fiscais eleitorais. Mesmo ele sabendo quem eu sou, ele sabe que ali pode ter um fiscal; então, ele cumpre a lei, exige de mim o meu documento. Tenho certeza de que, no domingo próximo, quando lá comparecer para votar, ele, mais uma vez, exigirá de mim

a apresentação do meu documento de identidade com foto e me identificará. Ao verificar que o meu nome consta na urna, ele a abrirá, então, para que eu exerça a minha cidadania, para que eu exerça o meu direito de voto.

Aproveito a oportunidade, senhor presidente, para homenagear esses milhões de brasileiros que servem com dignidade, honra e orgulho à nação brasileira.

Acompanho a eminente relatora.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, senhores ministros, como já foi trazido aqui, essa matéria foi objeto de um julgamento no qual ficou vencido apenas o ministro Marco Aurélio, com as ponderações aqui feitas por ele, todas, como sempre, de muito bom alvitre.

Quando foi discutido lá, um dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral até fez uma observação, com a qual eu concordo, extremamente pertinente. Esta lei veio para complicar neste ponto, especificamente, porque as coisas estavam funcionando, embora a intenção pudesse ter sido boa, que era de dar maior segurança, mas, na verdade, criou-se um problema para um país como o nosso.

Entendeu-se, naquela ocasião, e eu segui a corrente majoritária, que nós, no Tribunal Superior Eleitoral, não iríamos determinar – ou não declarar, mas reconhecer, pelo menos para os fins específicos daquele julgamento, porque não éramos do Supremo – a inconstitucionalidade da norma.

Porém, tal como, aliás, bem posto pelo ministro Marco Aurélio, eu particularmente não consideraria que seria nulo ou impossível que um cidadão votasse se ele se apresentasse e justificasse a impossibilidade de apresentação dos dois documentos. Acho, portanto, que o que dá segurança – aliás, sempre deu segurança –, na votação, é o caderno de votação que vincula cada urna eletrônica com a lista de eleitores.

Por isso é que o Tribunal Superior Eleitoral sempre permitiu que os eleitores votassem com um dos dois documentos.

Considerando a proposta da ministra Ellen, acho que está perfeitamente adequada à finalidade buscada pela norma e pelo Tribunal Superior Eleitoral com o que se contém na norma, de tal forma que não precisa se afastar ou decotar o art. 91-A. Apenas acho que lá, a partir do que vier a ser decidido aqui, vai ser necessário não apenas aquela decisão no sentido de que até amanhã se dê notícia, mas vai ser preciso um esforço maior para que se comunique ao Brasil, e não se crie instabilidade, dada a proximidade das eleições. Conforme a conclusão, realmente, vai-se ter que fazer um esforço de declaração pública para que todos os brasileiros saibam desta decisão, que tem um impacto imediato, principalmente àqueles que estavam achando que precisavam comparecer com os dois documentos.

Mas, de toda sorte, para fins de conclusão do meu voto, acompanho às inteiras a proposta feita pela ministra relatora.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, louvo inicialmente o brilhante voto da ministra Ellen Gracie com o qual, em princípio, estou de acordo, mas me permitiria fazer algumas ligeiras ponderações.

Inicio assentando aquilo que todos sabem, que o direito de votar e ser votado é um dos direitos mais antigos, um dos direitos fundamentais que mergulham fundo na História. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, colocava esse direito fundamental ao lado do direito à vida, à liberdade e à propriedade. Desde então, esse direito foi repetido em todas as constituições e, em nossa Carta Magna, ele ocupa um lugar de absoluto destaque. Ele está implícito logo no art. 1º, que trata do regime republicano, no *caput* do art. 14, como salientou o eminente ministro Toffoli, e, também é uma cláusula pétrea da nossa Constituição. Ele consta do art. 60, § 4º, II, como sendo uma cláusula da Constituição que não pode ser modificada. Portanto, qualquer exigência que represente um obstáculo ao exercício fundamental do voto deve ser, se não afastada, pelo menos, temperada.

Quando foi editada a minirreforma eleitoral, ou seja, a Lei 12.034, alterando, no ponto, a Lei 9.504, que passou a exigir a exibição de dois documentos por parte do eleitor para que ele possa exercer o direito sagrado, diria eu, de votar, eu me manifestei publicamente dizendo que o Congresso, com todo o respeito, tinha introduzido um complicador nas eleições gerais de 2010, mormente no momento em que estávamos fazendo o esforço maciço, investimentos vultosos no sentido da identificação do eleitor de forma biométrica, ou seja, mediante a posição de suas impressões digitais na urna eletrônica. Eu ousei dizer até que representava, essa exigência, um certo retrocesso, assim como penso que a impressão do voto, que se pretende fazer para as próximas eleições, constitui um retrocesso enorme.

Mas, como diziam os romanos, *dura lex sed lex*, a lei é rigorosa mas tem que ser cumprida, sobretudo pela Justiça Eleitoral, especialmente pelo Tribunal Superior Eleitoral, que é uma Corte que interpreta a legislação infraconstitucional, não é uma Corte constitucional. E nós, juízes, devemos obediência à lei. Essa foi a orientação transmitida pelo TSE para toda a Justiça Eleitoral. Na sequência – buscando cumprir fielmente aquilo que a lei determinava, o que o Congresso Nacional, que representa a soberania popular, determinou –, fizemos uma campanha nacional de esclarecimento dos eleitores para que eles trouxessem, no momento da votação, esses dois documentos, o título de eleitor e uma carteira de identidade com foto, para que pudessem se identificar aos mesários.

Além disso, como já disse a eminente ministra Ellen Gracie, nós estendemos até esta quinta-feira próxima, o prazo para a reimpressão da segunda via do título. Não obstante esses esforços todos, e percorrendo vários Estados, visitando distintos TREs, eu recebi a preocupação dos presidentes dessas cortes regionais,

no sentido de que existem situações muito peculiares que levariam a uma abstenção maciça, porque, neste Brasil continental, nem todos têm o título, não lograram obter o título, por alguma razão. Muitos até por questões econômicas não puderam obter um documento oficial com foto, dificuldade de se locomover, de pagar as taxas respectivas, etc., então nós teríamos não apenas uma previsível abstenção, como também poderíamos ter filas, dificuldades, conflitos na hora da votação quando os mesários exigissem estes dois documentos.

Ademais, existem situações peculiaríssimas como, por exemplo, as que ocorrem nos Estados de Alagoas e de Pernambuco, onde diversas cidades foram completamente arrasadas, destruídas, como se um *tsunami* tivesse passado por elas, em função das chuvas e das inundações que lá ocorreram. Eu estive lá, pessoalmente, vi que não apenas desapareceram as casas, os cartórios eleitorais, os cartórios de registro civil, as delegacias de polícia, as escolas, os locais de votação, tornando impossível inclusive até a obtenção e a reimpressão de qualquer tipo de documento. Nesses dois Estados, nós temos uma situação em que cerca de trezentos mil eleitores foram atingidos por essas calamidades públicas. Estamos fazendo todos os esforços possíveis, até a última hora, para que os eleitores obtenham esses dois documentos. Não sei se isso será possível efetivamente. Por sorte, em muitos locais já havíamos implantado as urnas biométricas, o que minimiza o problema.

Agora, existem outras situações também concretas, que devem ser levadas em consideração. O ministro Toffoli já levantou uma delas, a dos indígenas, por exemplo. Os índios, como todos sabem, podem votar, aqueles que são aculturados, emancipados, mas eles não têm documento com foto, quando muito têm uma certidão de nascimento, ou, até, uma carteira de identificação, sem foto, emitida pela Funai. Curiosamente muitos índios se recusam até a tirar fotografias, porque entendem que a foto lhes subtrai a alma. Isso, aliás, é um fato muito conhecido e registrado pelos antropólogos e etnólogos, não só no Brasil, mas no mundo todo.

Eu então me alinho, em princípio, à sugestão da eminente ministra Ellen Gracie, mas ousaria ampliá-la um pouquinho mais. Amparado na Resolução 23.218 do TSE, que trata da dúvida na identificação do eleitor, dizer que, se não existir dúvida quanto à identidade do eleitor, ainda que não esteja portando um dos dois documentos, seja o título de eleitor ou a carteira de identidade, e desde que seja positivamente identificado, ele poderá exercer esse direito fundamental.

O art. 48 dá outras pistas, outras instruções ao presidente da Mesa receptora de votos para melhor identificar o eleitor, dizendo o seguinte:

> Art. 48. Existindo dúvida quanto à identidade do eleitor, mesmo que esteja portando título de eleitor e documento oficial, o presidente da mesa receptora de votos deverá interrogá-lo sobre os dados do título, documento oficial ou do caderno de votação; em seguida, deverá confrontar a assinatura constante desses documentos com aquela feita pelo eleitor na sua presença e mencionar na ata a dúvida suscitada.

Ou seja, eu ampliaria um pouquinho a sugestão feita pela eminente ministra Ellen Gracie, essa interpretação conforme, que Sua Excelência aportou com muita lucidez, dizendo que, mesmo na ausência do documento oficial, se positivamente identificado o eleitor pelo presidente da mesa receptora de votos, que é uma autoridade no momento da eleição, ele poderá exercer esse direito fundamental. E essa prova, a meu ver, deverá ser feita por todos os meios de prova em direito admitidos.

Se essa minha proposta nessa extensão não for aceita, eu, desde logo, adiro, em caráter subsidiário, à proposta feita pela ministra Ellen Gracie.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, se Vossa Excelência me permite, digo termos hoje norma a direcionar a apresentação de dois documentos. Partiremos para uma interpretação conforme afastando ambos?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, um ou outro.

O sr. ministro Marco Aurélio: E deixando ao subjetivismo do mesário a identificação? Creio não podermos caminhar nesse sentido.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nós não estamos legislando; nós estamos julgando se é constitucional, ou não, em sede de liminar. Então, há limites aqui muito claros. Nós não estamos aqui, no âmbito do TSE, fazendo uma resolução. E mesmo o TSE, eu acho, não teria essa liberdade. E aí estamos indo de oito a oitenta.

Em 2009, o Congresso aprovou uma lei que exige os dois documentos. A relatora demonstrou que o fez com base no apoio de treze partidos. Agora estamos a três dias da eleição e começamos a fazer um desenho. E, daqui a pouco, por que não uma rubrica, daqui a pouco uma fotografia feita também com lápis para provar que o Zé Mané é Zé Mané e o Zé das Couves é o Zé das Couves?

Presidente, já estou ficando realmente preocupado.

O Tribunal tem uma jurisprudência que diz o seguinte: quanto à conveniência política – isso eu disse à relatora e, por isso, vou dizer publicamente –, isso chama muito a atenção em relação à concessão de liminar, veja a que tipo de manipulação estamos sujeitos em relação a esse tipo de provocação, com as vênias de estilos aos autores da provocação. Veja que se teve tempo para discutir isto no âmbito do Congresso Nacional; teve-se tempo para discutir isto no âmbito do TSE, que lançou uma propaganda – ainda hoje eu via essa propaganda –; e agora se discute isto já com proposta de alteração para dispensar também o segundo documento.

Eu só gostaria de refletir alto para mostrar a que ponto se pode chegar em termos – para usar a expressão do ministro Marco Aurélio – de passos largos. Realmente estamos saindo de uma fundamentação difusa. Eu sei, eu acompanhei, por exemplo, no Eleitoral, a discussão sobre a impressão de voto. Nós sabemos que isso é altamente inconveniente, todos os que viveram a realidade do voto eletrônico sabem disso. Agora, é uma decisão que o Congresso

toma, que é mais onerosa, mas, nem por isso, necessariamente, inconstitucional. Em casos específicos, onde houve uma tragédia, seria razoável que houvesse até uma disciplina específica.

O sr. ministro Dias Toffoli: É, específica. Foi nessa linha que eu falei da excepcionalidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Agora, de fato, dar essa largueza? Eu não quero ainda antecipar posição, mas gostaria de registrar realmente esse tipo de preocupação. Já há perturbação demais no ambiente eleitoral; já há realmente toda essa preocupação que a Constituição cerca de cautelas com o art. 16. E eu falo com autoridade de quem, lá, no TSE, rechaçava mudança até interpretativa. Aquilo que está no texto constitucional em relação ao art. 16, eu sustentei várias vezes, não está expresso, mas nós devemos observar. Nós não podemos ficar mudando a interpretação ao sabor da composição do Tribunal. O art. 16 vincula o legislador, mas vincula *ipso jure* também os intérpretes. Por isso falo com essa autoridade.

Acho que precisamos refletir um pouco sobre isso, tendo em vista, inclusive, a própria jurisprudência do Tribunal em matéria de cautelar. É livre o pedido. Até há uma tradição no Tribunal em relação a um caso, que diz assim: indeferido porque pediu.

Realmente este é um caso que merece reflexão, mas eu só gostaria de pensar alto um pouco sobre esse assunto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar, se Vossa Excelência entende, e eu fico muito confortado com esse entendimento de Vossa Excelência, que situações excepcionais podem ser reguladas de forma excepcional, como no caso de calamidades públicas, inclusive pelas autoridades eleitorais locais, eu retiro a minha proposta e adiro integralmente à sensatíssima sugestão da ministra Ellen Gracie no sentido de dar interpretação conforme a esse artigo.

DEBATE

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Colocando mais um dado para reflexão da Corte, eu também receio que o Tribunal não deixe claros os limites da possibilidade de dispensa da apresentação do título, porque, dependendo da interpretação que se dê à norma, vamos tornar absolutamente inútil o título! Vamos, na prática, extinguir o título! Em outras palavras, passa a ser um documento inútil, porque já não serve para nada. Ele não servirá para mais nada.

O sr. ministro Dias Toffoli: No meu voto, senhor presidente, abordo isso.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Porque o problema todo é saber em que limites, em que situações se deve dispensar o título, pressupondo-se que o título é alguma coisa importante. Se não for importante, a interpretação é dizer: então, não se exige o título em circunstância nenhuma, porque não será possível conceber, no momento da votação, procedimento para provar força maior na não apresentação do título. O eleitor pode não querer e dizer que não precisa, porque

o Tribunal já dispensou a apresentação do título e, a partir daí, o título é inútil! Alguma coisa que eu acho que a Corte tem que ponderar.

O sr. ministro Dias Toffoli: Na prática, o título não serve mais de prova de quitação eleitoral, diferentemente do modelo antigo. Também não é um documento de identificação civil utilizado, porque ele não tem a foto. Nesse sentido, o título vale para que o eleitor memorize o local de votação. Eu tenho essa informação memorizada.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas, para isso, qualquer caderno de anotação serve.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu sequer faço uso do título de eleitor. Ele fica guardado, porque eu sei que eu voto no Estado de São Paulo, no Município de Marília, na Zona Eleitoral 70 e na Seção 97.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É que Vossa Excelência tem sorte de ser conhecido no País todo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu nem preciso pegar título de eleitor para votar, vou com o meu RG.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vamos continuar a votação.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Presidente, eu não apenas acompanho o voto da eminente relatora como louvo a sensibilidade de Sua Excelência em perscrutar, nesse tipo de lei, tipo de manobra legislativa que é muito conhecida em direito comparado e tem vários nomes. Ora se chama *charcutage électoral*, ora *gerrymandering*, aqui no Brasil era o voto censitário, ou seja, a lei na sua expressão facial é plenamente compatível com a Constituição, mas nos seus efeitos, especialmente em relação a determinadas categorias de cidadãos, ela é absolutamente danosa. Esse é o risco que está embutido, aqui, nessa lei, como muito bem assinalado pela relatora, pelo ministro Marco Aurélio.

Eu acompanho.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, de saída eu louvo a boa inspiração da lei que exige, no momento da votação, dois documentos, o respectivo título, ou seja, o título de eleitor e um documento de identificação com fotografia. Evidente que a lei é bem inspirada, porque objetiva identificar o eleitor com segurança. E dois títulos identificam o eleitor com segurança, mais do que um só título de identidade, seja identidade eleitoral, seja identidade civil.

Com esse propósito saudável, a lei, no fundo, está combatendo a fraude, porque a fraude opera como fator de inautenticidade do regime representativo e um elemento de perturbação na regularidade e legitimidade que a Constituição exige para todo processo eleitoral. Em época de eleição, nós sabemos que certas

fragilidades estruturais do País ainda avultam, como por exemplo, a corrupção, a fraude, o que eu venho chamando, ultimamente, de patrimonialismo intelectual, que talvez seja o pior dos patrimonialismos. Enfim, a lei é bem inspirada e a exigência é boa, mas há outros valores a ponderar.

E a ministra Ellen Gracie fez, parece-me, uma ponderação equilibrada, contemporânea e rigorosamente jurídica dos valores em jogo, porque não se pode também exigir demais do eleitor de modo a inibir o comparecimento à urna e, por consequência, promover abstenção avultada no dia da eleição. Uma abstenção de vulto denota uma certa apatia cívica por parte do eleitor e termina por comprometer até a legitimidade do resultado da eleição. Além do mais, o voto é caracterizado pela sua universalidade. Ele foi conferido a todas as pessoas que preenchessem certas condições. E favorecer a concretização desse desígnio constitucional de recrutar o maior número possível de eleitores, segundo o princípio da universalidade, é dever de todos nós e preocupação constante do ordenamento jurídico, sem falar que o voto é obrigatório. O eleitor é obrigado a comparecer. E, se se dificulta muito esse comparecimento, é como se a Constituição desse com uma mão e tomasse com a outra, ou não compatibilizasse – no caso, a lei, não é nem a Constituição –, como se a lei não fizesse a adequação de meios e fins.

O ministro Ricardo Lewandowski bem lembrou: o voto é cláusula pétrea, é expressão da soberania popular. Não é expressão da cidadania. A cidadania é para acompanhar criticamente os atos do poder e se interessar pelo processo eleitoral no sentido de fazer o eleitor a melhor escolha, a mais seletiva, a mais criteriosa possível. O voto é expressão da soberania, do poder de decidir quem vai governar e quem não vai governar – isso está no art. 14 –, e devemos favorecer o exercício da soberania por parte do eleitor.

A ministra Ellen Gracie fez uma ponderação muito boa, parece-me que ideal até, quando disse que deferia o pedido de medida liminar, na interpretação que exija, no momento da votação, a apresentação do título de eleitor e de documento oficial comprobatório de identidade com foto. Até aí a lei está plenamente respeitada, mas Sua Excelência, com sensibilidade, com senso de realidade que se exige de todo julgador, disse: mas, que, ao mesmo tempo, somente trago obstáculo ao exercício do voto, caso deixe de ser exibido o último documento citado, ou seja, um documento de identificação com foto. Então, no limite, não é pelo extravio ocasional do título de eleitor que se vai deixar de votar, se ele, eleitor, se identifica com a foto e o nome dele consta dos registros da própria Justiça Eleitoral identificada pelo mesário, com extrema facilidade.

O ministro Ricardo Lewandowski queria dar uma interpretação conforme um pouco mais ampliada, mas, evidentemente, com esse propósito saudabilíssimo de fazer uma valoração prestigiadora da soberania, da obrigatoriedade do voto. Eu até louvo a tentativa de Sua Excelência de fazer uma ampliação, mas eu lembraria que a própria Justiça Eleitoral tem, sim, um poder regulamentar que é inafastável, porque a Justiça Eleitoral do Brasil tem essa peculiaridade de fazer da atividade administrativa de planejamento e materialização da eleição uma

atividade tão finalística quanto a jurisdicional. É o único sistema de órgãos do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral, que faz da atividade administrativa não um meio, mas um fim, e não uma atividade meramente *interna corporis*, mas *externa corporis*, de modo a ombrear em importância a atividade administrativa e a atividade jurisdicional. É inevitável reconhecer à Justiça Eleitoral esse poder regulamentar, claro que com aqueles limites que sabemos todos e que o Judiciário, já no processo jurisdicional, está apto a controlar.

De maneira que, senhor presidente, eu também louvo o belíssimo voto da ministra Ellen Gracie e dou a interpretação conforme nos termos em que Sua Excelência o fez.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, surge um problema seriíssimo. Estamos vindo de um impasse que gastou muito, a meu ver, o Supremo.

O pedido de vista, a essa altura, gerará um conflito entre a postura inicial do Tribunal Superior Eleitoral de exigir a dupla apresentação de documentos e a existência, no próprio Supremo, de sete votos no sentido de ser imprescindível apenas o documento de identificação com foto. Reconheço o direito do colega de pedir vista.

Mas há mais. O pedido de vista, a essa altura, prejudicará inclusive o pleito de concessão de medida cauteladora. A menos que Sua Excelência traga o voto no dia de amanhã.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Significa um arquivamento, perda de eficácia de eventual cautelar futura.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Tentarei trazer amanhã. De qualquer forma, é uma urgência pré-fabricada, presidente, porque o pedido foi feito esta semana. De fato, é uma lei que está em vigor desde 2009 e o pedido foi colocado agora. O pedido foi submetido esta semana.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Sexta-feira da semana passada.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Portanto, a relatora, com diligência ímpar, conseguiu trazer a matéria. Mantenho o pedido.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas a matéria eleitoral é assim mesmo. É caracterizada a matéria eleitoral por um dinamismo estonteante. Então, houve a necessidade de se fazer o ajuizamento da ação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Nós julgamos, já nesse processo eleitoral em curso, a ação direta relativa aos humoristas, às opiniões jornalísticas, concernente a um texto legal que estava em vigor desde 1997. A situação de a ação direta ter sido proposta agora é, *mutatis mutandis*, a mesma que ocorreu naquela oportunidade, quando Vossa Excelência se valeu exatamente da expressão que eu citei: não há usucapião constitucional.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Estou trazendo exatamente esse argumento para mostrar, primeiro, que não há de fato uma demonstração da inconstitucionalidade, tanto é que Vossa Excelência teve que fazer adendos ao voto da eminente relatora para dizer que não votava em relação ao princípio da proporcionalidade, porque, na verdade, o que está havendo aqui é um tipo de consideração sobre conveniência, tanto é, que o ministro Ricardo Lewandowski estava propondo um tipo de ajeitamento em relação...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, eu não aceito esse termo "ajeitamento". Eu estou julgando estritamente dentro dos limites da Constituição e da legislação aplicada à espécie. Por favor!

O sr. ministro Gilmar Mendes: ...em relação à questão do documento. Se for para dispensar o documento e o título de eleitor, que o TSE arque com esse ônus.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: É a cidadania que arcará com o ônus.

O sr. ministro Ayres Britto: E o ministro Ricardo Lewandowski, como presidente da Casa, só merece nossos elogios, nossos aplausos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ninguém está discutindo isso. Tanto é que a matéria foi discutida no TSE e o voto dissidente foi o do ministro Marco Aurélio. Ninguém suscitou a dúvida quanto à constitucionalidade. E nem Sua Excelência suscitava dúvida quanto à constitucionalidade.

O sr. ministro Marco Aurélio: Com o voto divergente, não quis inspirar este ou aquele partido político!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas eu peço vista, senhor presidente, e tento trazer amanhã.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O pedido de vista é um direito de cada ministro. A indagação é saber se o Tribunal que tomar alguma medida até amanhã, ou aguardará que ministro Gilmar Mendes traga seu pedido de vista?

O sr. ministro Ayres Britto: Eu não suspendo meu voto, mantenho-o, *data venia*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Os votos estão mantidos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O votos serão mantidos, isso não é problema nenhum.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Os votos estão dados. Eu me amoldei ao voto da ministra Ellen Gracie, depois das ponderações que foram feitas aqui no Plenário, no sentido de que o TSE tem a autoridade, o poder regulamentar para disciplinar situações excepcionais e emergenciais.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não há a menor dúvida em relação a onde houve tragédia e os documentos desapareceram. Até porque aqui é o princípio, que diz Hesse, *Not kennt kein Gebot* – necessidade não conhece princípio.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.467-MC/DF — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores (Advogados: Márcio Thomaz Bastos e outros). Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional e Tribunal Superior Eleitoral (Advogado: Advogado-geral da União). Interessado: Democratas – DEM (Advogados: Fabrício Juliano Mendes Medeiro e outros).

Decisão: Após o voto da ministra Ellen Gracie (relatora), concedendo a liminar para, mediante interpretação conforme, reconhecer que a falta do título eleitoral não impede o exercício do voto, no que foi acompanhada pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Ayres Britto, pediu vista dos autos o ministro Gilmar Mendes. Falou, pelo requerente, o dr. José Gerardo Grossi e, pelo *amicus curiae*, o dr. Fabrício Medeiros. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 29 de setembro 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, ontem se colocou, como se sabe, proposta de julgamento da ADI 4.467, na medida cautelar, que trata de impugnação do art. 91-A da Lei federal 9.504, na redação dada pela Lei 12.034/2009.

Diante da repercussão que a decisão eventualmente possa ter sobre o ambiente político, eu já havia me manifestado anteriormente. Manifestei-me, inicialmente, à própria relatora e, depois, a alguns colegas, num encontro que tivemos, quanto à preocupação de que julgássemos temas dessa índole às vésperas do início da votação – importante – do primeiro turno das eleições em todo o País, para presidente e para governador de Estado.

E, hoje, surpreendi-me com notícias dizendo que o meu pedido de vista fora ocasionado por motivações político-partidárias. Obviamente, isso improcede em toda a extensão. Quem me conhece sabe muito bem que jamais me deixei pautar por interesses político-partidários. Estive no TSE, por um longo período, e fixei inclusive uma orientação para que houvesse um critério na aplicação do difícil direito eleitoral, muito propenso aos "ismos" de toda índole, inclusive aos casuísmos – o ministro Toffoli, que acompanhou lá como advogado, sabe disso.

O sr. ministro Dias Toffoli: Dou o meu testemunho público neste sentido.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E, quanto ao pedido de vista, presidente, é preciso que nós esclareçamos bem o que ele significa. Ele significa muitas vezes uma necessária pausa para reflexão. O Tribunal tem que, realmente, muitas

vezes, parar para refletir sobre um dado caso, quando o julgamento ainda não está concretizado, ainda não está concluído. E nós temos aqui, não preciso nem citar de memória, inúmeros casos em que, após um pedido de vista, muda-se o rumo do julgamento. Portanto, não é apenas um poder e um direito, é um dever daquele que tem dúvida pedir vista.

Evidentemente que nós temos uma série de discussões sobre o pedido de vista, tanto é que muitos dos nossos colegas, um antigo colega nosso, o ministro Ilmar Galvão, por exemplo, fazia troça dizendo que tínhamos que separar o pedido de vista do perdido de vista, porque, muitas vezes, ocorria que o processo – e especialmente diante dessa toada, desse número de processos – vai para o gabinete e não mais volta, e nós já fizemos algumas tentativas e temos que continuar a perseguir a ideia de disciplinar o pedido de vista, de não permitir que haja demora.

Aí vem uma outra consideração de índole utilitária: mas, já há seis ou sete votos num dado sentido. Ainda que houvesse dez votos, presidente, poderia haver pedido de vista, por uma razão singela: o pedido de vista pode servir para uma revisão do julgado, como pode servir também como voto vencido a sinalizar o futuro; esse processo dialético complexo que marca o andamento, o desenvolvimento das cortes constitucionais. Nós já tivemos isso inclusive em causa de mérito. Lembro que Vossa Excelência, ministro Marco Aurélio, foi autor do pedido de vista naquele caso de Raposa Serra do Sol, quando já tínhamos uma situação consolidada, não obstante entendermos legítimo o pedido de vista de Vossa Excelência. E até quanto a *periculum in mora* se fez consideração, e nós dissemos: se houver necessidade, o relator vai dispor de medidas cautelares adequadas, que era a possibilidade de conflito entre ocupantes e índios naquela região. De modo que é preciso desemocionalizar esse ambiente.

A propósito de pedido de vista, eu me lembro de que fui autor de um pedido de vista que envolvia o indiciamento de nada mais nada menos do que Aluizio Mercadante. Aluizio Mercadante, todos sabem, é hoje o candidato do PT ao Governo do Estado de São Paulo envolvido naquelas histórias dos chamados "aloprados" lá de São Paulo. Fui eu, presidente, que trouxe o voto-vista que, certamente, hoje permite a ele ser candidato, porque o relator, ministro Sepúlveda Pertence, entendia que o indiciamento feito pela Polícia Federal era legítimo. Veja, portanto, a importância do voto-vista, e veja como isto tem que ser tratado com uma visão imparcial e suprapartidária.

Passo, agora, à questão que foi então colocada.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Gilmar Mendes:

1. A presente ação possui um inequívoco viés político

A presente ação pretende, em síntese, declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 91-A da Lei 9.504/1997, o qual foi inserido pela Lei 12.034/2009 –,

promulgada em 29 de setembro de 2009 e em vigência desde 30 de setembro de 2009. O dispositivo impugnado tem o seguinte teor:

> Art. 91-A. No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia.
> (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009.)

A despeito de a referida norma estar vigente há um ano, é curioso notar que apenas agora, a poucos dias das eleições do dia 3 de outubro de 2010, o Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores pleiteia a sua inconstitucionalidade, inclusive com pedido liminar.

Dessa forma, revela-se o viés **eminentemente político da pretensão**, que se verifica, neste juízo liminar, inclusive por meio da **incoerência entre a argumentação apresentada pelo autor em suas razões e a sua postura desde a discussão do Projeto de Lei 5.498/2009 no âmbito do Congresso Nacional**.

Apenas a título ilustrativo, destaco que, **na tramitação do referido projeto de lei, o partido autor, por meio da Emenda 3, de 7-7-2009, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) e outros, tratou de dispor exclusivamente sobre o art. 91-A da referida lei, momento em que teve a oportunidade de debater sobre sua adequação e de modificá-lo em sintonia com o que ora alega. Entretanto, não se sugeriu qualquer alteração do *caput* do art. 91-A**, mas tão somente se propôs a criação de um parágrafo único, para ficar "vedado portar aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras, dentro da cabine de votação".

Ressalte-se, ainda, que **consta a adesão expressa da liderança do partido autor à aprovação do PL 5.498/2009, sem qualquer objeção à disposição ora impugnada**. Nesse sentido, colhe-se das razões de justificação do mencionado projeto de lei a conclusão de se tratar de "resultado de um processo de discussão que envolveu representantes de todos os partidos da Câmara dos Deputados" e de que **se buscaria com a novel legislação "dificultar casuísmos e mudanças de última hora nas regras do jogo"**.

Reforça essa constatação a existência de outros projetos de lei de autoria de membros do partido autor, anteriores ao PL 5.498/2009 e em trâmite no Congresso Nacional, que propõem a criação de exigência semelhante à prevista no art. 91-A da Lei 9.504/1997, a saber: PL 1.670/2003 – de autoria do deputado Walter Pinheiro (PT/BA) – e PL 4.658/2004 – de autoria da deputada Terezinha Fernandes (PT/MA) –, ambos apensados atualmente ao PL 3.780/1997.

Registro que, com o resgate de tais informações, não se quer defender aqui a necessidade de interpretação da *mens legislatoris* como critério hermenêutico necessário. Pelo contrário, esta proposição se aproxima das lições de Dworkin, pois implica, como se viu, o exercício interpretativo que começa no presente e se volta para o passado, à medida que seu enfoque contemporâneo assim o determine.

Dessa forma, a consideração desses **dados objetivos relacionados à própria atuação política do partido autor, desde a tramitação da lei até a presente data, corrobora, neste juízo prévio, o entendimento de não se tratar no presente caso de flagrante inconstitucionalidade que autorize, de forma induvidosa, a concessão da medida liminar para a mudança, em última hora, das regras previamente estabelecidas**.

É necessário deixar claro que estamos a três dias do pleito eleitoral, com todos os atos preparatórios já praticados conforme a regra em vigência, sem que o TSE, os partidos políticos, os candidatos e a sociedade em geral tenham se oposto de forma clara à norma em vigor.

Não posso deixar de demonstrar que **tudo não passa de uma oportunidade política, de claro sentido, mas com resultado duvidoso para o pleito que se avizinha**.

Um rápido olhar sobre a imprensa talvez aclare o verdadeiro sentido desta ação.

No dia 26 de setembro do corrente ano, a jornalista Renata Lo Prete, no Painel Folha, da *Folha de São Paulo*, fornece ao público a seguinte notícia:

> *Prioritário* – Nos intervalos do debate da CNBB, **o marqueteiro de Dilma, João Santana, defendeu para Antonio Palocci a necessidade de recorrer ao STF para derrubar a exigência de apresentação de documento com foto, além do título de eleitor, na hora de votar. No dia seguinte, a campanha entrou com ação direta de inconstitucionalidade no Supremo**.
>
> *Cadê?* – Anotação de advogados que leram a ADI: a petição não aponta qual dispositivo da Constituição teria sido violado pela exigência dos dois documentos.

Com todas as ressalvas necessárias à notícia de cunho jornalístico, que poderá conter apenas a opinião da articulista, a sua impressão sobre fato, ou mesmo um equívoco, a matéria da forma como postada, e a credibilidade natural de quem a escreve, merece ao menos uma reflexão.

Recordemo-nos de que a lei foi de iniciativa de diversos membros do Congresso Nacional, inclusive de membros do Partido dos Trabalhadores (autor desta ação), e tinha o claro intuito de coibir o famoso "emprenhamento de urna", tão comum em determinados rincões do Brasil, principalmente nos locais vencidos pelo coronelismo e por oligarquias locais que foram presença marcante no Brasil dos últimos tempos.

Por que algumas forças políticas mudaram de ideia? Qual a razão para aquilo que dantes era uma forma de coibir a fraude tenha agora virado uma mordaça ao exercício do livre direito de votar? Noto que o argumento assim manejado em nada destoa daquele utilizado na República Velha, ou Primeira República, para justificar o transporte de eleitores, o fornecimento de alimentação, a reunião de títulos nas mãos dos chefes políticos e tantas outras mazelas da vida eleitoral brasileira.

Por que razão argumentos desta estirpe estão sendo, agora, utilizados exatamente por quem propôs a modificação na lei eleitoral ao argumento de que a exigência apenas do título de eleitor não dava segurança à votação e facilitava a fraude?

Chamo a atenção para o viés político desta propositura e, mais ainda, para o risco que esta Corte corre de, sem se aperceber de detalhes do jogo político, ser manuseada na busca deste ou daquele interesse eleitoral.

É claro que é legítimo ao partido político utilizar de forma política a ação direta de inconstitucionalidade. O que não se pode permitir é que esta Corte embarque nessa estratégia política. Recorde-se, aqui, o intenso debate que existe no direito comparado sobre a politização da jurisdição constitucional. Na Alemanha, inclusive, há uma expressão corrente no meio político "*Wir sehen uns in Karlsruhe*", que significa levar para o Tribunal Constitucional – que tem sede na cidade de Karlsruhe – questões políticas decididas sem consenso no parlamento (*Bundestag*).

2. O TSE já enfrentou a questão

A matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade já foi submetida à apreciação do TSE. Em consulta formulada pela Corregedoria Regional Eleitoral da Bahia e analisada pelo TSE **em sessão do dia 16-6-2010**, foi questionada a possibilidade de o eleitor votar apresentando apenas um dos documentos comprobatórios de identidade, na hipótese de extravio ou inutilização do título eleitoral após o prazo para emissão de segunda via.

Em seu voto, o relator, ministro Aldir Passarinho Junior, entendeu que o art. 91-A da Lei 9.504/1997 deve ser cumprido e que as providências cabíveis para possibilitar a reimpressão de títulos até o prazo definido em lei (dez dias antes das eleições) devem ser tomadas. Enfatizou que a norma legal estabeleceu um comando, que deve ser observado e resulta na necessidade de ampla divulgação em campanhas, que já estavam a ocorrer. Por unanimidade, o Tribunal acolheu essa proposta do relator. Do STF, estavam presentes na sessão do TSE os ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Marco Aurélio.

O ministro Aldir Passarinho Júnior votou no seguinte sentido:

> (...) a obrigatoriedade de exibição do título de eleitor e de documento de identificação com foto para o exercício do voto, inovação trazida pela Lei n. 12.034/99, impõe à Justiça Eleitoral a incumbência da adoção de providências para garantir, com maior alcance possível, a plenitude do gozo dos direitos políticos positivos ao eleitorado.
>
> (...) Desse modo, considerado o disposto no art. 91-A da Lei das Eleições, tenho que assiste razão à Assessoria da Corregedoria-Geral quando conclui pela impossibilidade de se admitir o exercício do voto apenas pela apresentação de documentação comprobatória de identidade.
>
> O fato é que a norma legal estabeleceu um comando que deverá ser observado, impondo-se ampla divulgação nas campanhas institucionais de esclarecimento aos cidadãos, como vem ocorrendo.

Válido destacar, também, as observações feitas pelo ministro Lewandowski nos debates realizados por ocasião da apreciação dessa consulta:

> Temos feito várias reuniões com presidentes de Tribunais Regionais Eleitorais – já fizemos três, duas formais e uma informal – e essa dúvida surge de forma recorrente. **Assim, orientamos os Tribunais Regionais Eleitorais a cumprirem a lei de forma mais estrita possível**, porque agora há um comando legal, absolutamente taxativo, que torna obrigatória a exibição do título de eleitor e também de um documento com fotografia.
>
> Quanto a isso, não pode haver dúvida, e toda parte substantiva da campanha institucional do Tribunal Superior Eleitoral é para esclarecer à população da necessidade de portar tais documentos no momento da votação.
>
> O Congresso Nacional se manifestou quanto à matéria; é, portanto, vontade dos representantes da soberania popular. O escopo dessa nova disposição foi evitar enganos, fraudes e outros tipos de equívocos que possam, eventualmente, tisnar a eleição.
>
> (...)
>
> Mas tenho um temor inicial que eu gostaria, com toda franqueza, de expor aos eminentes pares. Se abrirmos para tolerar que eventualmente um desses documentos não seja trazido pelo eleitor no dia da votação, o que acontecerá com nosso querido Brasil? *As pessoas não irão com esses documentos porque dirão que o seu nome consta na lista, ou que esqueceram a carteira de identidade, ou vão levar a carteira de motorista ou a carteira do clube de que são sócios*.

Sobre casos excepcionais, o ministro Lewandowski complementou:

> **Reconheço haver casos excepcionalíssimos em que é possível não haver essa possibilidade [apresentação de dois documentos]. Temos dito aos presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais que as situações concretas que surgirem deverão ser resolvidas caso a caso, ou pelo mesário, ou, no limite, pelo juiz eleitoral, que estará a postos para resolver essas questões**.
>
> (...)
>
> Minha preocupação neste momento, eminente ministro Marco Aurélio, é de orientar a todos, ou emitir uma opinião, uma diretriz, de que temos de cumprir a lei com o mais rigor possível. E as questões omissas – sobrará um pequeno número, espero eu – serão resolvidas caso a caso, segundo prudente arbítrio do magistrado e daqueles que o assessoram no dia da eleição.

O ministro Lewandowski ainda lembrou a existência de centrais como "Poupa Tempo", no Estado de São Paulo, nas quais o eleitor pode retirar na hora a segunda via de sua carteira de identidade ou do título de eleitor. E complementou:

> Não há, portanto, nenhuma justificativa para que não se apresentem esses dois documentos. Ou seja, está na lei, estamos a orientar os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais e faremos uma campanha de esclarecimento. Não podemos, desde logo, flexibilizar a lei.

O ministro Marcelo Ribeiro observou ainda que, antigamente, todos votavam somente com documento de identidade e a lei determinou a apresentação do título de eleitor, ao que foi complementado pelo ministro Lewandowski: "**O**

Congresso Nacional se manifestou incisivamente quanto a esse aspecto" (apresentação dos dois documentos).

Em suas observações, o ministro Marco Aurélio:

> Penso que portar a identidade com fotografia para exercer o direito ao voto é mais importante do que deter o título naquele momento. Claro que o eleitor há de estar inscrito na seção, e havendo a documentação na própria seção.
>
> (...)
>
> As portas estão abertas aos brasileiros diligentes, visando à segunda via do título de eleitor.
>
> (...)
>
> A dificuldade está na relapsia de alguns.

A orientação mencionada pelo ministro Lewandowski nessa consulta vem efetivamente ocorrendo desde julho de 2010, quando o TSE passou a veicular campanha sobre a exigência de dois documentos para as próximas eleições. No *site*, é possível conferir os *spots* veiculados em rádio e televisão, intitulados "Dois documentos" e "Dia, hora e documentos".

O valor total gasto com campanha foi estimado em R$ 3.800.000,00, podendo-se depreender que grande parte dessa quantia foi destinada à conscientização do eleitor quanto à nova obrigatoriedade.

A campanha do TSE foi – e ainda é – amplamente divulgada nos TREs. A exigência dos dois documentos encontra-se em destaque nos *sites* de esclarecimentos de dúvidas dos eleitores. Mera pesquisa em ferramentas de busca como Google também indica a existência de um elevado número de *homepages* nesse sentido, criadas não apenas por tribunais, mas por meios de comunicação em geral, como jornais e revistas.

Importante ressaltar que o alerta para essa nova exigência não consta apenas em propagandas destinadas aos eleitores. No "**Manual do Mesário 2010**", elaborado pelo TSE e voltado aos mesários para "**evitar dificuldades e resolver eventuais dúvidas**", fornecendo "**orientações seguras e dicas importantes**" consta, na página 6, essa nova exigência:

> **Identificação do eleitor: Novidade!** Para votar, o eleitor deve apresentar dois documentos: o título eleitoral e um documento oficial com foto.

No *site* do TSE, também há uma listagem de possíveis dúvidas, destinada ao auxílio de mesários e dos próprios eleitores. Nessa listagem, encontram-se, por exemplo, as perguntas:

> 31. O eleitor pode votar sem título?
>
> Resposta: Não. O eleitor só votará se apresentar o título eleitoral e um documento oficial com foto (carteira de identidade ou identidade funcional, certificado de reservista, carteira de trabalho ou carteira nacional de habilitação).
>
> 37. O eleitor precisa trazer outro documento além do título no dia da eleição?

Resposta: Sim. Um documento oficial com foto (carteira de identidade ou identidade funcional, certificado de reservista, carteira de trabalho ou carteira nacional de habilitação).

Nos últimos dias, a Agência de Notícias do TSE, que veicula informações dos TRE, divulgou que o serviço Disque-Eleições, do TRE/RS, que teve início no dia 21-9-2010, atendeu 1.398 eleitores nos primeiros cinco dias de funcionamento. A maior dúvida dos eleitores é relativa à obrigatoriedade de dois documentos para votar: título de eleitor **e** documento oficial de identidade com foto.

A necessidade de informar o eleitor da nova exigência e a realização de campanhas que divulguem essa nova obrigatoriedade não ficaram restritas ao TSE. Os próprios candidatos, entendendo sua importância, passaram a divulgar essa questão em suas campanhas políticas.

Com esse objetivo, a página "Dilma na Rede", ligada à campanha da candidata Dilma Rousseff, postou na internet (no *Youtube*), em 3 de setembro de 2010, vídeo com o presidente Lula explicando aos eleitores a exigência dos dois documentos. No vídeo, destinado a ser encaminhado a usuários do Twitter e de outras redes sociais da internet, o presidente Lula, ao pedir votos para a candidata do PT, lembra que, para votar, é necessário levar título de eleitor e um documento oficial com foto.

Considerando essas informações, **é patente que uma nova alteração, a apenas três dias das eleições, poderá gerar muitos transtornos e situações de insegurança. A obrigatoriedade dos dois documentos e sua necessidade de divulgação não foram apenas referendadas pelo TSE, mas efetivamente levadas adiante por diversas campanhas publicitárias, elaboração de documentos informativos – inclusive aos mesários –, e por atendimentos como o "Disque Eleitor"**.

Na hipótese de eventual afastamento do previsto no art. 91-A da Lei 9.504/1997 deve ser igualmente questionado como seria divulgada – em apenas três dias – uma decisão desta Corte contrária a uma informação que vem sendo constantemente veiculada há meses nos meios de comunicação. **Seria possível alterar toda a campanha já realizada, reescrever material informativo há meses divulgado, refazer consultas e esclarecimentos já prestados à população?**

3. A interpretação conforme proposta pela ministra relatora leva, inevitavelmente, a uma sentença com efeitos aditivos, cuja adoção em medida liminar, a três dias das eleições, é extremamente delicada

A interpretação conforme proposta pela ministra relatora leva, inevitavelmente, a uma decisão com efeitos aditivos. É uma interpretação conforme que tem o resultado de dar um novo conteúdo normativo ao art. 91-A da Lei das Eleições (Lei 9.504/1999).

Como é sabido, a eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

É certo que a decisão interpretativa com efeitos aditivos é extremamente necessária para a atuação de uma corte constitucional. O Supremo Tribunal Federal já possui jurisprudência nesse sentido (ADI 1.351 – cláusula de barreira; MI 708 – direito de greve dos servidores públicos; MS 26.602 – fidelidade partidária, entre outros). E a experiência das cortes constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana (Cf. *Martín de la Vega*, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a corte constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

É extremamente temerário, porém, adotar esse tipo de técnica de decisão no presente contexto, em que estamos em juízo meramente liminar e a apenas três dias da eleição. A inserção de uma novidade normativa a essa altura pode ser um fator de desestabilização do processo eleitoral.

4. A alteração normativa levada a efeito por decisão judicial também deve considerar o vetor hermenêutico do art. 16 da Constituição

Nesse sentido, uma decisão judicial com efeitos normativos modificativos do processo eleitoral deve considerar o princípio da anterioridade como vetor hermenêutico. A própria jurisprudência desta Corte enfatiza que o processo eleitoral é composto pela denominada *fase eleitoral*, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação (ADI 354, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 22-6-2001; ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005; ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 23-2-2007; ADI 3.685, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 10-8-2006; ADI 4.307-MC, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* de 5-3-2010).

Assim, se a lei que alterar o processo eleitoral deve respeitar o princípio da anterioridade, a decisão judicial com efeitos aditivos, isto é, a decisão que modifique ou crie novos sentidos normativos da lei, também deve observar o art. 16 da Constituição como guia hermenêutico, tendo em vista um imperativo de segurança jurídica.

5. Não está presente o requisito da *conveniência* a concessão da medida cautelar

Assim, a apenas três dias das eleições, não é possível vislumbrar a presença do requisito da *conveniência* para a concessão da medida cautelar. A *conveniência* funciona, aqui, como um *topoi* interpretativo.

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, na ação direta de inconstitucionalidade, **além dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do *periculum in mora*, exige-se a presença do requisito da *conveniência* para a concessão da medida cautelar**. Esse requisito, em alguns casos, chega a substituir o *periculum in mora* como razão justificadora da concessão da liminar. Nesse sentido, citem-se, apenas a título ilustrativo, os seguintes precedentes: ADI 2.314-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 8-6-2001; ADI 568, rel. min. Celso de Melo, *DJ* de 27-9-1991; ADI 165, rel. min. Celso de Melo, *DJ* de 26-9-1997; ADI 2.290. rel. min. Moreira Alves, *DJE* de 31-5-2001; ADI 2.034. rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-2-2000; ADI 2.028-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 23-11-1999; ADI 1.942-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 22-10-1999; ADI 1.921-MC, rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 12-3-1999; ADI 1.719-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 27-2-1998; ADI 1.087-MC, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 7-4-1995.

6. Uma breve incursão sobre o mérito da ação: a aplicação do princípio da proporcionalidade

O principal argumento levantado pelo partido político requerente é o de que a exigência contida no art. 91-A da Lei 9.504/1997 constituiria uma limitação desproporcional ao exercício da cidadania.

O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um *núcleo essencial* do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma *margem de ação* ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador.

No caso, o direito fundamental em questão diz respeito, especificamente, ao direito de votar, como exercício da cidadania ativa.

A questão, portanto, está em saber se, de acordo com um critério de proporcionalidade, a exigência do porte obrigatório do título de eleitor restringe de forma excessiva o direito fundamental de voto.

O princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador (*Übermassverbot*).

Para a aferição da proporcionalidade da medida legislativa, deve-se averiguar se tal medida é *adequada* e *necessária* para atingir os objetivos perseguidos pelo legislador, e se ela é *proporcional* (*em sentido estrito*) ao grau de afetação do direito fundamental restringido.

No caso, o fim almejado pelo legislador é bastante claro: evitar fraudes e dar segurança ao processo de votação.

Assim, é preciso questionar se, com o intuito de evitar fraudes e dar segurança ao processo de votação, o legislador pode exigir do eleitor o porte

obrigatório de dois documentos: o título de eleitor e o documento de identificação civil. Estaria o legislador atuando dentro de suas margens de ação, ou restringindo de forma indevida o direito fundamental do voto?

Tenho sérias dúvidas sobre o tema e pretendo me debruçar sobre ele por ocasião do julgamento do mérito da ação. Mas, hoje, tenho a impressão de que o legislador está atuando dentro de suas margens de ação e não há qualquer medida desproporcional.

Façamos uma analogia para verificar se tal impressão segue um caminho plausível.

> O Código de Trânsito (Lei 9.503/1997), em seu art. 159, § 1º, estabelece que é obrigatório o porte da carteira nacional de habilitação pelo condutor de veículo.
>
> Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em modelo único e de acordo com as especificações do Contran, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterá fotografia, identificação e CPF do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional.
>
> § 1º É obrigatório o porte da Permissão para Dirigir ou da Carteira Nacional de Habilitação quando o condutor estiver à direção do veículo.

Assim, apesar de constarem nos registros do Detran todos os dados referentes à habilitação do condutor do veículo, o que pode ser facilmente acessado pelo fiscal de trânsito, a lei exige o porte obrigatório da carteira. Nunca se cogitou que esse porte obrigatório – em princípio desnecessário, seguindo a lógica apresentada pelo requerente desta ação – fosse desproporcional e violasse a liberdade de locomoção do cidadão.

De toda forma, pretendo analisar com maior cuidado o tema no julgamento do mérito da ação.

7. A decisão interpretativa com efeitos aditivos deve ser adotada com prudência e reflexão por ocasião do julgamento do mérito da ação, e valerá apenas para as próximas eleições

Na sessão plenária de ontem, o ministro Cezar Peluso demonstrou uma importante preocupação com a clareza e a precisão da mensagem que a Corte deve passar com esta decisão. De fato, **ao se adotar uma interpretação conforme e se estabelecer uma nova normatização do assunto em questão, o Tribunal tem o dever de fazê-lo de forma clara, o que significa deixar delimitadas, de maneira exaustiva, as hipóteses em que o título de eleitor não será obrigatório. Deve, inclusive, considerar a hipótese excepcional, aventada sabiamente pelo ministro Lewandowski, de calamidade pública que torne inviável, em determinada localidade, a apresentação não apenas do título, mas também do documento de identificação com foto**.

Lembro, neste ponto, a frase de Konrad Hesse: "*Not kennt kein Gebot*", que significa "Necessidade não conhece princípio".

Situações excepcionais devem ser consideradas.

Vejam que aqui **não se trata apenas de alterar as regras para a apresentação do título de eleitor, mas também aquelas relativas ao documento de identificação**.

Tudo isso está a cobrar **uma reflexão mais profunda**, que não pode ser realizada de forma apressada, em sede de medida cautelar, a apenas poucos dias da eleição. **Trata-se de uma cautelar, ressalte-se, que tem um patente cunho satisfativo**. Uma vez concedida a medida cautelar, o que restará para analisarmos no mérito? E se, após muita reflexão, considerarmos que não há inconstitucionalidade?

Temos que estar atentos para o importante papel que esta Corte cumpre no processo democrático. Sua função é proporcionar segurança jurídica ao pleito, assegurar o pleno exercício dos direitos políticos em um ambiente de estabilidade institucional. Não podemos, por um mero juízo preliminar próprio de decisão cautelar, decidir de forma definitiva sobre uma questão que afeta o próprio exercício do direito fundamental de voto, essência de nosso regime democrático.

Portanto, a questão constitucional suscitada e o contexto político eleitoral atual sugerem que as soluções definitivas sejam deixadas para o julgamento do mérito da ação; soluções estas que, de acordo com o princípio da anterioridade e por um imperativo de segurança jurídica e estabilidade do processo eleitoral, devem ser válidas apenas para o próximo pleito.

8. Conclusão

Com base nesses argumentos, alinhavados em mero juízo sumário de delibação, voto no sentido de **indeferir o pedido de medida cautelar**, deixando **ressalvada a análise aprofundada da questão no momento do julgamento do mérito da ação**, ocasião em que se poderá considerar a adoção de uma interpretação conforme com efeitos aditivos.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou pedir vênia àquilo que eu chamo – sem exagero – de uma avassaladora maioria já formada, para acompanhar a divergência.

Com o devido respeito, a decisão da douta maioria, neste caso, acabou praticamente de decretar a extinção, a abolição do título eleitoral. É uma carta de dispensa absoluta desse documento, que passa a ser, a partir de hoje, para aqueles que desejarem mantê-lo, por saudosismo ou qualquer motivo, um documento de recordação do exato local de votação!

Não há nenhuma regra, nem de discriminação das hipóteses, nem de controle dos casos de inexigibilidade da apresentação do título. Eu admito até que – vou fazer essa ressalva ao final – que, em algumas situações de caso fortuito e de força maior, como em tudo no direito, possa haver exceções. Mas estabelecer regra de que haja dois documentos, concomitantemente exigidos pela lei, e só

um deles ser absolutamente necessário, sem que haja algum procedimento de prova, de controle da impossibilidade da apresentação do segundo, corresponde à dispensa prática dessa apresentação. Bastará que o interessado, no ato de votação, exiba documento de identidade com foto, e isto será o suficiente para justificar, em qualquer caso, a não apresentação do título de eleitor e a legitimar o exercício do direito de voto.

Eu não me sinto, e digo isso com o maior respeito, autorizado a fazê-lo por vários motivos.

Em primeiro lugar não encontro, com devido respeito, ofensa a nenhuma norma constitucional. A belíssima petição inicial, subscrita por ilustres advogados e estudiosos do Direito, dentre os quais um acadêmico de Direito da área de pós-graduação, invoca a cláusula do devido processo legal, provavelmente substantivo, e recorre ao princípio constitucional da universidade do sufrágio e ao direito político do eleitor civilmente identificado.

A mim me parece, *data venia,* que não há ofensa a nenhuma dessas normas constitucionais. Por quê? Porque a obrigatoriedade do voto, que de algum modo sintetiza e compendia a incidência de todas essas normas constitucionais, põe um direito cujo exercício está sujeito a uma série de exigências constitucionais e legais, como, por exemplo, a necessidade da identificação do eleitor, no processo eleitoral, verificar se ele é analfabeto, se não está com os direitos políticos suspensos. Enfim, há um conjunto de requisitos que o ordenamento jurídico não pode deixar de exigir para que se cumpra o dever constitucional, no exercício do direito de voto, e, portanto, o princípio constitucional da universalidade do sufrágio, que não é, portanto, de caráter absoluto. E não vejo, com o devido respeito, como a norma ora impugnada esvazie esse direito, assim como as demais normas que exigem requisitos não podem esvaziá-lo, senão que apenas tendem a regular o seu exercício, que não pode ficar, evidentemente, à aleatoriedade da vontade de cada qual, ao arbítrio de cada qual. Isto é um processo que deve estar sujeito, portanto, à observância do ordenamento jurídico, dentro do qual se contem a norma ora impugnada. A meu ver, não está excluída, portanto, a necessidade legal de apresentação do título.

Em segundo lugar, a proporcionalidade, a razoabilidade e outros critérios e postulados de que se valha a doutrina, na verdade não são normas, porque não são regra nem princípio constitucional. São apenas critérios de interpretação de normas constitucionais, em caso de colisão, sobre o qual não vou me perder, porque tanto o voto do eminente ministro Gilmar Mendes, como o do ministro Celso de Mello já exauriram esta questão. Não há norma constitucional de razoabilidade, nem norma constitucional de proporcionalidade que pudesse estar sendo ofendida no caso!

E, ademais, não me parece que a disposição seja desproporcional, nem muito menos desarrazoada. Por quê? Porque, acacianamente, título de eleitor é o título jurídico que prova a condição do eleitor; ele é a prova da condição do eleitor; condição de alguém que está inscrito numa determinada seção e que por

esse documento está autorizado, no momento próprio, a exercer o direito de voto. É o título do eleitor, não é lembrete de local de votação!

Em terceiro lugar, esse título sempre foi, com exceção das normas já citadas e que estão revogadas, exigido como tal: como documento que corresponde ao título de direito de cidadania e que é o pressuposto da disposição do art. 91-A, com a redação atual ora impugnada.

O projeto que resultou na edição dessa norma foi apoiado por inúmeros partidos políticos – mais de uma dezena de partidos políticos. Portanto, não se pode ver aqui, por parte de agremiações políticas, nenhum propósito de exagero, porque ajudaria a restringir o exercício de direito do qual eles dependem. Parece-me uma contradição imaginar que o propósito dos partidos políticos fosse criar problemas para efeitos eleitorais!

Esse projeto, na verdade, o que fez? Ele aumentou as condições de cuidado e de segurança para assegurar a inteireza, a legitimidade e a verdade do processo eleitoral, isto é, acrescentou mais um requisito à exigência do título eleitoral. Por quê? Porque há situações em que, de fato, a mera apresentação do título não seja suficiente para a identificação do eleitor.

A pergunta que me fica, depois de todas essas razoabilíssimas ponderações dos eminentes votos vencedores, aos quais ressalvo o máximo respeito, é que o título eleitoral era e ainda é útil, mas ainda que não fosse útil, isso não seria motivo suficiente para reconhecer alguma inconstitucionalidade.

Nós não temos ainda o que seria o ideal, um único documento com foto, que fosse prova suficiente de todas as condições necessárias para o exercício dos direitos resultantes da condição de cidadão; nós não temos. Isso seria o ideal. Mas, enquanto não o temos, o título serve de prova da inscrição, quando falhem os sistemas de registro da Justiça Eleitoral.

Não se pode perder de vista que, assim como qualquer máquina – e não apenas como qualquer ser humano, mas sobretudo as máquinas –, as máquinas falham, nós estamos cansados de saber que elas falham. É fato público e notório que até urnas eleitorais eletrônicas precisam, em várias circunstâncias, ser substituídas, porque falham. Os registros podem falhar. Portanto, não há excesso de cautela, quando se exige a apresentação do título eleitoral exatamente para tais hipóteses. Dir-se-á que serão poucas, mas são suficientes para que se justifique condição objetiva de verificação da possibilidade do exercício do direito de voto por parte do eleitor. Quando o sistema falhe, e o eleitor não possa ser reconhecido como tal, deve apresentar o título com documento de identidade com foto e, com isso, terá acesso à votação e poderá, portanto, exercer a sua condição.

E nem me passam despercebidos – a literatura, não apenas a folclórica, mas os registros históricos falam que há ainda, em rincões do Brasil –, casos de corrupção eleitoral exercida mediante o expediente de retenção do título. Nós temos casos de retenção de título eleitoral. E só é exigido após a votação como prova para a possibilidade de pagamento, etc.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, Vossa Excelência me permite só uma observação?

Ainda hoje o jornal traz uma observação dizendo que a exigência do documento com foto para votar cria novo clientelismo no Maranhão, e então destaca exatamente esse mecanismo para obter agora o documento.

O sr. ministro Marco Aurélio: Clientelismo salutar: a identificação cível do cidadão.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas veja Vossa Excelência quão delicado é esse sistema, tendo em vista as diversidades brasileiras: "No Maranhão, cabos eleitorais pagam o transporte para jovens de famílias de baixa renda tirarem a carteira de trabalho e ficarem aptos para a votação. A oferta pressupõe o compromisso de voto dos candidatos que bancam a viagem." Matéria da *Folha*, de hoje.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E mais: parece-me que, quando se trata de preservar um dos mais importantes direitos cívicos, o direito de votar, senão o mais importante, sob certo ponto de vista, é que, na conjugação de exigências e de cuidados, nunca é demais, nunca é desproporcional, nunca é desmedido, nunca é irrazoável! Ao contrário, todas tendem a garantir a legitimidade, a autenticidade e a verdade do processo eleitoral. O que queremos com essa norma, o que o legislador pretendeu com essa norma? Exatamente cercar todas as possibilidades de fraude, sem que com isso, na verdade, conseguisse fazê-lo, porque sabemos que a imaginação humana é muito mais poderosa do que pode imaginar o legislador ou o intérprete da lei.

De qualquer maneira, alega-se que é possível e deveras acontece que o eleitor perde o seu título, não sabe onde o deixa, há, enfim, uma série de circunstâncias que realmente devem ser ponderadas. Mas o que me parece relevante é salientar que isso também tem função pedagógica, porque, em se tratando do mais importante, talvez o mais importante direito cívico, o cidadão tem que ter o maior cuidado na conservação do título de eleitor, porque é a prova da sua cidadania, do direito de exercer o voto. Por isso não me parece justificável apelar para a hipótese de descuido, ou, como disse o ministro Marco Aurélio, a relapsia, em relação a direito tão importante. O que tem de se exigir do cidadão não é relapsia, é maior cuidado em conservar seu título, saber onde ele está e usá-lo na hora certa, porque tal exigência aprimora a consciência cívica e concorre para a solidificação do processo democrático.

Finalmente tenho que admitir, e todos nós o admitimos, a lei tem que abrir exceções. Há hipóteses, realmente, em que será inexigível a apresentação do título e em que se justificam os demais cuidados e apresentação de um documento com foto do eleitor para que ele exerça seu direito de voto. Mas isso, a mim me parece, não deve ser conseguido à custa da abolição prática da exigência da apresentação do título de eleitor e, portanto, à dispensa absoluta, à inutilização do título de eleitor. Isto me parece que é matéria que compete, não ao Supremo Tribunal Federal, agora, mas à própria Justiça Eleitoral regulamentar de modo

específico, para que o juiz de cada circunscrição ou os mesários possam, caso a caso, decidir, sem abrir mão de exigência que, com o devido respeito à douta maioria, a mim me parece absolutamente indispensável para garantir a legitimidade, a autenticidade e a verdade do processo eleitoral.

Razão pela qual peço imensa vênia à douta maioria, mas acompanho o voto divergente.

VOTO
(Confirmação)

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Vossa Excelência me faculta a palavra? Tentei um aparte, mas Vossa Excelência tem, parece, uma certa dificuldade de ceder a palavra enquanto está raciocinando.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o maior prazer.

A sra. ministra Ellen Gracie: Verifico, porém, que o ministro Marco Aurélio e ministro Gilmar certamente não atrapalharam o raciocínio de Vossa Excelência.

Mas gostaria de fazer algumas considerações, presidente, especialmente quando Vossa Excelência refere que a decisão, como proposta no meu voto, comportaria uma inutilidade do título de eleitor. Absolutamente. Não é esse o teor do voto. Segue-se exigindo o comparecimento com ambos os documentos, apenas a interpretação conforme propõe que a ausência do título de eleitor não impeça o cidadão de exercer o seu direito. É este o exato sentido da interpretação que foi proposta.

O título de eleitor, presidente, não fica de todo inútil, nem sequer para essas eleições. Não fica por quê? Assim como aqui o Tribunal muitas vezes acorrem as pessoas em busca de informações sobre os seus processos, se trouxerem os dados, o número do processo, vão ser atendidas mais rápido. Da mesma forma na mesa eleitoral: quem trouxer o título, com seu número, vai ser atendido com mais celeridade; se ele não trouxer o título, vai se submeter a todo aquele processo de identificação mediante a apresentação da sua carteira, conferência do caderno de votação, isso terá, necessariamente, de ser feito.

De modo que também não é tão acaciano que seja o título de eleitor documento dispensável. O título de eleitor, antigamente, Vossa Excelência deve se lembrar que, além de comprovar a inscrição eleitoral, também servia como comprovante de votação. E todos nós que fomos ou somos funcionários públicos sabemos que no mês seguinte às eleições devemos apresentar à repartição aquele comprovante eleitoral. Como também o faz qualquer cidadão brasileiro que deseje tirar um passaporte, por exemplo. Precisa comprovar, não só a sua condição de eleitor, mas a sua quitação eleitoral.

Portanto, o documento não se torna inútil pela interpretação proposta, ele é, na verdade, indispensável. Agora, entre as duas hipóteses, a adiantada por Vossa Excelência, de que falhem todos os registros eleitorais e a outra

possibilidade bem mais provável de que haja o extravio de um ou outro título, eu prefiro ficar com a maior probabilidade, porque, se os registros eleitorais de todo falharem, se eles não constarem sequer da urna eletrônica, a mesa sequer se instala, presidente. A mesa não tem condições de funcionar se não tiver todos os documentos referentes aos eleitores que ali entregam a expressão da sua vontade.

De modo que eu, pedindo vênia a Vossa Excelência, tive de fazer essas breves considerações. Vejo que Vossa Excelência também, como ocorre com meu voto, admite que existem situações excepcionais. É exatamente para essas situações excepcionais que se propõe – eu até agradeço ao ministro Gilmar Mendes por ter trazido a doutrina alemã para enriquecer a minha fundamentação – a utilização da doutrina da proporcionalidade em concreto. Aqui, nós temos uma exata aplicação do princípio da proporcionalidade em concreto. Quando, de fato, não for possível ao eleitor encontrar o seu título – até uma hipótese bem banal que ocorre conosco, e que o ministro Marco Aurélio na brincadeira referiu. Eu, ministro Marco Aurélio, guardo com enorme orgulho, bem guardado, o meu primeiro título eleitoral tirado aos dezoito anos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ainda guardo o meu primeiro e também o último, que foi assinado por minha mulher, à época juíza eleitoral.

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): Portanto, acredito que essa seja a prática da grande maioria dos brasileiros que prezam esse democracia nova que estamos construindo.

Com essas considerações, eu peço vênia novamente a Vossa Excelência e também ao ministro Gilmar Mendes para manter o voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A eminente relatora, cujo brilhante voto infelizmente eu não posso e não pude acompanhar, na verdade levantou algumas objeções aos meus pontos de vista. Devo dizer o seguinte:

Primeiro, se Vossa Excelência mesma admite que basta que o eleitor se apresente com o documento de identidade com foto, como ele não precisa justificar porque não apresenta o título, o título é absolutamente dispensável. Isso me parece, com o devido respeito, irrecusável do ponto de vista prático.

Segundo, quando falo em falhas do sistema, evidentemente não estou falando em falha de sistema que impeça a instalação da seção, estou falando das falhas que não permitem identificar a inscrição de um ou alguns eleitores, o que é perfeitamente possível. Não estou cogitando de hipóteses extremas, onde não se instala nada. Onde não se instala nada, não há problema nenhum! O problema surge com a dificuldade de se verificar se o eleitor, sem o título, está ou não inscrito, é quando falha em relação a uma ou algumas inscrições. E quem pode dizer que isso não sucede? E para que corrermos o risco de, nesses casos, não termos uma alternativa razoável? Por essas razões, com o devido respeito – cada um de nós tem, aqui, seus pontos de vista – é que, infelizmente, desta feita, pesa-me não poder acompanhar o voto de Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Se Vossa Excelência me permite, apenas rememoro o que veiculei ontem: a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral citada é de uma época em que não se tinha a exigência da apresentação da carteira de identidade, ficando dispensada a apresentação do título. Dispensada a apresentação do título no vazio, mediante normatização do Judiciário Eleitoral? Não. A própria lei complementar, que é o Código Eleitoral, apresenta preceito, o do inciso VI do art. 146, a revelar:

> Art. 146. Observar-se-á na votação o seguinte:
> (...)
> VI – o eleitor será admitido a votar, ainda que deixe de exibir no ato da votação o seu título, desde que seja inscrito na seção e conste da respectiva pasta a sua folha individual de votação (...)

Faço justiça ao autor desta ação direta de inconstitucionalidade: não se veio ao Supremo buscar a dispensa do documento que identifica o eleitor, que não é o título no que desprovido de fotografia, mas sim a interpretação conforme, agora prevalecente ante oito votos proferidos, para que, não apresentado o título – não está, de início, dispensado, como disse, no processo administrativo, no Eleitoral –, o eleitor, desde que se identifique e esteja devidamente inscrito na seção eleitoral, contando o mesário, no terminal dele, mesário, com os dados respectivos, inclusive o caderno eleitoral do qual será destacado o comprovante do voto, possa exercer o direito inerente à cidadania que é o de escolher os representantes.

Precisamos interpretar a lei ordinária em harmonia não só com o Código Eleitoral, mas também com a Carta da República, mesmo porque a lei, ao cogitar dos dois documentos, não trouxe cominação que seria, para mim, desarrazoada: não apresentando o eleitor os dois documentos, não poderia exercer esse direito-dever, ainda é um dever no Brasil, de sufragar este ou aquele candidato.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro Marco Aurélio, o que não consigo entender é isto: se não precisa apresentar o título – desde que ele prove com documento e foto e ele esteja inscrito – é porque o título não é preciso. Se não é preciso, é porque está dispensado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, o título de eleitor, no caso, para essa finalidade diz muito pouco. O papel que representa o título de eleitor diz muito pouco. Antes, o que havia? Se o mesário tinha dúvidas – isso está no Código Eleitoral – quanto à identificação daquele que se apresentava para votar com o título, podia exigir o documento de identificação. O legislador, para afastar até mesmo tratamento diferenciado, a variação de procedimento, consideradas as diversas seções eleitorais do país, veio e cogitou – aqui, sim, é algo razoável – da obrigatoriedade de o eleitor se identificar, com uma carteira oficial – não é a carteira do clube que frequenta – que contenha a respectiva foto, e que essa foto seja minimamente atual.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Vou até confessar que não teria dúvidas, eventualmente, em reconhecer a constitucionalidade de norma que

dispusesse: está abolido o título de eleitor, desde que sejam garantidos por outro meio a identidade, etc. Agora, não me parece que se reconheça como inconstitucional a exigência desse título a ponto de sermos obrigados a adotar interpretação que diga que, se ele não apresentar o título, mas apresentar um documento de identidade, ele pode votar.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, essa é a minha preocupação, inclusive com a invocação decorrente da petição inicial.

Vossa Excelência tocou bem nesse ponto, quando invoca diretamente a lesão ao princípio da proporcionalidade. Na verdade, e esse é o aprendizado comum, o que se tem que apontar é uma lesão a um dado direito fundamental, que teria sido violado pelo legislador ao dar uma dada disciplina, no caso, a exigência do título de eleitor, e não a lesão ao próprio princípio da proporcionalidade, até porque estamos a falar de um direito fundamental que foi disciplinado por uma lei e cuja reserva legal há de cumprir o princípio da proporcionalidade. Então, parece-me que aqui já se começa a tomar a nuvem por Juno. Por isso, inclusive, o princípio da proporcionalidade, muitas vezes o seu uso, ou o seu mau uso, é muito criticado, inclusive na jurisprudência americana, na forma do substantivo *due process of law,* exatamente porque se presta, muitas vezes a, vamos dizer assim, contrabandear conveniências da perspectiva estrita do eventual intérprete. Aqui, pode-se discutir a conveniência ou não de se ter o título, agora, diante da exigência, dizer que ela é desproporcional, parece-me realmente muito difícil, e, por isso, eu chamava a atenção, e nós estávamos em juízo de cautelar. Eu chamava a atenção para essa observação. Veja, houve lesão. O ministro Toffoli, inclusive, tentava salvar essa interpretação, dizendo: houve lesão, sim, ao direito político de votar ao se exigir o título.

E Vossa Excelência coloca então exatamente o ponto central dessa argumentação. Então, o título, de fato, deve ser revogado, banido da ordem jurídica; é um ser extravagante. Talvez ter título eleitoral seja realmente algo... E nós estamos, inclusive, fazendo algo inútil no âmbito da Justiça Eleitoral, ao fazermos esse grande esforço. Daqui a pouco os colegas do doutor Gurgel vão entrar com ação de improbidade contra os juízes eleitorais por estarem emitindo título eleitoral, porque, obviamente, é um documento inútil para a nossa vida cidadã.

VOTO
(Confirmação)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, ontem eu aderi ao voto da eminente relatora e tentei aportar alguns fundamentos, porque me parece que Sua Excelência fez uma ponderação e, conforme o próprio espírito da lei que estamos interpretando, também a característica do voto enquanto cláusula pétrea.

A Constituição proíbe não só que se esvazie o conteúdo de uma cláusula pétrea, que se venha a abolir cláusula pétrea. A Constituição proíbe mais do que isso, proíbe que se dessubstancialize uma norma, um dispositivo consubstanciador

de cláusula pétrea. Ou seja, se uma norma amesquinhar, diminuir, quebrantar a carga semântica de uma cláusula pétrea, essa norma, ainda que veiculada por emenda, é inconstitucional.

Portanto, o legislador está proibido, mais do que abolir, ele está proibido de amesquinhar, de diminuir, de restringir um direito fundamental, clausulado pela Constituição como pétreo.

Então, a eminente relatora deu uma interpretação conforme ao dispositivo para facilitar o exercício desse direito fundamental; é o voto que, pela Constituição, art. 14, *caput*, é expressão da soberania. As palavras da Constituição são estas:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e [em sequência] pelo voto direto e secreto (...)

De outra parte, a lei teve uma razão para não se contentar com o título de eleitor e exigir a apresentação de um documento com fotografia. O legislador teve senso de realidade, e a eminente relatora também teve um grande senso de realidade. É que o título de eleitor é um documento de identidade eleitoral apenas episodicamente usado, de dois em dois anos, não corriqueiramente usado. Eu acho que ninguém sabe de cor o número do seu título de eleitor.

O sr. ministro Marco Aurélio: De quatro em quatro, em Brasília.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas certamente todo mundo sabe de cor o número da sua carteira de identidade.

Então, o título de eleitor como raramente é usado, ou seja, só é usado de dois em dois anos, é colocado num canto de uma gaveta ou de um armário e, às vezes, até se extravia com certa facilidade. Sem falar que há situações em que o portador do título de eleitor se torna ausente, desaparece, ninguém tem notícia dele, mas deixou o título em casa, ou venha a falecer, e parentes se apropriam do título do falecido para votar, votando, portanto, duas vezes.

O título de eleitor, em si mesmo, historicamente, é um ponto de fragilidade estrutural do nosso sistema, porque dele pessoas se apropriam para fazer uso indevido. Daí o sistema biométrico, concebido exatamente para que não haja essa fraude no plano de identificação de quem vota, identificação pessoal. Ao passo que a carteira de identidade não, tem um peso muito maior, uma credibilidade maior do que o título de eleitor, até porque habilita o indivíduo para os atos da vida civil e porta consigo a fotografia, que pode ser comparada qualquer hora com a fisionomia do portador daquele documento de identidade.

Foi a lei por esse artigo que praticamente disse o seguinte: o título tem menos peso do que o documento de identidade, porque precisa da escora, da âncora do documento de identidade para valer. Foi a lei que emprestou um peso jurídico maior ao documento de identidade com fotografia do que ao próprio título de eleitor. O título de eleitor não vale por si. Aí, o que foi que disse a eminente relatora? No limite, havendo absoluta necessidade, para não se frustrar o direito de voto, que é direito fundamental e cláusula pétrea, a

exibição da carteira de documento de identidade com foto supre a falta do título de eleitor. Vale dizer, se o título não vale por si, não vale sozinho, a carteira, emergencialmente, vale sozinha, vale por si. Aí, conciliou o direito com a vida, porque no dia a dia da nossa existência é isto mesmo: a carteira de identidade vale mais do que o título de eleitor. E, por isso, essa conciliação do direito com a vida empresta à decisão de Sua Excelência, parece-me, um tônus de harmonia com a Constituição, evitando que um direito fundamental sofra – que é o direito de votar – amesquinhamento.

Com isso, Sua Excelência também homenageia outros princípios constitucionais, por exemplo, evita evasão ou abstenção de voto, homenageia o princípio da universalização do voto, homenageia a eficiência nos serviços eleitorais. Então, se fizermos uma ponderação de valores entre duas interpretações possíveis, a de Sua Excelência afina muito mais com princípios constitucionais de primeira grandeza.

Por isso acompanhei ontem Sua Excelência e o faço, nesta oportunidade, com a devida vênia dos que pensam contrariamente.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.467-MC/DF — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores (Advogados: Márcio Thomaz Bastos e outros). Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional e Tribunal Superior Eleitoral (Advogado: Advogado-geral da União). Interessado: Democratas – DEM (Advogados: Fabrício Juliano Mendes Medeiro e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da relatora, contra os votos dos ministros Gilmar Mendes e o presidente, ministro Cezar Peluso, concedeu liminar para, mediante interpretação conforme conferida ao art. 91-A da Lei 9.504/1997, na redação que lhe foi dada pela Lei 12.034/2009, reconhecer que somente trará obstáculo ao exercício do direito de voto a ausência de documento oficial de identidade, com fotografia. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido na assentada anterior.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 30 de setembro de 2010 — Luiz Tomimatsu, secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.543 — DF

Relatora: A sra. ministra Cármen Lúcia

Requerente: Procurador-geral da República — Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional — *Amicus curiae*: Partido Democrático Trabalhista

Constitucional. Eleitoral. Art. 5º da Lei 12.034/2009: impressão de voto. Plausibilidade jurídica dos fundamentos postos na ação. Sigilo do voto: direito fundamental do cidadão. Vulneração possível da urna com o sistema de impressão do voto: inconsistências provocadas no sistema e nas garantias dos cidadãos. Inconstitucionalidade da norma. Cautelar deferida.

1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa.

2. A garantia da inviolabilidade do voto põe a necessidade de se garantir ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se qualquer forma de coação sobre o eleitor.

3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, impossíveis no atual sistema, o qual se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor.

4. Cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 5º da Lei 12.034/2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em deferir o pedido de medida cautelar, nos termos do voto da relatora. Votou o ministro Cezar Peluso (presidente). Ausente, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República, e, pela Advocacia-Geral da União, o ministro Luís Inácio Lucena Adams, advogado-geral da União.

Brasília, 19 de outubro de 2011 — Cármen Lúcia, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, com fundamento no art. 102, I, *a* e *p*, da Constituição da República, contra o art. 5º da Lei 12.034, de 29-9-2009, que dispõe:

> Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:
>
> § 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.
>
> § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.
>
> § 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.
>
> § 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.
>
> § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

2. Afirma a autora que, "ao instituir a exigência do voto impresso no processo de votação, o qual conterá o número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, fere o direito ao voto secreto, insculpido no art. 14 da Constituição da República. De acordo com a norma impugnada, o voto impresso pela urna eletrônica permitirá ao eleitor a sua conferência, através de um número único de identificação, que associará o conteúdo do voto com a assinatura digital da urna. A garantia da inviolabilidade do eleitor pressupõe a impossibilidade de existir, no exercício do voto, qualquer forma de identificação pessoal... evitando-se qualquer tipo de coação".

Daí por que requer medida cautelar, alegando demonstrarem-se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esse pela necessidade de se iniciarem os procedimentos licitatórios para aquisição de equipamentos de votação segundo a norma impugnada, o que poderia acarretar graves prejuízos ao erário, se sobrevier declaração de inconstitucionalidade.

Ao final, pede seja julgado procedente "o pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 12.034/2009".

3. Ouvidos os órgãos dos quais emanada a norma em questão, no prazo legal (art. 10 da Lei 9.868/1999), informou, singelamente, a Câmara dos Deputados que "cumpre a esta Presidência apenas informar que a referida matéria foi processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e

regimentais inerentes à espécie" e o Senado Federal que não haveria *periculum in mora*, porque "as eleições em que o sistema impugnado deverá ser empregado somente ocorrerão no ano de 2014 (...)" e, ainda, que a inicial não deveria sequer ser conhecida por ser inepta, baseada como é em premissa inexistente, que seria a possibilidade de identificação do eleitor pela assinatura digital.

4. Nos termos da legislação vigente, a oitiva da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nesta fase cautelar, dependeria de sua indispensabilidade (§ 1º do art. 10 da Lei 9.868/1999), o que não é o caso, porque os órgãos autores da norma questionada foram diretamente ouvidos e a Procuradoria-Geral da República é a autora da ação.

5. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) requereu a sua participação na presente ação como *amicus curiae*, o que deferi.

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Como relatado, na presente ação direta de inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República questiona a validade constitucional do art. 5º da Lei 12.034, de 29-9-2009, que dispõe sobre o denominado voto impresso.

Para perfeito entendimento do questionamento formulado, transcrevo o dispositivo legal impugnado:

> Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:
>
> § 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.
>
> § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.
>
> § 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.
>
> § 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do *software* mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.
>
> § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

2. O autor da presente ação afirma viciar-se por inconstitucionalidade o dispositivo questionado, que reinstitui, no Brasil, o denominado voto impresso, porque, tal como preceituado nas normas questionadas, haverá, necessariamente,

um número de identificação associado à assinatura digital da urna. Tanto romperia com o segredo do voto, direito irrenunciável do eleitor (art. 14 da Constituição do Brasil).

Nos termos da norma do *caput* do art. 5º da Lei 12.034/2009, tanto permitiria ao eleitor conferir o seu voto, porque pelo número único de identificação ele associaria o conteúdo do seu voto com a assinatura digital da urna.

Entretanto, a inviolabilidade do voto do eleitor e o segredo do seu voto supõem a impossibilidade de se ter, no exercício do voto ou no próprio voto, qualquer forma de identificação pessoal. Assim, a liberdade de manifestação política do cidadão pelo voto impede qualquer forma de manipulação ou coação no ato de votar.

Ademais, assevera ainda a Procuradoria-Geral da República que, "por outro lado, tem-se que o sigilo da votação também estará comprometido caso ocorra falha na impressão ou travamento no papel da urna eletrônica. Isso porque, sendo necessária a intervenção humana para solucionar o problema, os votos registrados até então ficarão expostos ao servidor responsável pela manutenção do equipamento. Ainda num eventual pedido de recontagem de votos, será novamente possível a identificação dos eleitores votantes (...) verifica-se que o dispositivo constitucional está em confronto com o direito subjetivo ao voto secreto, insculpido no art. 14 da CR, considerando que a impressão do voto permitirá a identificação dos eleitores, por meio da associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica. O § 5º do art. 5º da Lei n. 12.034, ao proibir a conexão entre o instrumento identificador e a respectiva urna, permite que essa fique constantemente aberta. O presidente da seção eleitoral não terá qualquer interferência em liberar ou não a urna. Como não é possível ingressar na cabine de votação junto com o eleitor, haverá a possibilidade da mesma pessoa votar por duas ou mais vezes, contrariando a garantia da igualdade de valor do voto, prevista no art. 14 da CR".

3. Para o Senado, em cujas informações se pleiteia o reconhecimento de inépcia da inicial, a premissa da Procuradoria-Geral da República seria falsa, porque "a assinatura à qual se refere o dispositivo impugnado é da urna eletrônica, não do eleitor (...). Fosse do eleitor, não estaria em jogo somente o sigilo do voto, mas todo o processo eleitoral, pois se já é difícil cobrar o próprio título do eleitor, imaginem exigir de cada votante assinatura eletrônica".

4. Em memorial apresentado, reitera tais admoestações o Partido Democrático Trabalhista (PDT), admitido como *amicus curiae*.

5. Parece necessário afirmar, inicialmente, que, apesar de ter prevalecido o denominado voto impresso antes de 2003, por força da Lei 10.408, de 2002, não se chegou a levá-lo a efeito, em razão das dificuldades jurídicas e materiais constatadas.

A partir da implantação paulatina e de aperfeiçoamento contínuo do sistema de votação pela urna eletrônica (iniciado em 1996), abandonou-se, no

Brasil, a impressão de votos. E o objetivo foi garantir mais e mais o segredo do voto, constitucionalmente previsto e assegurado ao eleitor.

Em 2002, pela Lei 10.408 foi introduzido o sistema de voto impresso a ser aplicado nas eleições municipais de 2004. Para aplicar aquela lei, o Tribunal Superior Eleitoral equipou seções eleitorais, especialmente no Distrito Federal e em Sergipe. Aproximadamente sete milhões de eleitores votaram, então, segundo este procedimento, que importava na digitação do voto pelo eleitor, o qual era, então, impresso. Fazia-se a conferência visual e, após a confirmação, o voto impresso era depositado na urna lacrada.

O retrocesso ao período que antecedera o sistema de votação eletrônica mostrou quão correta fora a opção e a invenção do sistema brasileiro do voto eletrônico, e ainda que não seria mais possível a reversão da conquista, porque os problemas comprovados deixaram clara a inadequação e as dificuldades que o voto impresso reintroduziam, comprometendo não apenas o que se conquistara, como o próprio sistema adotado.

Daí a promulgação da Lei 10.740, em 2003, pela qual se abandonou aquele modelo, perseverando-se no aperfeiçoamento do processo de votação eletrônica.

6. A reintrodução do voto impresso pelo art. 5º da Lei 12.034/2009 decorreu do Projeto de Lei 498/2009, tendo recebido parecer contrário das Comissões Senatoriais de CCJ e CCT, em cujo relatório conjunto afirmaram os respectivos relatores (senador Marco Maciel e Eduardo Azeredo):

> julga-se inadequado à celeridade e ao sigilo do processo eleitoral a utilização do voto impresso. A esse respeito, transcrevemos trecho do relatório do TSE, em que se avalia a questão para as eleições de 2002: "40. A experiência demonstrou vários inconvenientes na utilização do denominado módulo impressor externo. 41. Sua introdução no processo de votação nada agregou em termos de segurança ou transparência. Por outro lado, criou problemas: a) maior o tamanho das filas; b) maior o número de votos nulos e brancos; c) maior o percentual de urnas com votação por cédula – com todo o risco decorrente desse procedimento; d) maior o percentual de urnas que apresentaram defeito, além das falhas verificadas apenas no módulo impressor".
>
> Conforme expôs o representante do TSE nas audiências públicas realizadas pela CCT e pela CCJ, a melhor maneira de auditar a consistência dos Boletins de Urna com a real manifestação dos eleitores é acompanhar o procedimento de geração e validação das assinaturas digitais, os testes preliminares das urnas e, se necessário, requerer a verificação dos registros digitais do voto (arquivos RDV) com base nas próprias assinaturas, o que dispensa o uso do papel.
>
> Foi também ressaltado pelo TSE a realização, desde 2002, de um procedimento de auditagem na véspera da eleição. O Tribunal sorteia uma amostra de urnas prontas para uso e verifica, na presença de um juiz eleitoral e sob gravação em vídeo, o correto funcionamento dessa amostra.
>
> A utilização de componentes mecânicos acoplados ou inseridos nas urnas eletrônicas aumentará drasticamente a taxa de falha desse equipamento, o que poderá exigir a votação em papel em diversas seções. Isso atrasará o cômputo dos

votos e a conclusão do processo, bem como dará margem às mesmas fraudes já conhecidas no processo eleitoral não eletrônico (...)

De se anotar que a sanção da Lei 12.034/2009 teve sugestão de veto pelo Ministério da Justiça quanto ao que veio a se tornar o art. 5º, agora em questão.

7. A despeito de tal ponderação, veio a ser sancionada o dispositivo legal agora questionado em sua validade constitucional pela Procuradoria-Geral da República, que assevera eivado de inconstitucionalidade, pois o voto impresso, como previsto, afrontaria o segredo do voto, o que é direito constitucional fundamental do cidadão (art. 14 e inciso II do § 4º do art. 60 da Constituição do Brasil).

Voto segredo e voto impresso

8. No direito constitucional brasileiro o voto é secreto (art. 14 da Constituição). E o segredo do voto constitui conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão.

A história brasileira registrou vícios não pequenos nos processos eleitorais. A vulnerabilidade do voto era maior pela possibilidade de cobrança feita ao eleitor por candidatos que, imoralmente, cobravam o esclarecimento dos ilícitos acordos firmados e a cobrança dos "escusos compromissos", o que somente deixou de ser possível com o sistema de votação eletrônica.

O segredo do voto foi conquista impossível de retroação e a quebra deste direito fundamental do cidadão, posto no sistema constitucional, a garantir a liberdade da escolha feita pelo cidadão (art. 14 da Constituição), configura afronta à Constituição.

A impressão do voto, como acentuado pela Procuradoria-Geral da República, fere exatamente este direito inexpugnável ao segredo, conferido constitucionalmente ao cidadão como conquista democrática para se suplantarem os gravíssimos vícios que a "compra e venda" de votos provocaram, vulnerando o sistema democrático brasileiro.

Não é livre para votar quem pode ser chamado a prestar contas sobre o seu voto. E essa espúria prestação de contas supõe haver/dever, a que não pode o cidadão se sujeitar, que ele não deve a ninguém, nem se compadece a não ser com a sua própria consciência.

O voto é espaço de liberdade cidadã, que não pode ser tolhido pelo exigir do outro, não pode ser trocado pela necessidade do eleitor nem pode ser negociado pela vontade de quem quer que seja, pois viciado estaria, então, todo o sistema.

Daí por que voto livre é voto secreto. E esse segredo não pode ficar à mercê de prestação de contas, de comprovação do ato a ser demonstrada a terceiro, sob as mais diferentes causas e as mais escusas justificativas, nunca democráticas. A urna é o espaço de liberdade mais seguro do cidadão. Nada lhe pode ser cobrado, dele não se pode exigir prova do que foi feito ou do que tenha deixado

de fazer. A cabine é o espaço de garantia do cidadão da sua escolha livre e inquestionável por quem quer que seja.

A impressão do voto é prova do seu ato. Se o ato é próprio e inexpugnável, qual a sua necessidade? Se não há de prestar contas (porque é ato personalíssimo), para que o papel? Se o sistema dota-se de segurança incontestável, como demonstradas centenas de vezes, invulnerável como comprovado, para que a impressão que não seja para demonstração a terceiro e vulnerabilidade do segredo que lhe é constitucionalmente assegurado?

9. Tem razão a Procuradoria-Geral da República, ao acentuar na petição inicial desta ação que "a garantia da inviolabilidade do eleitor pressupõe a impossibilidade de existir, no exercício do voto, qualquer forma de identificação pessoal, a fim de que seja assegurada a liberdade de manifestação, evitando-se qualquer tipo de coação. (...) Por outro lado, tem-se que o sigilo da votação também estará comprometido caso ocorra falha na impressão ou travamento do papel da urna eletrônica. Isso porque, sendo necessária a intervenção humana para solucionar o problema, os votos registrados até então ficarão expostos ao servidor responsável pela manutenção do equipamento. (...) num eventual pedido de recontagem de votos, será novamente possível a identificação dos eleitores votantes".

Daí afirmar a autora que estaria vulnerado o direito constitucional subjetivo ao voto secreto, pois "a impressão do voto permitirá a identificação dos eleitores, por meio da associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica".

Eventual vulneração deste segredo do voto comprometeria não apenas o art. 14 da Constituição da República, mas também o inciso II do § 4º do seu art. 60, tido como núcleo imodificável do sistema, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional a proposta que tenda a abolir o sigilo do voto.

Assim, razão detinham os relatores da CCJ e da CCT do Senado da República ao acentuarem que o voto impresso era tido como "*inadequado* à celeridade e *ao sigilo do processo eleitoral* (...)".

10. Ademais, o § 2º do dispositivo questionado dispõe: "§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital", o que retira o segredo do voto, pois o número de identificação associado à assinatura digital pode favorecer até mesmo a coação de eleitores pela possibilidade que cria de vincular o voto a compromissos espúrios. Identifica-se o eleitor e não se pode dizer que tanto se dê por seu querer, mas porque pode se comprometer a comprovar a sua ação na cabine de votação.

A urna eletrônica, atualmente utilizada, permite que o resultado seja transmitido às centrais sem a identificação do eleitor e com alteração sequencial dos eleitores de cada sessão, o que garante o segredo do voto.

11. Ademais, ainda quanto à identificação do voto, a impressão criaria um discrímen em relação às pessoas portadoras de necessidades especiais (visuais) e aos analfabetos, porque esses não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, em frontal violação ao direito constitucional ao sigilo igualmente assegurado a todos.

Um eleitor, um voto

12. Como posto no dispositivo legal questionado, afirma a Procuradoria-Geral da República que as urnas não podem ficar abertas após receber o voto do eleitor, porque a cada qual é garantido o direito/dever de um voto.

Assim, no sistema democrático prevalece o princípio um eleitor, um voto. Essa foi conquista que pode ser tida como recente do povo brasileiro, pois o que se viu foi, em passagem alongada da história republicana, pouca república e menos democracia ainda. E os sistemas de eleições não davam certeza de que prevalecia apenas um voto por eleitor.

O sistema agora adotado permite assegurar que somente se abre a urna após a identificação do eleitor que votará e que ele não é substituído por quem quer que seja, nem vota mais de uma vez.

O presidente da seção dá o comando de abertura da urna quando identificado o eleitor na mesa e a inserção do número do seu título. Procedida a votação do eleitor, a urna é fechada. Assim, ela não recebe outro voto, garantindo-se que ninguém, que não o eleitor, entre ou permaneça na cabine durante a votação. Mais ainda garante-se que a urna não recebe mais de um voto do mesmo eleitor ou de terceiros.

Vedada a conexão entre o instrumento de identificação e a respectiva urna, o § 5º do art. 5º da Lei 12.034/2009 possibilita a permanência da abertura da urna. Não mais caberá ao presidente da seção eleitoral liberar ou não a urna, pelo que poderia o eleitor, na solidão da cabine, votar mais de uma vez, contrariando a garantia constitucional da unidade eleitor e voto (art. 14 da Constituição).

Esse princípio constitucional, entretanto, é o que sustenta a democracia representativa, dotando-a de legitimidade inconteste e dando segurança a toda a sociedade que o que se extrai das urnas é exatamente o que foi desejado e ali posto pelo eleitorado.

O princípio da proibição de retrocesso político

13. Parece-me também favorecer a plausibilidade jurídica do pedido formulado para fins de deferimento da cautelar requerida, princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, ainda que neste momento preliminar, qual seja, o da proibição de retrocesso. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.

Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho: "uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (...) o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 326).

Tenho por aplicável esse princípio também aos direitos políticos e ao caso presente, porque o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania.

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

O princípio democrático (art. 1º da Constituição brasileira) garante o voto sigiloso, que o aperfeiçoamento do sistema nacional adotado, sem as alterações do art. 5º da Lei 12.034/2009, propicia.

A alteração do processo conduz à desconfiança, que é o contrário do que o sistema democrático constitucional impõe. Ao invés da confiança, o regime previsto no art. 5º ora em questão gera a desconfiança no sistema eleitoral. E desconfiança é próprio das ditaduras, não é garantia de democracia. Um sistema que se vem mostrando seguro e eficiente poderia vir a ter quebrantada esta referência de impessoalidade se prevalecesse o artigo questionado.

14. Daí por que tenho como aplicável também no campo dos direitos políticos, como o da cidadania com o direito/dever do voto secreto (art. 14 e inciso II do § 4º do art. 60 da Constituição), o princípio constitucional da proibição do retrocesso, o que também fundamenta a argumentação da Procuradoria-Geral da República quanto à necessidade de suspensão cautelar dos efeitos da norma impugnada.

Os inconvenientes do voto impresso

15. Não tecerei loas ao sistema brasileiro de votação eletrônica. Reconhecido como sistema superiormente adequado à garantia da moralidade e da eficiência das votações, o modelo brasileiro de votação não sofre contestação, senão eventual, como posto pelo *amicus curiae*.

Entretanto, ao contrário do que por ele alegado, parece certo que a segurança, eficiência, impessoalidade e moralidade do sistema de votação eletrônica, tal como adotado no Brasil, é não apenas acatado e elogiado em todos

os cantos do planeta, como testado em sua invulnerabilidade e comprovado em sua higidez sistêmica e jurídica.

Não poderia deixar de acentuar que, além da questão específica da inconstitucionalidade que parece configurada na forma alegada em inequívoca demonstração do relevante fundamento e a plausibilidade a ensejar a suspensão cautelar dos efeitos do dispositivo legal questionado, os inconvenientes jurídicos da reintrodução do voto impresso também recomendam a providência cautelar requerida pela instituição autora.

Assim é que a introdução, por exemplo, de impressoras para cada voto (e somos agora mais de 135 milhões de eleitores) potencializa falhas e impede o transcurso regular dos trabalhos nas mais de 400.000 seções eleitorais, incluídas as do exterior, distribuídas nos cinco continentes.

A porta de conexão do módulo impressor, além de poder apresentar problemas de conexão, abre-se a fraudes, que podem comprometer a eficiência do processo eleitoral.

16. Em 2002, tornaram-se públicas as demoras nas filas das seções eleitorais, nas quais adotado o modelo, agora repetido no art. 5º da Lei 12.034/2009, causaram transtornos ao eleitorado. À média registrada de um minuto e meio despendido ordinariamente para a votação eletrônica correspondeu média de dez minutos para a votação impressa.

A necessidade de impressoras, *softwares* e transmissão de dados são mais complexos, os equipamentos ficam então mais lerdos e maior, objetivamente, a possibilidade de panes no sistema.

Ademais, a possibilidade de fraudes, cópias e trocas de votos, decorrentes de votação impressa, aumenta, sendo mister ter urnas preparadas para a sua guarda, forma de transporte específico, garantia de sua integridade, tudo mais dificultado e sem garantia de eficiência do resultado incólume do sistema.

17. Também maior seria a vulnerabilidade do sistema, porque o voto impresso não pode atingir o objetivo ao qual se propõe, que é o de possibilitar a recontagem e auditoria, segundo informa a Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral:

> *a*) No caso de uma recontagem, a simples perda de um pedaço de papel poderá causar inconsistências, podendo gerar impugnação da seção eleitoral, criando um novo tipo de vulnerabilidade no sistema. Esta vulnerabilidade pode ser explorada no reduto eleitoral do candidato opositor provocando a anulação das urnas. Da mesma forma, votos impressos podem ser inseridos, provocando a mesma impugnação;
>
> *b*) Mesmo sendo automática, existe a dependência da intervenção manual no processo de organização dos votos e, consequentemente, traz de volta a possibilidade de fraudes. Ademais, a quantidade de urnas a ser verificada, posteriormente a realização das eleições, é muito grande e o tempo para realização desta auditoria está sujeito à morosidade dos trabalhos manuais;

c) O eleitor não tem como saber se o voto que ele viu sendo impresso na seção eleitoral é o mesmo que está sendo recontado na Junta Eleitoral;

d) A auditoria sugerida afeta a proclamação do resultado. Hoje, no mesmo dia da eleição, os resultados são conhecidos. Com a obrigatoriedade da auditoria, poderá haver uma demora significativa para proclamação dos resultados. A indefinição do resultado tem custo imensurável para o país. Nos locais de auditoria será necessária a mobilização de todos os envolvidos na eleição até a definição do resultado;

e) Caso seja dada como válida a contagem manual dos votos em papel, quando houver discrepância com a votação eletrônica, isto tem o efeito de tornar o registro precário em papel soberano sobre a votação na urna eletrônica. Um retorno aos problemas já superados das eleições em urnas de lona e cédulas de papel;

f) Cada candidato derrotado vai poder alegar que a eleição foi fraudada pela urna eletrônica, e irá insistir em que a única verdadeira indicação da preferência dos eleitores reside nos votos em papel, mesmo que não haja qualquer prova de irregularidade ou adulteração. Assim, a recontagem dos votos impressos tornar-se-á o método padrão de contagem de votos, o que significa um retrocesso, pois o antigo processo de votação manual é suscetível a fraudes e por isso foi abandonado no Brasil; e

g) A utilização do voto impresso não implica na desnecessidade de auditar o *software*. A auditoria e fiscalização dos partidos e entidades do processo eletrônico sempre serão importantes e necessárias. Destaca-se que uma auditoria do *software* centralizada no TSE provê uma auditoria generalizada, já que o *software* tem uma única versão. A confiabilidade da versão única pode ser verificada de forma amostral em qualquer ponto do país.

Inegável, portanto, que se introduz, num sistema exemplar de eficiência do processo eleitoral, elemento de vulnerabilidade do sistema.

18. Também no aspecto orçamentário, é importante lembrar que o custo do voto nas eleições 2010 atingiu, aproximadamente, R$ 3,56 por eleitor, considerando as despesas planejadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, as provisões de crédito aos Tribunais Eleitorais e os destaques efetuados às Forças Armadas, no apoio prestado durante as eleições.

Se adotada a metodologia impressa, pelo estudo da Secretaria de Planejamento, Orçamento, Finanças e Contabilidade (SOF) do Tribunal Superior Eleitoral, o custo do voto seria impactado em: a) aquisição de *netbooks* para separação das máquinas de votar e identificar o eleitor – acréscimo de R$ 350 milhões e impacto adicional de R$ 2,58 por eleitor; b) aquisição de Módulos Impressores Externos (MIEs) – acréscimo de R$ 316 milhões e impacto adicional de R$ 2,33; e c) aquisição de materiais de consumo para impressão do voto – acréscimo de R$ 15 milhões e impacto adicional de R$ 0,11 por eleitor. Cálculo aproximado e preliminar, desprezando-se, por exemplo, as despesas de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos, o custo do voto aumentaria em mais de 140% e a Justiça Eleitoral precisaria de quase um bilhão de reais a mais para a realização das eleições, o que demonstra que o voto impresso, além de desconsiderar o ponto constitucional sensível do segredo, que pode ficar comprometido, também não guarda harmonia com os princípios da eficiência

administrativa (art. 37 da Constituição), em razão dos seus índices dificultadores orçamentários, logísticos, operacionais, ensejando o aumento de fraudes e do tempo de votação e de apuração das eleições.

Tanto lesaria os princípios da economicidade a ser considerado nos gastos públicos (art. 70 da Constituição brasileira) e, ainda, da eficiência no cuidado da coisa pública em busca de idêntico e melhor resultado (art. 37 da Constituição).

19. Desde 1996, a Justiça Eleitoral elabora e implanta, com aperfeiçoamento continuado, rigoroso sistema de segurança, paralelamente ao processo de informatização, que garante total inviolabilidade e transparência da votação eletrônica. No segundo semestre de 2010, veículos da imprensa noticiaram a avaliação positiva do Brasil pela *Unesco* no tema da inovação tecnológica e a urna eletrônica foi um fator positivo na avaliação.

O sistema de segurança da urna eletrônica baseia-se em dois mecanismos de singular importância: a assinatura digital e o resumo digital. O primeiro mecanismo é uma técnica criptográfica que busca garantir que o programa de computador da urna não foi modificado de forma intencional ou não perdeu suas características originais por falha na gravação ou leitura. Ademais, com a assinatura digital se tem a garantia da autenticidade do programa gerado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O segundo mecanismo, também uma técnica criptográfica, assemelha-se a um dígito verificador. Na urna eletrônica, os resumos digitais de todos os arquivos são calculados e posteriormente publicados no portal do Tribunal Superior Eleitoral, confirmando, assim, a transparência da votação eletrônica.

A Lei 10.740/2003 instituiu o Registro Digital de Voto (RDV), ao revogar os dispositivos da Lei 10.408/2002, que determinavam a impressão do voto. A inovação permite que os votos sejam armazenados digitalmente, da forma como foram escolhidos pelo eleitor, resguardando o sigilo do voto. Com o RDV é possível recontar os votos, de forma automatizada sem comprometer ao segredo dos votos nem a credibilidade do processo eletrônico de votação. A comparação do Boletim de Urna (BU) com o RDV possibilita a auditoria. Nos termos da legislação eleitoral vigente, os interessados podem auditar o sistema eletrônico de votação, antes, durante e depois das eleições.

Além de tais mecanismos, várias auditorias e perícias foram realizadas no sistema informatizado de votação. Em 2002, por iniciativa do Tribunal Superior Eleitoral, foi solicitado à Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) apresentação de proposta de prestação de serviços técnicos especializados de análise dos processos de produção e operação de *hardware* e *software* de votação, apuração, transmissão de dados e totalização da votação eletrônica. O laudo técnico concluiu que "o sistema eletrônico de votação atende às exigências fundamentais do processo eleitoral, ou seja, o respeito à expressão do voto do eleitor e a garantia do seu sigilo".

Outro instrumento de segurança a garantir a auditoria da urna eletrônica sem necessidade de implantação do voto impresso é a realização da denominada

"votação paralela". Um dia antes das eleições, a Justiça Eleitoral sorteia algumas seções de votação em todo o País. As urnas eletrônicas escolhidas são retiradas das seções de origem e levadas para o Tribunal Regional Eleitoral. São instaladas em salas com câmeras de filmagem. Promotores de Justiça, representantes dos partidos, jornalistas e outros convidados a participar da votação preenchem certa quantidade de cédula de votação até atingir o número total de eleitores daquela seção. Esses votos em cédulas são depositados em urnas de lona lacradas. Na votação paralela, como ocorre no dia da eleição, a urna eletrônica inicia a votação a partir das oito horas da manhã. O conteúdo das cédulas é digitado nas urnas eletrônicas que foram sorteadas. As câmeras filmam a digitação do número no teclado e os votos também são registrados em um computador. Ao final, a comissão de votação paralela verifica se os votos inseridos na urna de lona são os mesmo dos registrados na urna eletrônica. Todo processo é monitorado por uma empresa de auditoria externa e acompanhado pela imprensa, pelo Ministério Público, pela OAB e por fiscais dos partidos.

Conclusão

20. Pelo exposto, voto no sentido de deferir a medida cautelar requerida, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei 12.034/2009, porque presentes a plausibilidade jurídica dos argumentos lançados pela Procuradoria-Geral da República e o perigo da demora, pois a persistência da eficácia do dispositivo legal questionado impõe a aquisição e adequação dos equipamentos de votação, mudança na estrutura e dinâmica do Serviço de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral, a braços com as providências necessárias para a realização das eleições de 2012 e que teriam, ainda, que adotar procedimentos paralelos de licitações, mudança de sistema, gastos públicos, para a adaptação determinada, sem possibilidade de saneamento ou de refazimento destes dispêndios tecnológicos e financeiros após a sua realização e que seriam descartados e sem aproveitamento se, ao final, vier a ser declarado inconstitucional o dispositivo legal impugnado.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

A ministra Cármen Lúcia, no seu voto, deixou claras, basicamente, três questões que representam as premissas em relação às quais eu me guiarei neste momento da votação.

Em primeiro lugar, Sua Excelência deixou claro que há efetivamente uma violação deste direito fundamental – sigilo – do voto, consagrado no art. 60 como uma cláusula pétrea. Em segundo lugar, Sua Excelência deixou estreme de dúvidas que a conquista do método eleitoral hodiernamente sedimentada impõe efetivamente uma reflexão à luz da vedação do retrocesso, que é um moderno princípio informativo material do direto constitucional. E, em terceiro lugar, Sua Excelência também deixa depreender que essa não é uma questão

coloquial, uma questão fácil; é uma questão extremamente complexa, porquanto novíssima, o que também impõe o denominado "minimalismo judicial" da doutrina norte-americana.

Senhor presidente, não vou repetir tudo a que ministra Cármen Lúcia aqui se referiu acerca dos aspectos constitucionais do efetivo rompimento da liberdade do eleitor em manifestar o seu voto de forma secreta, mas vou exatamente examinar o que se põe à luz dessas questões que transcendem o simples direito positivo, que, confrontado com a novel legislação, é muito claro.

O Estado brasileiro Democrático de Direito é fundado na soberania, e a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

No plano do direito positivo, Sua Excelência a ministra Cármen Lúcia abordou todos os aspectos dessa novel legislação que visa alterar algo que já está sedimentado, que foi uma grande conquista, conforme a historicidade narrada também na intervenção do ilustre representante do Ministério Público. De sorte que modificar essa estratégia eleitoral hoje adotada e sedimentada na legislação recentíssima – e que já se pretende alterar –, no meu modo de ver, efetivamente atenta contra o denominado princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual é absolutamente inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental, no caso o direito ao sigilo do voto.

Tenho a honra de pertencer à congregação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde há vários professores titulares, entre os quais alguns extremamente jovens – como sói ser –, caso do professor Felipe Derbli, que publicou o trabalho *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, editado pela editora Renovar em 2007.

Esse professor anota que a condição para a ocorrência do retrocesso anteriormente à exegese da própria norma constitucional se tenha expandido de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado um consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral a ideia de que aquela perspectiva jurídica é a mais correta.

Necessário, portanto, agora no dizer do professor Jorge Miranda – no seu *Manual do direito constitucional*, tomo IV, na parte referente aos direitos fundamentais –, que a vedação ao retrocesso impõe como pré-requisito a sedimentação na consciência social, no sentimento jurídico coletivo acerca de determinada percepção jurídica.

Ora, a votação como hodiernamente se processa já está introjetada na consciência jurídica nacional como sendo efetivamente o método que garante não só a intangibilidade da eleição em si, como também a intangibilidade da garantia da liberdade do eleitor. Por outro lado, a lei traz inovações que são severamente complexas e que, volto a repetir, impõem a nós, magistrados, uma postura minimalista.

A precisa descrição do professor Cass Sunstein, na sua obra *O minimalismo judicial na Suprema Corte*, publicada pela editora de Harvard, afirma que esse minimalismo amplia o espaço de posterior reflexão e debate porque é uma questão extremamente nova, o que nos permite um debate posterior, um debate mais meditado. Ele, então, assenta que:

> (...) a trilha minimalista normalmente – nem sempre, mas normalmente – faz muito sentido quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação (...) não está ainda definida, com sói ser essa hipótese de uma mudança *ex abrupto* da mecânica eleitoral.

"A complexidade", afirma o professor Cass Sunstein, "pode resultar da falta de informação, de mudança das circunstâncias" – que é o caso –, ou mesmo de uma "incerteza moral (juridicamente relevante). O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver os temas incorretamente nesse açodamento e, em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessários para decidir o caso".

Por outro lado, anoto também, senhor presidente, sob o ângulo interdisciplinar, que o próprio Parlamento, na Comissão de Constituição e Justiça, rejeitou esse projeto de lei, no que foi secundado pelo ministro da Justiça.

Adjuntando a isso o magnífico voto da ministra Cármen Lúcia – sob todos os ângulos e aspectos da lei, inclusive sob o aspecto que não foi efetivamente enfrentado referente à necessidade da abertura da urna na hipótese de um entrave –, tudo conspira em prol do *fumus boni juris*.

O *periculum in mora*, deixou assente o eminente ministro e querido amigo Roberto Gurgel – não deve ter sido um ato falho chamar Vossa Excelência de ministro –, decorre do fato de que, para a adequação dos atuais equipamentos de votação aos preceitos da Lei 12.034, será necessária a abertura imediata de procedimento de licitação, o que certamente trará graves prejuízos ao erário caso seja posteriormente declarada a inconstitucionalidade dessa lei.

Senhor presidente, presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, acompanho integralmente o voto da eminente ministra relatora.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, inicio por cumprimentar e elogiar o belíssimo e aprofundado voto trazido pela eminente relatora sobre esse tema, voto esse que vou acompanhar na conclusão, mas trazendo um outro fundamento.

Antes disso, também cabe dizer que o sistema eleitoral brasileiro – a maturidade a que a nação brasileira hoje chegou em matéria de segurança, de o

voto dado e o voto apurado serem realmente o voto que o eleitor desejava proferir no momento das eleições – é, sem dúvida nenhuma, o mais seguro de todo o mundo.

Quem está acostumado a acompanhar essa área eleitoral no direito comparado verifica facilmente que, quando se coloca aos estudiosos estrangeiros, aos tribunais estrangeiros, o sistema que funciona no Brasil, realmente sempre recebemos, todos nós, os mais altos elogios e cumprimentos.

A nação brasileira, na matéria eleitoral, avançou ao longo do século XX e vem avançando cada vez mais, chegando ao ápice agora com a informatização do cadastro biométrico do eleitor, que dará toda segurança de que aquele que se apresenta à seção eleitoral é fisicamente aquele que está ali cadastrado como eleitor.

Dito isso, concedo a cautelar na linha da proposta de conclusão feita pela eminente relatora, porque vejo desproporção entre os fins a que objetiva a lei e os meios que ela traz para essa fiscalização. Vejo como inidôneos os meios trazidos para a fiscalização, porque eles são extremamente gravosos, tanto no que diz respeito aos custos quanto no que diz respeito à sua complexidade. Eles mais oneram o sistema, mais tendem a trazer litigiosidade ao sistema de apuração de votos e ao sistema eletrônico de votação do que o pacificam.

Já ao longo da introdução do processo do sistema eletrônico de votação na história do direito eleitoral brasileiro – iniciando-se no cadastro informatizado que foi feito em 1985 para as eleições de 1986, sob a presidência, no Tribunal Superior Eleitoral, do eminente ministro, sempre ministro, Néri da Silveira –, desde o início do processo de informatização (iniciado pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas sempre com o apoio do Congresso Nacional, sempre com o diálogo entre o Poder Judiciário Eleitoral e o Congresso Nacional), vem-se aprimorando o sistema.

No ano de 2002, senhor presidente, senhores ministros, os §§ 5º, 6º e 7º foram acrescentados ao art. 66 da Lei 9.504/1997, introduzindo o sistema de votação paralela. Naquela oportunidade, muito se discutiu sobre a reintrodução do voto impresso, e a conclusão – àquela época, entre a ampla maioria dos partidos políticos, da Justiça Eleitoral e dos técnicos da área de informática – foi no sentido de se optar por uma solução que fosse segura e menos onerosa. Qual é essa solução? Antes do início das eleições, faz-se um sorteio de um número "x" de urnas eletrônicas, aleatoriamente, e essas urnas são levadas da seção eleitoral; naquela seção eleitoral da qual elas são levadas substituem-se as urnas por urnas eletrônicas reservas; e, da seção eleitoral na qual ela funcionaria, ela é levada para o Tribunal Regional Eleitoral, para a sede local do Judiciário Eleitoral, onde, com ampla fiscalização de todos os partidos políticos, da sociedade, do Ministério Público e de membros do Judiciário, são feitas as votações como se lá houvesse cidadãos cadastrados naquela urna. Essa votação tem início e encerramento exatamente no mesmo horário – como disse em seu voto a eminente ministra Cármen Lúcia – das eleições, assim como são iguais os

procedimentos finais de encerramento e a totalização daquela urna; os votos são introduzidos, são colocados, numa urna de lona e, depois, faz-se a conferência.

Qual é o objetivo dessa lei? O objetivo é ter a garantia de que o voto computado pelo sistema eletrônico, pelo *software* da urna, é o voto que o eleitor digitou, ou seja, que o sistema processual, o *software* utilizado na urna, não desvie o voto para um outro número que não aquele digitado pelo eleitor. Vamos supor que o eleitor digite o número "0001", mas, em vez de o sistema de votação direcionar aquele voto para o voto "0001", ele direcione para o voto "0002". Deve haver uma maneira de se fiscalizar se esse *software* está funcionando de maneira adequada. No momento da votação, isso é feito por esse meio muito mais seguro – com a participação de ampla fiscalização da sociedade –, de uma maneira muito menos onerosa e muito mais prática, que é a votação paralela, que existe desde as eleições nacionais de 2002, quando foi introduzido esse sistema.

Além disso, também disse a eminente relatora que, antes, os *software*s, de acordo com o art. 66, são fiscalizados por todos os partidos políticos; todos os partidos políticos têm acesso àquele *software*.

> Art. 66. (...)
>
> § 1º Todos os programas de computador de propriedade do Tribunal Superior Eleitoral, desenvolvidos por ele ou sob sua encomenda, utilizados nas urnas eletrônicas para os processos de votação, apuração e totalização, poderão ter suas fases de especificação e desenvolvimentos acompanhados por técnicos indicados pelos partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público até seis meses antes da eleição.
>
> § 2º Uma vez concluídos os programas a que se referem o § 1º serão eles apresentados para análises aos representantes credenciados dos partidos políticos e coligações até vinte dias antes das eleições nas dependências do Tribunal Superior Eleitoral, nas formas de programas fontes, de programas executáveis, inclusive os sistemas aplicativos e de segurança e as bibliotecas especiais, sendo que as chaves eletrônicas privadas e senhas eletrônicas de acesso manter-se-ão no sigilo da Justiça Eleitoral. Após a apresentação e conferência, serão lacradas cópias dos programas fontes e dos programas compilados.
>
> § 3º No prazo de cinco dias, a contar da data da apresentação referida no § 2º, o partido político e a coligação poderão apresentar impugnação fundamentada à Justiça Eleitoral.
>
> § 4º Havendo a necessidade de qualquer alteração no programa, após a apresentação de que trata o § 3º, dar-se-á conhecimento do fato aos representantes dos partidos políticos e das coligações para que sejam novamente analisados e lacrados [isso na fase prévia].

Vou fazer a leitura, rapidamente, de uma notícia publicada em 2 de outubro de 2010, referente à votação no Estado do Rio de Janeiro, notícia da internet *on-line*:

> O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro inspecionou, às 9h, deste sábado, as quatro urnas que serão submetidas à auditoria na chamada "votação paralela". Representantes dos partidos, da Polícia Federal, da Procuradoria Regional Eleitoral participaram da inspeção. As urnas serão retiradas das seções eleitorais

onde estão instaladas, substituídas por urnas reservas e levadas para a sede do Tribunal no centro do Rio.

Quinhentas cédulas para votação manual foram distribuídas a representantes de partidos, funcionários da Justiça que compõem a equipe de apoio do processo de votação paralela. Ainda hoje as cédulas serão preenchidas e depositadas em quatro urnas de lona que serão lacradas. Amanhã, a partir das 8h, as urnas serão abertas para que o voto manual seja digitado nas quatro urnas eletrônicas; cada urna eletrônica recebe o voto de uma urna de lona distinta. Às 17h, a votação é encerrada e, em seguida, será feita a apuração das urnas de lona e a totalização das urnas eletrônicas correspondentes. A totalização deve ser exatamente equivalente para mostrar que o programa das urnas eletrônicas retrata fielmente o voto manual depositado na urna de lona, todo o processo de votação paralela é filmado pela Polícia Federal. Hoje, à tarde, o TRE-RJ vai oficializar o sistema de totalização do computador central; os dados transmitidos pelas zonas eleitorais no domingo serão recebidos e totalizados no computador central. Em seguida, vão ser retransmitidos ao Tribunal Superior Eleitoral em Brasília, responsável pela divulgação dos resultados da votação no País.

Ou seja, há um sistema de fiscalização prévio, há um sistema de fiscalização concomitante à votação e há ainda na Lei 9.504, o sistema posterior de fiscalização; **ou seja, já existem hoje meios idôneos de fiscalização**.

Por outro lado, quem acompanhou a história do processo eleitoral brasileiro – e eu tive a felicidade de acompanhar de perto a evolução desse processo histórico – sabe que, ao longo desse processo, sempre houve apenas um partido político que tinha restrições à urna eletrônica. É de todos conhecido que o Partido Democrático Trabalhista (o engenheiro, o governador Leonel de Moura Brizola) sempre se opôs, por razões históricas – de toda a Nação conhecidas –, em virtude de uma eleição ocorrida no passado, no Estado do Rio de Janeiro. Sempre teve, o saudoso engenheiro Leonel de Moura Brizola, uma certa desconfiança em relação ao processo eletrônico, e um conhecido técnico do Partido Democrático Trabalhista sempre foi um grande opositor do sistema eletrônico de votação.

Mas isso é para registro. Quem acompanhou, quem militou na Justiça Eleitoral – e aqui eu dou um testemunho pessoal do meu passado como advogado, senhor presidente e nobres ministros – sabe muito bem da total confiança, da ampla ou quase unanimidade dos partidos políticos e dos políticos, no sistema da urna eletrônica, que foi um avanço histórico. Tanto é verdade que há legitimidade, segurança e confiança na Justiça Eleitoral que são poucos os partidos que vão ao Tribunal Superior Eleitoral nesse dia do lacre da urna, tamanha a confiança depositada no sistema e no Tribunal Superior Eleitoral. Mesmo podendo nomear fiscais, mesmo podendo indicar e ir à seção, muitas vezes essa seção é feita com um ou dois fiscais de partido, porque os partidos que estão ali disputando a mais alta magistratura do País, que é a Presidência da República, têm absoluta confiança no sistema da urna eletrônica e no Judiciário eleitoral brasileiro.

Foram alguns casos isolados na jurisprudência da Justiça Eleitoral – como algumas eleições ocorridas aqui no Distrito Federal e no Estado de Alagoas –,

que geraram no Congresso Nacional essa ideia de se reintroduzir na legislação eleitoral a necessidade do voto impresso.

De qualquer sorte, quem acompanhou a elaboração da Lei 12.034, sancionada em 29 de setembro de 2009, sabe muito bem que ela trata de diversos assuntos. Quem acompanhou a elaboração dessa lei sabe que esse assunto do voto impresso foi colocado na lei não por vontade da maioria, embora tenha tido a aprovação da maioria da Câmara e do Senado – tanto é que veio a ser encaminhado posteriormente o projeto de lei à sanção presidencial –, mas, sim, dentro de uma pactuação, como é normal acontecer no Congresso Nacional, entre os partidos. Para a aprovação de matérias que muitas vezes não alcançariam maioria de aprovação, algum partido cede a outra bancada exatamente para se ter um consenso maior à votação. Foi isso o que se deu.

Muito longe de ser um desejo – penso eu, dando aqui um testemunho histórico – da ampla maioria ou da maioria do Congresso Nacional em relação à reintrodução dessa necessidade do voto impresso, foi uma pactuação conjuntural, em razão da necessidade de se aprovar essa lei ainda dentro do prazo da anterioridade eleitoral, tanto é que ela foi sancionada em 29 de setembro de 2009. Se fosse necessária uma discussão maior, se fosse ocorrer, em razão daqueles que defendiam a introdução desse dispositivo na lei, algum tipo de destaque de votação em separado, algum tipo de pedido de adiamento de votação, de verificação de votação, muito provavelmente não lograria a maioria do Congresso Nacional em aprovar a Lei 12.034 dentro do prazo de um ano antes da realização das eleições de 2010. E aí houve, então, dentro do consenso normal do Parlamento, a necessidade de composição. Foi fruto dessa composição a introdução do art. 5º da Lei 12.034/2009.

Portanto, senhor presidente, feitas essa considerações, pedindo vênia pela demora desse voto – mas são registros que entendo importantes de serem feitos –, penso que não há proporção entre a finalidade de se garantir a fiscalização e os meios introduzidos pelo artigo impugnado pela Procuradoria-Geral da República.

Por esses fundamentos jurídicos, entendo que há plausibilidade jurídica no pedido da Procuradoria-Geral da República. O *periculum in mora* se torna natural na medida em que seriam necessárias despesas imediatas para a introdução do sistema de voto impresso, que, posteriormente, no mérito, poderia vir a ser inquinado de inconstitucional, definitivamente, por esta Corte. Então, nada mais razoável do que se deferir a liminar neste momento.

É como voto, senhor presidente.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, principio também elogiando o voto da ministra Cármen Lúcia, que esgotou o assunto, tanto do

ponto de vista constitucional quanto do ponto de vista administrativo, realçando o *periculum in mora*, que a Corte deve examinar ao julgar o pedido de cautelar.

Também louvo os votos dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que ressaltaram, por seu lado, assim como fez a ministra Cármen Lúcia, a questão da absoluta segurança e auditabilidade do sistema eleitoral brasileiro: um sistema que é, hoje, paradigma em todo o mundo e que no ano passado deu conta de uma eleição geral, levada a cabo num país de dimensões continentais, com cerca de 190 milhões de habitantes – segundo o último censo do IBGE – e envolvendo 136 milhões de eleitores, aproximadamente; pleito esse no qual concorreram cerca de 21 mil candidatos para presidente da República, governador de Estado, senador, deputado federal, deputado estadual e deputado distrital; pleito que envolveu não apenas o TSE, Tribunal Superior Eleitoral, como também 27 Tribunais Regionais Eleitorais, ou seja, de todos os Estados e de todas as unidades da Federação, mais ou menos 3 mil juízes eleitorais, cerca de 25 mil servidores próprios e requisitados, aproximadamente 2 milhões e 200 mil mesários. E o resultado dessa eleição foi proclamado, no que tange à Presidência da República, no prazo de uma hora e quatro minutos, um recorde histórico e, sem dúvida nenhuma, mundial; para os demais cargos, em menos de 24 horas.

Como já foi ressaltado pela eminente ministra Cármen Lúcia, o custo dessa eleição foi bastante modesto: nos dois turnos a Justiça Eleitoral gastou aproximadamente 490 milhões de reais, incluindo a renovação de equipamentos, a remuneração de seus servidores, inclusive com horas extras, pagamento das diárias dos mesários, todo o orçamento relativo ao emprego das Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica. Isso significou, aproximadamente, três reais e sessenta centavos por eleitor; um custo muito baixo para termos uma democracia deste nível.

Interessantemente, como ressaltou o eminente ministro Dias Toffoli, esse método avançadíssimo, introduzido no processo eleitoral a partir dos anos noventa, vem se aperfeiçoando a cada eleição. A cada eleição, os técnicos da Justiça Eleitoral vem aprimorando o sistema.

Como já foi dito, nós agora estamos identificando biometricamente os nossos eleitores, fazendo recadastramento nacional de nossos eleitores. A título um tanto quanto experimental, nas eleições de 2010, nós tínhamos cerca de um milhão e cem mil eleitores identificados biometricamente; agora, para as eleições de 2012, as eleições municipais, pretendemos identificar mais dez milhões de eleitores, fechando dois Estados – Sergipe e Alagoas –, algumas capitais, como Curitiba e Goiânia, cidades de médio porte, como Jundiaí, em São Paulo, e Caruarú, em Pernambuco.

A Justiça Eleitoral tem um planejamento de curto, médio e longo prazos. Segundo as nossas projeções, no ano de 2018, quando imaginamos que o Brasil terá cerca de 150 milhões de eleitores, todos estarão recadastrados biometricamente. Portanto, é um sistema que vem se aperfeiçoando, vem se renovando a cada eleição.

Uma outra novidade que estamos introduzindo é o acompanhamento das urnas que se movimentam por todo o País – temos cerca de meio milhão de urnas, como também já foi dito aqui – através do GPS. Nós saberemos, a cada instante, onde se encontram essas urnas eletrônicas, depositárias da vontade política do povo brasileiro.

Acoplar uma impressora eletromecânica às urnas eletrônicas equivaleria, a meu ver, dotar o avião a jato de uma bússola a vapor. É um retrocesso, do ponto de vista tecnológico, absolutamente incompreensível.

Há um dado interessante levantado pelo ministro Dias Toffoli: é absolutamente irrazoável fazermos com que a Justiça Eleitoral incorra nesses custos – eu diria até, por um certo capricho. Nós teríamos que gastar quase um bilhão de reais para adquirirmos essas impressoras eletromecânicas para comprarmos as bobinas – isso sem falar na manutenção periódica desse equipamento.

O *fumus boni juris*, portanto, está, a meu ver, muito bem evidenciado. Nós estamos na iminência de desencadear na Justiça Eleitoral as licitações correspondentes à aquisição desse material nessa importância vultosíssima. De outro lado, também foi muito bem acentuado por todos os ministros que me precederam o *fumus boni juris*, porque basta ler – não é nem preciso examinar o art. 5º da Lei 12.034/2009 integralmente. O § 2º diz o seguinte:

> Art. 5º (...)
> (...)
> § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

O que significa isso? Significa exatamente a possibilidade teórica de se identificar o voto do eleitor, que colide, a meu ver, frontalmente, com o verdadeiro princípio constitucional, que é o princípio do sigilo do voto.

Por essas razões, acompanho integralmente o voto da relatora para deferir a cautelar.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também cumprimento efusivamente a relatora, ministra Cármen Lúcia, pela excelência do seu voto.

Há muitos anos, lendo um pensador de cujo nome já esqueci, encontrei esta frase: Passei a vida inteira procurando certas respostas; finalmente, quando as encontrei, mudaram as perguntas. Ou seja, o Brasil passou uma vida inteira procurando respostas eletrônicas, seguras, biométricas para o seu processo eleitoral. Finalmente, quando encontrou essas respostas, vem uma lei e muda, a meu sentir – com todo o respeito, para pior – o sistema de votação: a introdução de um sistema de acompanhamento impresso do voto, misturando, tecnicamente com desvantagens, um sistema eletromagnético e um sistema eletrônico; o

sistema eletromagnético a operar por uma tecnologia muito mais rudimentar o que, testado em 2002, resultou num emperramento, num travamento ou, numa linguagem da própria informática, num atolamento das impressoras, retardando o processo eleitoral no tempo, a votação do eleitor, aumentando as filas, assim como elevando os custos do processo igualmente eleitoral.

É como diria Milan Kundera: Parece que as coletividades, repetindo certas reações psíquicas paradoxais do indivíduo, se sentem mal quando estão bem e se sentem bem quando estão mal. É a insustentável leveza do ser de que falava Milan Kundera. O que pesa sobre os nossos ombros não é a leveza da vida. Aliás, é o contrário, o que pesa é a leveza, porque nós nos habituamos tanto aos percalços, às dificuldades, aos sacrifícios que, de repente, quando tudo na nossa vida vai bem, nós passamos a nos sentir mal. É a insustentável leveza do ser de que magnificamente tratou Milan Kundera no conhecido romance que leva esse mesmo nome.

Quando da tramitação do projeto de lei que resultou na lei agora impugnada, eu fiquei preocupado – porque eu estava na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral – com esse retrocesso que se anunciava e nomeei uma comissão, Portaria 192, um comitê multidisciplinar com a seguinte destinação: analisar as sugestões apresentadas no relatório da Subcomissão Especial do Voto Eletrônico da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. E esse comitê se reuniu e apresentou um relatório contundentemente contrário às inovações que se pretendia introduzir no processo eleitoral com o sistema de voto impresso, paralelo ao da urna eletrônica, para conferir a autenticidade do voto do eleitor.

A comissão foi de alto nível, era integrada pelos professores Montes Filho, PHD pela Universidade de Oxford, Inglaterra; Amândio Ferreira Balcão Filho, mestre em Computação Aplicada pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE); Mamede Lima Marques, doutor em Ciência da Computação pela Universidade de Toulouse III e pós-doutor em Lógica Aplicada à Computação pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp); Ricardo Dahab, doutor em Combinatória e Otimização pela Universidade de Waterloo, Canadá, todos sob a presidência do conhecido Giuseppe Dutra Janino, *expert* em informática, tantos anos atuando como secretário de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral.

Senhor presidente, as considerações técnicas, o relatório desse comitê multidisciplinar, coincidem inteiramente com o voto da ministra Cármen Lúcia. Por aqui, se me permitem, com todo o respeito, ainda uma vez, uma figuração coloquial: parece que a lei une o inútil ao desagradável, porque não melhora o sistema de segurança e complexifica sobremodo, com elevação de custos, inclusive, o processo eleitoral. O relatório é bem detalhado: fala desse emperramento ou travamento da impressão por um sistema tecnológico bem mais rudimentar, que é o eletromecânico, quando comparado com o sistema tecnológico da urna eletrônica propriamente dita; traz dificuldades para o voto em trânsito; atrasa, compromete a isonomia típica da universalização do voto; coloca os custos

do processo eleitoral na estratosfera – como disse a ministra Cármen Lúcia: qualquer coisa que beira um bilhão de reais. Em suma, o comitê ainda disse que as salvaguardas atuais resolvem o problema da segurança, porque nós dispomos de votação paralela, auditoria de votação paralela, publicação de boletins de urna na internet, lacração das urnas pós-eleições. Como disse o ministro Dias Toffoli, o *software é* devidamente programado e testado, lacrado sob as vistas de representantes da sociedade civil, da OAB, do Ministério Público, dos partidos políticos. Assim, esse relatório da comissão multidisciplinar é reproduzido, com outras palavras, pela ministra Cármen Lúcia no seu doutíssimo voto.

Do ponto de vista puramente jurídico, senhor presidente, também a ministra Cármen Lúcia está forrada de fundamentos sólidos, de razões convincentes, porque, de fato, um dos defeitos – talvez o mais grave, do ponto de vista jurídico – do novo sistema é fragilizar ou colocar em risco o sigilo do voto. O comitê interdisciplinar já disse isso, e recentemente a própria Secretaria de Informática do Tribunal Superior Eleitoral teceu considerações sobre o voto impresso já depois de aprovada a lei. E chega à mesma conclusão de que o sigilo do voto, fragilizado, passa a correr sérios riscos com a implantação do novo sistema, sobretudo pelo § 2º do art. 5º, há pouco lido pelo ministro Ricardo Lewandowski:

> § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

Ora, o sufrágio universal, o voto direto e secreto, esses institutos já estão grafados pela cabeça do art. 14 da Constituição como expressão da soberania popular.

Diz a Constituição:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> I – plebiscito;
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Vale dizer, no caso, o sigilo do voto é elemento conceitual do voto como expressão da soberania popular. Não se pode seccionar as coisas – o voto, de um lado, e o sigilo, de outro – como se fossem institutos autônomos ou apartados. Só existe voto popular, voto como expressão da soberania popular, se ele for sigiloso, que é repetido pelo § 4º do art. 60 da Constituição, inciso II:

> II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

Como cláusula pétrea. E a Constituição diz que:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> (...)
> II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

É evidente que tendente, aí, é uma proibição que a Constituição impõe para que não se quebrante, não se dessubstancialize a carga protetiva do voto mediante uma emenda, uma proposta de emenda que tenha essa propensão, essa tendência, essa inclinação, essa potencialidade para agredir a integridade da cláusula pétrea. Vale dizer, não se pode quebrantar a força de uma cláusula pétrea nem diretamente, pela abolição pura e simples – abolição da cláusula pétrea –, nem indireta, oblíqua ou sorrateiramente. Numa linguagem metafórica, não se pode roer pelas bordas a substância de uma cláusula pétrea.

Finalmente, ministra Cármen Lúcia, eu também aplaudo a tese que Vossa Excelência defende de que a Constituição, no art. 60, § 4º, II, proíbe o retrocesso. E, com felicidade, constato que já defendi essa mesma tese quando da redação do meu livro *Teoria da Constituição*, ao dizer o seguinte:

> É necessário ter cuidado com as palavras. Se é próprio do poder constituinte democrático produzir constituições avançadas (pode-se dizer o contrário?), como rotular de ideologicamente conservadora a função das cláusulas pétreas de tais diplomas? [Por que há quem defenda a tese de que as cláusulas pétreas, com o tempo, terminam por cumprir uma função de engessamento do direito e, portanto, um papel conservador. E eu me antecipei na resposta] Tais cláusulas [as pétreas] operam, em verdade, como garantia do avanço então obtido. Como penhor de não retrocesso das conquistas jurídicas a que democraticamente se chegou (...)

Não podia ser diferente porque as cláusulas pétreas, em última análise, revelam e garantem a identidade da Constituição. Elas são os mais expressivos traços fisionômicos da Constituição. Então, elas – repito – revelam e garantem a identidade da Constituição. E, ao erigi-las assim a cláusulas intangíveis ou imodificáveis, ou irreformáveis, a Constituição revela uma estima ou apreço por si mesma, dizendo que se trata de uma Constituição pra valer, de sorte a incutir na população o que Conrad Hesse, no livro *A força normativa da Constituição*, tão bem-prefaciado pelo ministro Gilmar Mendes, chamou de sentimento de Constituição. É preciso que o povo tenha um sentimento de Constituição; tenha apreço, estimo, admiração pela sua Constituição; seja reverente a ela e até grato a essa Constituição, que realmente faz no Brasil a mais avançada democracia coincidir com o mais entranhado humanismo.

De sorte que também referendo a cautelar concedida por Vossa Excelência.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não deferi. Estou votando pelo deferimento a quê?

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência não chegou a antecipar monocraticamente a concessão da cautelar.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Não.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência está trazendo para...

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Estou trazendo para o próprio Plenário.

O sr. ministro Ayres Britto: Então, não se trata de referendo, mas de concessão.

Concedo a cautelar nos termos do doutíssimo voto de Vossa Excelência.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, ouvi com toda a atenção os votos proferidos, a partir do magnífico voto da ministra Cármen Lúcia, mas gostaria de fazer algumas considerações.

Esse tema, como disseram aqui os ministros Toffoli, Britto, Lewandowski e a ministra Cármen, já ocupa há muito a agenda político-judicial do Tribunal Superior Eleitoral, em razão de que qualquer mudança na legislação envolve uma reconcepção do próprio modelo, que foi tão duramente desenvolvido e que é uma obra daquela Corte Eleitoral; todo o trabalho foi desenvolvido a partir dos esforços de informatização feitos na presidência do ministro Néri da Silveira.

Presidente, se houvesse mais tempo, até permitir-me-ia pedir vista para trazer um voto mais elaborado, não por conta da questão, mas em razão das implicações que o tema suscita na relação institucional entre Judiciário e Legislativo. Certamente, hoje avançamos – e avançamos significativamente – no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, especialmente no controle de constitucionalidade das chamadas leis restritivas de direito, graças, inclusive, à possibilidade de aplicação do chamado princípio da proporcionalidade – razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso –, desenvolvido a partir dos referenciais do *Common Law*, do sistema americano, e do *Due Process of Law* substantivo.

Esse princípio encontrou desenvolvimento bastante acentuado na Alemanha; do direito administrativo transmigrou para o direito constitucional e, de elemento importante de controle de legitimidade dos atos administrativos convolou-se também num instrumento importante, até – vamos dizer assim – numa métrica, para aferição de legitimidade das leis restritivas de direito nas perspectivas de adequação, de necessidade e da chamada proporcionalidade em sentido estrito.

Afora os critérios que a Constituição estabelece, certamente há espaço de eleição do legislador. Ele pode conceber leis menos técnicas ou mais técnicas, talvez movido por concepções as mais diversas. Ainda agora na Alemanha, eu ouvia um interessante *Referat* sobre essa temática, chamada racionalidade no âmbito legislativo. O que vem a ser isso? Há razões inclusive de índole política, e é nesse ponto que gostaria de me apegar para não subscrever o fundamento trazido pela eminente relatora quanto ao chamado princípio do não retrocesso. Realmente temo que, com isso, nós passemos a ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis que nós consideramos boas. Daqui a pouco, todas as leis que nós considerarmos boas passarão a integrar, de

alguma forma, o conceito constitucional e, no futuro, elas serão então, também, irrevogáveis por esse princípio.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência permite, eu entendi que o princípio do não retrocesso é especificamente utilizado para não precarizar a característica, o verdadeiro elemento do voto que a Constituição chama de sigilo, de segredo. Então, qualquer lei ou mesmo emenda que precarize, que fragilize...

O sr. ministro Gilmar Mendes: Mas, para isso, basta então o argumento do texto constitucional do voto direto, secreto e universal e da possibilidade de que haja o vazamento, de que haja a publicidade indevida. Isso encontra respaldo no próprio texto constitucional, tanto no art. 14 quanto no art. 60, § 4º.

O sr. ministro Ayres Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é uma questão realmente muito delicada, tendo em vista todo o contexto institucional. Nem daria palavra sobre isso porque me parece que outros fundamentos são suficientes.

A relatora, por exemplo, demonstrou que as cautelas que inspiram o legislador, de alguma forma, já estão satisfeitas no modelo atual – com o sorteio, com a verificação, com a escolha – e que o sistema atual já permite, portanto, se fazer essa verificação. Normas de organização e procedimento existem hoje, no sistema atual, para assegurar aquilo que o legislador, agora novel, pretende igualmente assegurar, só que abrem ensanchas, abrem riscos para a revelação do voto e todo o ônus. O ônus eventual, o ônus financeiro não me parece um argumento decisivo, porque isso pode estar na opção do legislador para efeitos do argumento de inconstitucionalidade, estou a dizer.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, *data venia* nós usamos esse argumento apenas para o *periculum in mora*.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu sei. Só estou dizendo porque ao legislador é dado, daqui a pouco, criar mecanismos diversos de controle, por razões políticas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Ministro, Vossa Excelência me permite? Eu fiz questão de, no item final, dizer que, à parte a questão jurídica da constitucionalidade, eu trazia para o conhecimento esses dados. E foi exatamente na questão do segredo do voto que eu me baseei. Só pra deixar claro. Tenho certeza de que Vossa Excelência terá entendido.

O sr. ministro Ayres Britto: Não foi fundamento da decisão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Apenas para deixar claro sobre esses dados, que eram dados concretos do Tribunal Superior Eleitoral. Não foi com base no preço do novo voto, absolutamente. Eu agradeço.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Só estou querendo deixar claro que, nas possíveis escolhas – não é nem esta a hipótese – de meios a serem feitos pelo legislador, nós podemos ter opções, do ponto de vista financeiro, mais onerosas, tendo em vista determinados cuidados. Amanhã vamos estar a discutir não a

questão do voto, mas algum sistema de controle das pensões e aposentadorias do INSS, ou um sistema de monitoramento das rodovias federais, ou qualquer outra questão que tenha uma demanda técnica bastante acurada. Por isso, há um espaço de escolha do legislador que não roça com a temática do parâmetro de controle, ainda que se diga: "Fez-se uma opção eventualmente mais onerosa". Como haverá também casos em que o legislador, talvez pensando em fazer o bem, como diz o Evangelho, acaba fazendo o mal, do ponto de vista constitucional.

Eu me lembro, por exemplo, de que, ao discutir um tema – é muito sensível hoje essa chamada "Teoria da Legislação" – sobre proteção de animais e do meio ambiente, um determinado parlamentar da Alemanha entendeu que deveria introduzir uma norma que proibisse o transporte, a oferta, a venda de animais pelo sistema de correios; entendeu que assim estaria a atender a toda essa demanda hoje muito simpática de proteção dos animais. Claro que uma norma assim colocada logo é vista como uma norma que deve ser aprovada. Quem é que vai se levantar contra um bom propósito? Essa boa alma quer proteger os animais. Bem, e essa lei é aprovada, essa norma é aprovada. Aí, aparecem os criatórios e as pequenas chácaras que começam a dizer: "Nós sobrevivemos, complementamos a nossa renda graças à criação desses pequenos animais, que são colocados nos correios e levados para outros locais; há uma encomenda. Em geral, isso flui naturalmente e não há maus-tratos, sacrifício ou tortura desses animais."

Veja, uma questão que aparentemente era neutra agora ganha uma conotação constitucional. E eles dizem: "Mas, se não houver a superação dessa lei, essas atividades nossas, a liberdade profissional ficará afetada porque, claro, não dispomos de condições para transportar os animais se não nos valermos da estrutura dos correios."

E a Corte faz esse levantamento (essa investigação para saber se havia, de fato, essa mortandade de animais nas estruturas dos correios) e verifica que não; em geral, quem encomendava um animal – normalmente um gato, um cachorro, um coelho – ficava até angustiado, pressuroso em recebê-lo logo. Em geral, isso fluía com grande naturalidade. A lei, portanto, estabelecia uma restrição que impunha um ônus desmesurado a essa contraparte, o criador de animais, sem que trouxesse realmente benefício. E a Corte, depois de fazer toda essa verificação – e é um caso interessante, porque talvez seja uma das primeiras vezes que a Corte faz essa chamada "investigação dos chamados fatos legislativos" –, evidencia que é necessário, mesmo no controle de constitucionalidade, examinar os fatos subjacentes ao programa normativo (aquilo que Müller, depois, trabalha, o chamado "programa normativo e âmbito normativo"). Então, faz-se esse exame e se diz: "Bom, veja que não fazia sentido essa norma nesse contexto". Aparentemente neutra, é óbvio, ela entrou na esfera da liberdade de proteção de maneira invasiva.

É importante que se faça essa análise. Eu sempre gosto, quando analiso a questão da teoria da legislação, de citar Jahrreiss – um autor que até já transcrevi em um trabalho feito há algum tempo sobre teoria da legislação –, que diz que

legislar é um pouco fazer experiência com o destino humano, não se sabe bem qual será o resultado.

O sr. ministro Ayres Britto: Não pode ser diferente.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não pode ser diferente. E o nosso não menos eminente Victor Nunes, numa passagem também belíssima de um texto sobre técnica legislativa – *Estudos de direito público* – diz uma frase que, de alguma forma, traduz esse mesmo pensamento:

> Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.

De fato.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência permite, Hans Kelsen mesmo lembrava que o legislador, como aplicador primário da Constituição, tem muito mais liberdade para interpretar a Constituição do que tem um juiz para interpretar a lei. Hans Kelsen dizia isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, porque dentro de determinados contextos, ele pode fazer eleições, construir modelos. E isto que é bonito e positivo, por exemplo, na democracia pluripartidária, no modelo plural: não só a casa do pai tem muitas moradas, como também o caminho para a casa do pai é diversificado. Quer dizer, é possível fazer eleições, e quem as faz é o legislador, nesse sentido.

Nós vimos aqui uma discussão, por exemplo, que o Tribunal travou – creio que foi da relatoria do ministro Cezar Peluso – a propósito do direito à moradia e das exigências que se fazem em relação às restrições quanto à garantia, no caso da incidência sobre o imóvel. E se disse: "Não, mas esse modelo é compatível com a ordem constitucional."

Então, é preciso estar atento a esse aspecto do princípio do não retrocesso, especialmente em relação a modelos legislativos. É verdade que essa ideia foi de algum tempo muito divulgada entre nós, especialmente no âmbito dos direitos sociais. Quem acompanha, por exemplo, a crise europeia atual, e também os seus antecedentes, sabe que esse mesmo princípio, hoje, vem sendo substancialmente revisto, até mesmo quando insculpido no texto constitucional.

Portugal pagou um preço altíssimo, por exemplo, para adentrar a Comunidade Europeia, quando fez a própria revisão de cláusulas pétreas, naquela linha da chamada "dupla revisão". E se mais direitos houvesse, mais haveria direitos revogados nesse contexto. E nós mesmos temos feito, a partir de garantias institucionais, atualizações significativas.

De modo que, parece-me, já no âmbito dos direitos sociais, essa garantia não tem caráter absoluto. É um auxílio hermenêutico, é uma recomendação para que não haja impacto, que também nós obtemos na linha da segurança jurídica.

Agora, diante de modelos legislativos cristalizados, presidente, não me parece que seja de invocar, com todas as vênias à eminente relatora em relação ao seu cuidadoso voto, o princípio do não retrocesso, sob pena de nós criarmos um novo parâmetro de controle, ao lado dos parâmetros constitucionais efetivamente positivados, que é este modelo jurídico exitoso ou simpático. Esse não pode ser o critério. Haverá leis boas, leis más, leis feias!

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, somente um pequeno aparte nessa digressão tão profunda de Vossa Excelência.

O princípio da vedação do retrocesso foi encartado apenas, digamos assim, como reforço de argumento à luz dos princípios materiais de interpretação da Constituição. Na verdade, o que a ministra Cármen Lúcia assentou com todas as letras foi a inconstitucionalidade da lei, porquanto viola o direito ao sigilo do voto. Isso foi decisivo!

O sr. ministro Ayres Britto: É, foi nessa perspectiva.

O sr. ministro Luiz Fux: Nós julgamos à luz do direito positivo! Agora, se a lei é boa ou a lei é ruim, entendo que também não se veda ao intérprete da Constituição, ao aplicador da Constituição, uma palavra de conforto sobre o que o ministro Carlos Ayres, referindo-se a Konrad Hesse, aludiu quanto ao sentimento constitucional. O sentimento pode ir até a essa admiração, a essa alusão a que a lei seja boa ou tenha dado certo durante todo esse tempo, mas, na essência, o que se discutiu aqui foi a inconstitucionalidade da lei, porque em um dos seus mecanismos de conferência da máquina, quando há um entrave mecânico, há a violação do sigilo do voto.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. É para esse ponto que quero chamar a atenção porque depois – sabemos bem – isso sai nas nossas ementas e, no dia seguinte, alguém estará citando isso como um critério definitivo, inclusive, de interpretação. Por isso é que quero deixar claro.

E também, vejam, isso é um ponto importante na relação que nós mantemos com o próprio Legislativo. Na medida em que esses modelos que consideramos positivos passam a ser insuscetíveis, eventualmente, de revisão, estamos diminuindo a chamada discricionariedade legislativa, porque, de alguma forma, pelo menos pela feição hermenêutica, como eu disse, isso passa a integrar o parâmetro de controle. Desse modo, entendo que o fundamento é exclusivamente constitucional quanto ao sigilo do voto e aos riscos aqui existentes.

Eu só não gostaria, presidente, de me furtar; não tive tempo de fazer maiores aprofundamentos, como todos viram. Mas veja, Vossa Excelência, por exemplo, que, numa decisão do Segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht*, prolatada em 3 de março de 2009, a Corte decidiu – com base no fundamento do princípio da publicidade do voto, expresso no texto do art. 38 da Constituição alemã – que seria constitucional a exigência de um acompanhamento do processo eletrônico por algum mecanismo de auditagem ou de verificação do chamado voto também impresso.

É claro que aqui vimos que o sistema já permite essa verificação de forma ampla.

O sr. ministro Ayres Britto: Amplamente, amplamente!

A sra. ministra Cármen Lúcia (relatora): Já é feito.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Por todos os partidos há auditagem; já há a própria demonstração. E o que se diz é que a lei, tal como ela foi concebida, envolve sérios riscos para o sigilo, para que se mantenha a ideia do voto secreto.

Com essas considerações, portanto, fazendo essa ressalva expressa em relação ao fundamento quanto ao princípio do não retrocesso, acompanho a conclusão da eminente relatora.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Acompanho a relatora no voto proferido, presidente.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Parte da doutrina posiciona-se ferozmente contra a tese da dupla revisão. Mas com as discussões, as tratativas sobre a entrada de Portugal na União Europeia, essa melhor doutrina recuou e passou a admitir a tese da dupla revisão.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: (Cancelado)

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também acompanho a eminente relatora e nada tenho a acrescentar aos votos já proferidos.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.543-MC/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerentes: Procurador-geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional (Advogado: Advogado-geral da União). *Amicus curiae*: Partido Democrático Trabalhista (Advogados: Maria Aparecida Silva da Rocha Cortiz e outros).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime e nos termos do voto da relatora, deferiu o pedido de medida cautelar. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo

Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República, e, pela Advocacia-Geral da União, o ministro Luís Inácio Lucena Adams, advogado-geral da União.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 19 de outubro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

———

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 — PA

Relator: O sr. ministro Joaquim Barbosa

Relator para o acórdão: O sr. ministro Dias Toffoli

Embargante: Jader Fontenele Barbalho — Embargado: Ministério Público Eleitoral — Interessados: Francisco Wilson Ribeiro e Fernando de Castro Ribeiro

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Possibilidade de atribuição de efeitos modificativos ao recurso. Situação fática a recomendar a pronta resolução do litígio.

1. A matéria em discussão nestes autos, acerca da aplicação da chamada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) às eleições gerais de 2010, já teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 633.703/MG (relator o ministro Gilmar Mendes), em cujo julgamento de mérito, com fundamento no art. 16 da Constituição Federal, aplicou-se o princípio da anterioridade eleitoral, como garantia do devido processo legal eleitoral.

2. Esse entendimento, portanto, deve ser aplicado a todos os processos que cuidem da mesma matéria, inclusive a este caso, cujo julgamento ainda não está concluído, em razão da interposição dos presentes embargos de declaração. Vide precedentes assentados quando do julgamento do RE 483.994/RN, relatora a ministra Ellen Gracie, e RE 540.410/RS, relator o ministro Cezar Peluso.

3. A situação fática em discussão nos autos, referente ao preenchimento de uma cadeira no Senado Federal, tendo em vista já estar em curso o prazo do respectivo mandato eletivo, exige pronta e definitiva solução da controvérsia.

4. Empate na apreciação do recurso, pelo Plenário desta Corte, a ensejar a aplicação da norma do art. 13, IX, *b*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos de declaração acolhidos, por maioria, para, conferindo efeitos infringentes ao julgado, dar provimento ao recurso extraordinário e reformar, assim, o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de deferir o registro da candidatura do embargante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em encerrar o julgamento com a aplicação do art. 13, IX, *b*, do RISTF, acolhendo os embargos de declaração e atendendo, por conseguinte, ao requerimento ora apresentado.

Brasília, 14 de dezembro de 2011 — Dias Toffoli, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de embargos de declaração com efeitos modificativos contra acórdão no qual esta Corte negou provimento ao recurso extraordinário interposto por Jader Fontenelle Barbalho de acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O desprovimento do recurso extraordinário manteve a inelegibilidade do embargante declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral com fundamento na alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, introduzida pela LC 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Estes embargos estão divididos em dois capítulos.

No primeiro capítulo, apresentado como questão de ordem, o embargante requer a retratação do julgamento proferido pelo Pleno.

O argumento do embargante é que o julgamento proferido pelo Plenário no RE 633.703 – no qual esta Corte afirmou, por maioria, que a LC 135/2010 não se aplica às eleições de 2010 – autorizaria a retratação da decisão que negou provimento a este recurso extraordinário.

Nessa linha de raciocínio, o embargante invoca o § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil.

No segundo capítulo dos presentes embargos, o embargante aponta omissões que teriam ocorrido por ocasião do julgamento do acórdão embargado.

A primeira omissão teria ocorrido ao deixar esta Corte de apreciar as circunstâncias da renúncia ao mandato de senador, fato que deu origem à configuração da hipótese de inelegibilidade por renúncia a mandato parlamentar, conforme alínea *k* da LC 135/2010.

A segunda omissão apontada pelo embargante teria ocorrido ao se desconsiderar, por ocasião do julgamento embargado, a suposta violação do princípio da segurança jurídica, que teria ocorrido ao se conceder efeito novo a ato de renúncia cujos efeitos já teriam se extinguido à época da promulgação da LC 135/2010.

Por fim, a terceira omissão apontada refere-se à suposta ausência de pronunciamento por parte do Plenário acerca do princípio da irretroatividade.

Na impugnação de fls. 1183-1195, o procurador-geral da República refuta o cabimento do pedido de reconsideração formulado nos presentes embargos.

De acordo com a impugnação do procurador-geral da República, não é possível falar-se em retratação de recurso extraordinário já julgado, uma vez que o art. 543-B do Código de Processo Civil a prevê apenas para os recursos que tenham sido sobrestados.

Quanto ao segundo capítulo, o procurador-geral da República diz que não estão configuradas as omissões mencionadas pelo embargante.

Registro que estão pendentes de julgamento agravos regimentais interpostos, respectivamente, pelo embargante (fls. 1072-1084), contra a decisão em que indeferi pedido de reconsideração em decisão monocrática, e pelo diretório regional do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Marinor Jorge Brito (fls. 1087-1094), contra decisão em que indeferi seu ingresso no presente feito.

Por fim, registro, também, que por meio da petição 78.267/2011, recebida em 3-10-2011, Marinor Jorge Brito requereu intimação pessoal para contrarrazoar os embargos.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Conforme relatado, o primeiro capítulo destes embargos sustenta a possibilidade de que esta Corte, reunida em sessão plenária, exerça juízo de retratação do acórdão anteriormente proferido, de maneira a ajustá-lo à orientação adotada no julgamento do RE 633.703.

O embargante fundamenta esse pedido no § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, dispositivo que possui a seguinte redação:

> § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Entendo que o dispositivo mencionado não se aplica a este recurso, uma vez que o texto literal da norma restringe a possibilidade de retratação aos recursos não julgados.

Este recurso extraordinário, ao contrário do que sustenta o embargante, foi devidamente apreciado e julgado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

Assim, não me parece, com todo respeito, que o sistema da repercussão geral possua o alcance pretendido nestes embargos. A uniformidade de decisões e a isonomia entre recorrentes, valores tutelados pela reforma processual que criou o requisito da repercussão geral, não autorizam romper com o instituto da preclusão, por meio do qual se estabiliza o conteúdo do processo, buscando-se atingir outro valor igualmente relevante, a segurança jurídica.

Nessa linha de pensamento, sustentar a tese da retratação de decisão plenária conduziria à possibilidade teórica de alteração de todo e qualquer julgamento proferido pelo Pleno desta Corte, bastando à parte, para assegurá-la, valer-se de qualquer tipo de recurso capaz de manter ativo o processo judicial. Nesse cenário, a Corte se encontraria em permanente processo de revisão jurisprudencial, deixando-se aprisionar pelo posicionamento mais recente, em total descompasso com a sua função constitucional de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Ainda quanto a esse argumento, não estou convencido de que a circunstância de ter havido empate no julgamento que resultou no acórdão embargado teria como consequência necessária a revisão do que foi ali decidido. O empate no mérito foi resolvido pela própria Corte, que entendeu, por maioria, que aquela circunstância deveria levar ao desprovimento do recurso extraordinário. Não houve empate quanto à forma de resolver o impasse! Entender que essa circunstância deve ter como consequência a possibilidade de rejulgamento do recurso é admitir que todos os ministros presentes àquela sessão perderam tempo em uma sessão inútil. A não suspensão daquela sessão é prova de que a opinião da maioria do colegiado, naquela ocasião, se inclinou pelo desprovimento do recurso, devendo essa orientação ser respeitada, com todas as consequências reconhecidas a um acórdão proferido por este Supremo Tribunal Federal.

Quanto à segunda parte dos presentes embargos, verifico que não existem as supostas omissões apontadas pelo embargante.

Com efeito, todos os pontos mencionados pelo embargante foram devida e exaustivamente abordados naquele julgamento.

Passo ao cotejo entre as supostas omissões apontadas e os trechos específicos do meu voto quando do julgamento do recurso embargado.

Sobre as circunstâncias da renúncia ao mandato de senador pelo ora embargante, fato que deu origem à configuração da hipótese de inelegibilidade (primeira omissão alegada), assim me pronunciei (transcrição dos trechos a fls. 732-733 e 737-738):

> O caso concreto é de inelegibilidade por renúncia ao cargo de senador, ocorrida no ano de 2001.
>
> Consta na inicial que, "em 2001, quando se envolveu em conhecido embate político com o Senador Antônio Carlos Magalhães, o recorrente, que exercia a Presidência do Congresso Nacional, optou por renunciar àquele posto e também ao próprio cargo de Senador, por razões eminentemente políticas. Com efeito, em decorrência de representação formulada com base em notícias que constituem a matéria jornalística veiculada na revista *Veja*, edição n. 1.709, de 18 de julho de 2001, sob o título *As provas do crime do Banpará*, foi constituída Comissão Especial para apuração da preliminar, constituída pelos Senadores Jefferson Peres, Romeu Tuma e João Alberto. (...) É importante repetir que a conclusão de que o então Presidente do Senado Federal, Senador Jader Barbalho, por faltar com a verdade incorreu em prática atentatória à ética e ao decoro parlamentar não foi resultado da manifestação do Conselho de Ética do Senado e sim de uma Comissão de três senadores Romeu Tuma, Jefferson Perez e João Alberto sendo que o Senador João Alberto divergiu

do entendimento manifestado pelos demais membros da referida comissão. (...) Uma vez que faltava aos acusadores o conteúdo que, juridicamente, justificasse o processo disciplinar, mas consciente da inexorabilidade do desfecho do processo político, quando o direito é substituído pelo espírito de vindita, o senador Jader Barbalho, em 5-10-2001, encaminhou à Mesa do Senado Federal sua renúncia ao mandato de Senador da República".

(...)

Creio, portanto, que, no que concerne à renúncia, a Constituição Federal já contém preceito implícito que veda a burla ao enfrentamento de processo que vise ou possa levar à perda do mandato. Isto é, a Constituição repudia os artifícios utilizados para impedir que sejam devidamente apurados os atos contrários aos seus preceitos.

Ademais, no presente caso, como não se relata qualquer antagonismo entre o candidato e o partido político ao qual se encontrava vinculado, ou seja, a renúncia, no caso, é decorrente de juízo personalíssimo, não cabe ao Judiciário avaliar as razões pessoais que levaram o recorrente a renunciar.

Assim, respondo com muita tranquilidade a esse ataque preventivo do recorrente ao § 9º. Não tenho dúvidas de que a alínea *k*, ao prever que a renúncia ao mandato constitui hipótese de inelegibilidade, dá concretude à opção constitucional pela avaliação da vida pregressa do candidato. A renúncia, neste caso, é ato que desabona o candidato, que demonstra que a sua preocupação com o eleitorado é nula e que sua maior preocupação é com a própria carreira política e com possíveis mandatos futuros. A renúncia prevista na alínea *k* é ato de quem não se preocupa com a sua biografia, e que leva em consideração apenas a chance, agora obstada, de conseguir mais uma vez ser eleito para poder fazer uso das inúmeras prerrogativas e benefícios que a condição de parlamentar propicia. (Advirto que essas afirmações, que podem parecer duras, fazem parte do entendimento da Corte, como pode ser constatado da leitura a respeito dos efeitos da renúncia do ex-presidente da República Fernando Collor, no processo de *impeachment*, apreciados por ocasião do MS 21.689, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 7-4-1995).

Assim, como ato reprovável que é, a renúncia tática para fugir ao esclarecimento público do comportamento parlamentar merece ser incluída entre os atos que maculam a vida pregressa do candidato. É princípio republicano que todos, sem exceção, devemos arcar com a responsabilidade de nossos atos, inclusive os que advêm desse tipo absolutamente reprovável de renúncia.

Sobre a suposta violação do princípio da segurança jurídica (segunda omissão alegada), manifestei-me no seguinte sentido (fls. 733-734):

Segundo o recorrente, os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade estariam sendo violados porque se estaria dando efeitos retroativos à lei, que passaria a atingir ato realizado há muito tempo.

Ocorre que a Lei da Ficha Limpa não atinge qualquer dos efeitos da renúncia. Esta se encontra perfeita e acabada. Tanto é assim que dela não surgiu qualquer óbice a que o ex-senador concorresse a dois pleitos eleitorais nos quais foi eleito, tendo exercido dois mandados de deputado federal. Isto porque as virtudes moralizantes da norma inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição ainda não haviam sido exploradas até as últimas consequências pelo legislador.

A lei complementar ora em discussão não retroagiu, apenas deu efeitos futuros a certos atos praticados no passado, com o claro objetivo de ajustar a realidade

da representação política nacional às exigências de probidade, moralidade administrativa e não abuso no exercício da função pública, exigências essas que traduzem magnos princípios diretores da nossa organização política, com os quais os atos praticados pelo ora recorrente se mantinham em manifesta posição de confronto. Teria havido retroação se estivéssemos diante, por exemplo, de uma lei que considerasse nulos os mandatos eletivos que o recorrente exerceu desde a renúncia, e que considerasse a renúncia como fato gerador da nulidade. No caso, a lei veio disciplinar atos que seriam praticados após a sua entrada em vigor, isto é, os registros de candidatura; legitimou-os com a condição de que se mantivessem em harmonia com os preceitos do § 9º do art. 14 da Constituição, que não configurassem nenhuma das hipóteses que ela elegeu como aptas a ensejar a inelegibilidade.

Vale dizer, a LC 135/2010, no ponto específico ora em discussão, limita-se a valorar negativamente um histórico de renúncia a mandatos eletivos. No campo do direito público este tipo de lei é muito comum (com exceção do direito penal, com o qual, aliás, não há que se falar em analogia, conforme farei questão de ressaltar adiante).

Reafirmo, portanto, que a lei não tem efeitos retroativos, tanto é que os dois mandatos exercidos pelo recorrente como deputado federal encontram-se hígidos e não foram questionados pelo Ministério Público. A lei tem efeitos para o futuro e elege, como condição para estes efeitos, a existência de um ato desabonador no passado. Em resumo, considerando que toda a lei que estabelece condições para o exercício de um cargo encontra uma realidade pré-configurada e, diante dessa realidade, produz os efeitos que o legislador pretendia produzir, não há nada de especial na Lei da Ficha Limpa para que se possa considerá-la ofensiva ao princípio da segurança jurídica ou ao princípio da irretroatividade.

Sobre o princípio da irretroatividade, especificamente sobre a aplicação desse princípio ao direito eleitoral (terceira omissão alegada), constou do meu voto, além das passagens já mencionadas, o trecho que passo a ler (fl. 739):

Por não serem penas, às hipóteses de inelegibilidade não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da presunção de inocência. A configuração de uma hipótese de inelegibilidade não é o resultado de um processo judicial no qual o Estado, titular da persecução penal, procura imputar ao candidato a prática de um ato ilícito no passado. A hipótese de inelegibilidade parte de um ato ou fato público, notório, de todos conhecido. O reconhecimento de uma inelegibilidade é um ato que se configura desde logo, com a mera previsão legislativa. Não exige, para que se possa considerá-lo constitucional, o respeito aos princípios usualmente associados à persecução penal.

Em resumo: a alegação de violação ao princípio da presunção da inocência contraria toda a linha jurisprudencial que nega à inelegibilidade o caráter de sanção penal, além de desconsiderar, quanto aos limites da retroatividade da lei, a profunda diferença entre normas de caráter civil e administrativo e aquelas de caráter penal.

Assim, senhor presidente, feito esse cotejo entre o voto que proferi no julgamento do recurso extraordinário e as alegações de omissões constantes dos presentes embargos, reafirmo que a leitura da íntegra de meu voto e de todos os ministros que participaram daquela sessão afasta a tese da existência de quaisquer das omissões apontadas pelo embargante.

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos de declaração.

Estão prejudicados os agravos regimentais.

É o voto.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

Presidente, verifico que o ministro Joaquim Barbosa trouxe dados de caráter prático e de caráter técnico também. Sob o ângulo prático, Sua Excelência deixou claro que houve uma opção do Tribunal por uma solução do caso por meio de um dispositivo regimental, de sorte que houve a conclusão do julgamento. Então, o julgamento não deixou nenhuma margem a que se alegasse omissão. Por outro lado, tecnicamente, se, *ad eventum*, esse acórdão esbarra numa novel interpretação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, exatamente para essas hipóteses é que se afasta a Súmula 343, a fim de se admitir uma rescisão do julgado pelo próprio tribunal, com pedido de tutela antecipada. Quer dizer, tecnicamente, o que o ministro Joaquim Barbosa aqui acentua representa realmente uma tentativa de rejulgamento com efeito infringente, por meio da utilização desses embargos de declaração.

Ainda que assim não bastasse, a técnica – aliás, até por dever de fidelidade, o eminente advogado da parte assim a reconhece na sua brilhante petição – da retratação tem como destinatário os tribunais de origem, não o Supremo Tribunal Federal. De sorte que, ainda que nós pretendêssemos aplicar em grau de embargos de declaração – o que pressupõe vícios que o acórdão não tem – essa decisão, nós estaríamos assim procedendo com uma manifesta afronta ao dispositivo legal.

Eu confesso que não vejo como, tecnicamente, ultrapassar esses obstáculos erigidos no percuciente voto do ministro Joaquim Barbosa, razão pela qual eu acompanho Sua Excelência.

DEBATE

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu lembro que há decisões da relatoria da ministra Ellen Gracie na Segunda Turma nas quais se decidiu – em embargos de declaração – por anular o acórdão antes proferido e determinar a baixa dos autos na forma do 543-B, do CPC; portanto em casos que já se encontravam com decisão de Turma e que, tendo sido reconhecida a repercussão geral sobre a matéria neles versada, baixaram ao juízo *a quo*, para que este ao fim e ao cabo aplicasse o precedente do STF.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu tenho um caso do Plenário também: RE 483.994, da relatoria da ministra Ellen Gracie, em que o debate foi exatamente este:

Questão de ordem, agravo regimental em recurso extraordinário interposto anteriormente a 20-8-2008, data em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou a questão de ordem no RE 540.410, repercussão geral reconhecida. Reconsideração da decisão agravada e devolução dos autos nos termos do art. 328 do Regimento Interno ao Tribunal de origem, bem como a observância, no tocante ao recurso extraordinário, das disposições contidas no art. 543, *b*, do Código de Processo Civil, prejudicado o agravo regimental.

O Plenário do Supremo, ao apreciar o agravo de instrumento tal, por mim relatado, firmou o entendimento posteriormente confirmado no julgamento do recurso extraordinário, do ministro Cezar Peluso, no sentido de que também se aplica o disposto no art. 543, *b*, do Código de Processo Civil aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados antes de 3-5-2007, e que veicule um tema em relação ao qual já foi reconhecida a existência de repercussão geral.

No presente caso, discussão quanto ao cabimento de indenização de servidores públicos, em razão de emissão legislativa relativa ao reajuste anual de vencimentos, conforme preceituado no art. 37, X, da Constituição, esta Corte reconheceu a repercussão geral da matéria, relator o ministro Marco Aurélio, existência de manifestação, no Plenário desta Corte, no sentido de devolver aos tribunais de origem todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria para os fins previstos no art. 543, *b*. Questão de ordem resolvida da seguinte forma: reconsideração da decisão agravada e devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, bem como a observância, no tocante ao apelo extremo, das disposições do 543, *b*, prejudicado o agravo regimental. Extensão dessa solução aos demais recursos, agravos regimentais e embargos de declaração.

Isso no Pleno. Nas Turmas há vários outros também no sentido da revisão.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Presidente, eu gostaria de ressaltar que nesses casos há uma diferença grande: aqui nós estamos diante de uma decisão solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que se debruçou sobre este recurso extraordinário – se não me engano – durante oito horas e que, ao longo dessas oito horas, encontrou uma solução para um impasse difícil de solucionar. Esses precedentes que estão sendo contrapostos, no entanto, cuidam de situações em que há decisões individuais dos ministros; há retratação de decisões individuais dos ministros, não retratação de uma decisão – mais uma vez, digo – solene do Plenário do Supremo.

É disso que se trata.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, em 2010 esta Corte se defrontou inicialmente com o RE 630.147, da relatoria do ministro Ayres Britto, o conhecido "Caso Roriz", cujo recurso acabou sendo julgado prejudicado, em razão da renúncia à candidatura por parte do recorrente. E, ao apreciar o recurso extraordinário e a aplicabilidade da LC 135 às eleições de 2010, houve um

empate na Corte, houve um impasse, e sobreveio a renúncia do candidato antes da retomada do julgamento.

Posteriormente, veio a este Plenário exatamente este recurso extraordinário do atual embargante, recurso extraordinário que estamos a julgar, de número 631.102, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, **no qual também se chegou a um empate**. Subsequentemente, em razão das deliberações em questão de ordem sobre como proceder, acabou a Corte, por maioria – vencidos eu, o ministro Gilmar Mendes e o ministro Marco Aurélio –, por manter o acórdão recorrido, em razão de não se ter alcançado o número de seis votos para reformar o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral. **Ou seja, esta Corte não deliberou sobre este recurso ainda, diante do empate, apenas manteve o acórdão recorrido em razão da ausência de número de votos suficientes a reformá-lo**. Não houve deliberação de mérito, no mérito recursal ocorreu o empate! O acórdão desse caso veio a ser publicado em junho de 2011, neste ano.

Entre aquele julgamento e a publicação desse acórdão em junho deste ano, sobreveio exatamente o julgamento do RE 633.703, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que a Corte, já com a formação completa, com a posse do eminente ministro e querido colega Luiz Fux, deliberou, por seis votos a cinco, pela não aplicabilidade da LC 135, caso esse também submetido à repercussão geral; repercussão geral essa que se aplica, sim, a esta Corte e à qual entendo aplicar-se o art. 543-B do Código de Processo Civil para fins de retratação.

Mas, se não fosse apenas este o juízo – de aplicabilidade a este Tribunal de juízo de retratação –, já trouxe à baila o eminente ministro Gilmar Mendes vários acórdãos no sentido de, já em embargos de declaração, mandar baixar, para que o juízo *a quo* faça a aplicação da jurisprudência deste Tribunal, em razão da aplicabilidade do instituto da repercussão geral.

Se não bastasse isso, senhor presidente, a nossa manutenção da decisão do julgado do ano passado, do acórdão embargado, neste caso, seria de uma iniquidade e de uma injustiça gritantes. E estaríamos nós a perder tempo, sim, neste julgamento de hoje. Por quê? Porque – sem dúvida nenhuma, como bem representado é o embargante pelo doutor José Eduardo Alckmin – se transitar este em julgado, mantendo-se aquele acórdão por este acórdão, vai fazer uso a parte do seguinte dispositivo previsto no Código Eleitoral: ação rescisória nos casos de inelegibilidade – alínea *j* do art. 22 do Código Eleitoral, que defere o direito de ação rescisória no prazo de 120 dias do trânsito em julgado da decisão que declara a inelegibilidade.

Sobrevindo essa ação rescisória, após o eventual trânsito em julgado, caso prevaleça a posição do eminente relator nestes embargos, o que o Judiciário fará? Não tenho dúvida que rescindirá a inelegibilidade que fixou o TSE, porque esta Corte só manteve o acórdão. Ela não declarou inelegibilidade nenhuma, ela manteve o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que aplicara a LC 135/2010 às últimas eleições. Então, aquele acórdão será objeto de uma rescisória, que só tem um destino: a procedência. Ela não tem outro destino. Por quê? Porque

aquele acórdão se funda única e exclusivamente na alínea *k*, introduzida no art. 1º da LC 64/1990 pela LC 135/2010, em relação à qual esta Corte concluiu, no RE 633.703, pela inaplicabilidade às eleições de 2010.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Ministro Toffoli, essa foi a opção da parte. A parte fez mais do que isso: requereu, não sei quantas vezes, que eu, relator, me retratasse; requereu ao senhor presidente que ele exercesse esse poder de retratação, que é absurdo. Então, que a parte arque com esse ônus. Nós não vamos instituir novos elementos de caos no sistema jurídico brasileiro em função de uma opção que é feita por uma parte. Alertei aqui no meu voto qual será a consequência se nós estabelecermos essa prática como norma no recurso extraordinário.

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, respeito a posição do eminente ministro Joaquim Barbosa, eminente relator deste caso, mas com a vênia devida, com ele não concordo.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite uma outra observação?

O sr. ministro Dias Toffoli: Pois não.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Há um aspecto interessante neste caso, resultante de uma decisão de Vossa Excelência no RE 632.238: o outro candidato, o perdedor no pleito, Paulo Rocha, obteve a decisão de Vossa Excelência no sentido de afastar a inelegibilidade.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim. Como houve a repercussão geral e a autorização para a deliberação, todos nós, monocraticamente, nos diversos casos da nossa relatoria, assim procedemos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: O que configura, então, uma situação ainda mais inusitada: dois candidatos impugnados – o que resultou, na verdade, que eleita foi a pessoa que teve menos voto no sistema – e, agora, um deles está com a inelegibilidade afastada, pois, por motivos semelhantes, estavam impugnados. Realmente, em termos de caos, é preciso ter bastante competência para criá-lo.

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, se não fosse em razão do juízo de retratação, que entendo cabível, sim – e a Corte determina e há precedentes, como eu já disse, inclusive baixando aos tribunais *a quo* após acórdãos já prolatados pela Corte para que lá se faça a aplicação da jurisprudência desta Corte, conforme o resultado da repercussão geral –, os princípios da segurança jurídica e da isonomia, que ficam agora ainda mais evidentes com a lembrança que faz o ministro Gilmar Mendes de outro julgamento sobre a aplicabilidade da LC 135/2010 ao pleito eleitoral de 2010, se impõem, e há pedido expresso de efeitos modificativos. Esta Corte, por diversas vezes, já os aplicou neste Plenário. Há precedentes até em terceiros embargos de declaração para se aplicar o efeito modificativo, reconhecendo, com humildade, o equívoco cometido em um julgado anterior. Muito mais neste caso, em que a Corte não deliberou sobre o mérito (houve empate em cinco a cinco) e após a formação completa da Corte

com a posse do eminente ministro Luiz Fux veio o seu voto a fazer o juízo da inaplicabilidade da lei complementar ao pleito de 2010, somando-se, então, seis votos, suficientes à deliberação da inaplicabilidade da lei.

Em razão de justiça, de plena justiça, seria só isso o necessário – em razão do princípio da segurança jurídica e da isonomia – para eu votar no sentido de acolher os embargos infringentes, modificando, portanto, o acórdão embargado, para os fins de dar provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de deferir o registro do embargante.

É como voto.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, peço vênia à divergência iniciada pelo ministro Dias Toffoli.

Parece-me que, tal como posto tanto pelo ministro relator quanto pelo ministro Dias Toffoli, não há os dados aqui porque houve a superveniência de mudança de orientação por este Supremo Tribunal Federal. No entanto, não há uma omissão decorrente disso, não há nenhum dos elementos que autorizariam esse acolhimento com efeitos infringentes.

Por essa razão, pedindo vênia mais uma vez ao entendimento em sentido contrário, acompanho o ministro relator para rejeitar os embargos.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peço vênia à divergência para acompanhar o eminente relator, que assentou muito bem que a matéria está absolutamente preclusa.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, numa discussão de praticamente oito horas, terminou numa decisão que resultou num empate, e, desse empate, rejeitou-se, deu-se o improvimento do recurso extraordinário. Isso foi dito com todas as letras. A matéria, portanto, a meu ver, foi julgada e todos os assuntos tratados naquele recurso extraordinário foram esgotados, como bem demonstrou o ministro relator.

Entendo também não ser possível a retratação a que se refere o § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, porque esse dispositivo fala em processos sobrestados, e nós estamos diante de um processo já julgado. Portanto, é uma situação completamente distinta. Não há que se falar aqui, inclusive, no princípio da fungibilidade dos recursos. Como bem disse o ministro relator, as partes optaram por utilizar o recurso chamado embargos de declaração, e não é possível substituir esse recurso ou fazer com que ele funcione como se fosse ação rescisória. Isso, sim, é que traria insegurança jurídica; isso, sim, é que introduziria o caos nos julgamentos desta Corte.

Entendo que o ministro relator também rebateu muito bem a questão das alegadas omissões. Não há omissão alguma. O ministro relator tratou dessas questões todas, e, verificando aqui no voto que proferi no RE 631.102/PA, que tratava desse caso, também fiz alusão expressa não apenas ao tema da renúncia, bem como ao tema da segurança jurídica, da possibilidade ou não de retroação da LC 135.

Então, pedindo vênia à divergência, acompanho integralmente o eminente relator para também rejeitar os embargos.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também entendo que não estão presentes os pressupostos de embargabilidade, ou seja, o caso não é nem de omissão, nem de obscuridade, nem de contradição do julgado objeto dos embargos. A nossa decisão não padece de nenhum desses vícios, e o eminente relator bem o demonstrou.

Também entendo que não estão presentes os pressupostos do juízo de retratação, pressupostos que figuram no caso do § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil. A aplicabilidade desse § 3º pressupõe recursos sobrestados, como pressupõe retratação no juízo de origem, não propriamente aqui no Supremo Tribunal Federal. O parecer da Procuradoria-Geral da República bem explora esse aspecto, essa dimensão técnica dos embargos agora julgados.

O eminente ministro relator, no seu cuidadoso voto, também deixa claro que houve uma decisão que chegou ao seu término aqui, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, sem nenhum vício processual.

O objeto dos embargos é patentemente o rejulgamento de uma decisão que chegou ao seu termo seguindo rigorosamente as pranchetas do Código de Processo Civil, do nosso Regimento Interno e da Constituição Federal. E eu tenho muito receio desse vaivém decisório. Teoricamente, e se a futura ministra chegar aqui e entender que a alínea *k* da lei é constitucional, ou se outro ministro exercer o seu juízo de retratação em outro processo versando esse mesmo tema?

Então, me parece que o caso é de preclusão, como bem disse o eminente relator. Por isso, peço vênia à divergência para também rejeitar os embargos.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, como já me manifestei nos debates, estou absolutamente convencido do cabimento dos embargos. E vamos encontrar a admissibilidade dos embargos nessas situações em precedentes do Plenário, praticamente de todos os ministros desta Corte. Vamos encontrar em casos de formação de uma jurisprudência; há casos de aceitação já dos terceiros embargos em razão dos efeitos infringentes, por uma razão de economia processual e de isonomia. Certamente – e eu fiz um levantamento – nas turmas nós temos manifestações praticamente de todos os ministros – falo sem medo

de errar – em relação à possibilidade de cabimento dos embargos com esse efeito infringente, ou corretivo, para assegurar a mantença da jurisprudência do Tribunal. É nesse sentido que a questão está posta. Como eu já disse também, há a própria questão de ordem no Plenário na qual se admitiu essa possibilidade.

Por outro lado, presidente, qual é a jurisprudência desta Corte em relação a essa temática? A não aplicabilidade – por maioria de votos, e isso está definido – a aplicação do art. 16; portanto, a não aplicação da lei para as eleições de 2010. Essa foi a orientação que emanou do Plenário desta Corte; portanto, esse é o *leading case*, essa é a posição clara.

Aí, vamos ter uma situação bastante peculiar, que foi corrigida em vários outros casos, em vários outros processos, tanto é que neste caso, para nós completarmos o quadro de surrealismo, tivemos o provimento do recurso do candidato que foi impugnado, o perdedor, Paulo Rocha.

O sr. ministro Dias Toffoli: Terceiro colocado; quem está no exercício é a quarta colocada.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Terceiro colocado.

Veja a que ponto se pode chegar. Portanto, daqui a pouco ele assume o mandato. Veja que, em quadro de surrealismo, é algo inédito; realmente muito forte.

Agora, vamos para as hipóteses subsequentes em termos de direito processual:

a) Rejeitam-se os embargos; propõe-se rescisória. E há possibilidade de não se julgar procedente esta ação rescisória e não se conceder a cautelar ou a tutela antecipada neste caso? Mas amanhã o terceiro lugar vai reivindicar o lugar porque ele já pode se candidatar. E, veja, ambos impugnados: um, agora – aquele que obteve exatamente a vitória, com a massa de milhares ou milhões de votos...

O sr. ministro Dias Toffoli: A disputa agora vai ser, então, a se manter a posição do acórdão embargado, entre o terceiro colocado e a quarta, que está no exercício, sobre quem exerce esse mandato.

O sr. ministro Gilmar Mendes: E uma ação rescisória certamente pendente, com disputas.

Veja, presidente, que grande contribuição está a se dar à insegurança jurídica quando não se tem nenhuma dúvida – nem há essa possibilidade – de mudança de posição em relação às eleições de 2010.

Imaginemos, inclusive, uma outra hipótese que poderia também ocorrer: se, por acaso, o Plenário viesse a declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo como este, da renúncia, após a decisão de inelegibilidade. Pendentes ainda os embargos de declaração, tendo em vista o princípio da nulidade da lei inconstitucional, diríamos que os embargos são cabíveis. É da tradição, exatamente para respeitar o princípio da nulidade.

Mas veja, presidente, portanto, que, em matéria de confusão, este caso é extremamente rico. É por isso que a jurisprudência se afeiçoou à possibilidade de aceitação dos embargos de declaração com efeitos infringentes, para permitir a preservação da força decisória da Corte, para que houvesse homogeneização de suas decisões. Ora, a decisão que se tomou, e quanto a isso não há nenhuma dúvida, foi no sentido de permitir-se a candidatura – para aqueles que tiveram a candidatura impugnada – no período das eleições de 2010.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, há 33 anos em colegiado, considerados os diversos tribunais pelos quais passei, antevejo novo impasse, e isso se deve a verdadeiro atraso no preenchimento da 11ª cadeira existente neste Plenário.

O quadro, para dizer o mínimo, é estarrecedor. Primeiro porque está no exercício do mandato a quarta colocada. Segundo porque, considerada a mesma situação jurídica, logrou sucesso, no âmbito deste Tribunal, o terceiro colocado, mas o primeiro – perdoem-me os que pensam de forma diversa –, que não logrou jurisdição, tendo em conta o que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra meu voto, está afastado do Senado da República.

Aprendi, presidente, nos meus primeiros dias judicantes, que o juiz, ao defrontar-se com conflito de interesses, deve, em primeiro lugar, à mercê da formação técnica e humanística possuída, idealizar a solução mais justa para o caso concreto e, após, ir à dogmática, ao Direito posto – especialmente pelo Congresso Nacional – objetivando encontrar o respaldo para essa mesma solução. A aplicação da lei é, acima de tudo, ato de vontade. Não preconizo a adoção do Direito alternativo – não é isso –, mas a lei admite interpretação.

Esgotou-se a jurisdição do Supremo com o julgamento embargado, atacado mediante estes embargos declaratórios? A resposta é desenganadamente negativa, tanto que estamos julgando embargos declaratórios, cujo objetivo não é outro senão esclarecer ou integrar a decisão proferida.

Presidente, o art. 543 do Código de Processo Civil não versa a adaptação da decisão proferida pelo Supremo, mas a adaptação pelo tribunal de origem quanto aos recursos sobrestados, processos sobrestados, que o foram para aguardar o pronunciamento do Supremo. Mas não podemos partir para a interpretação simplesmente verbal, que seduz, porque é a de mais fácil alcance. Precisamos compreender o objetivo maior da norma do art. 543, *b*, do Código de Processo Civil, quando proporciona ao próprio tribunal de origem não uma decisão – porque esta pressupõe escolha –, mas a revisão do pronunciamento formalizado para adaptá-lo à decisão – que se espera una, porque o Direito é uno – do Supremo.

Penso que estamos diante de um quadro esdrúxulo, que não pode ser encampado pelo Supremo. É preciso encontrar uma solução, sob pena de não

termos nem sequer ordem pública, porque esta pressupõe segurança jurídica, afastamento de iniquidades.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ministro Marco Aurélio, permite-me um aparte?

O sr. ministro Marco Aurélio: Pois não, ministro.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou aqui fazer a leitura do *Informativo* 624 do Supremo, que diz o seguinte:

> A Segunda Turma acolheu embargos de declaração para, atribuindo-lhes, excepcionalmente, efeitos modificativos, anular o acórdão embargado e tornar sem efeito decisão monocrática em que negado seguimento a agravo de instrumento. Determinou-se a devolução dos autos ao tribunal de origem, nos termos do art. 328 do RISTF, bem como a observância, no tocante ao recurso extraordinário interposto, do art. 543-B do CPC.
>
> Na espécie, o agravo regimental, objeto dos embargos, fora julgado antes de ser reconhecida a repercussão geral da matéria. Após a oposição de embargos declaratórios, a embargante noticiara, mediante petições [ou seja, já haviam sido interpostas as razões dos embargos quando sobreveio a repercussão geral, e por petição; ou seja, não foi nos embargos; aqui é nos embargos], o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos. A embargada, ao se manifestar sobre as petições, aderira às razões postas quanto à repercussão. Inicialmente, ressaltou-se a ausência de trânsito em julgado e a demonstração, pelas partes, do reconhecimento da repercussão geral, pelo Plenário. Em seguida, considerou-se que a declaração de reconhecimento de repercussão geral aplicar-se-ia, inclusive, ao Supremo [deliberação da Segunda Turma], de modo que, enquanto não houvesse trânsito em julgado, caberia aos ministros acatá-la.
> (*Informativo* 624.)

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Ministro, Vossa Excelência me permite? Há uma palavrinha mágica nisso que Vossa Excelência leu: anulou-se. Anula-se algo que foi praticado de maneira irregular.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu estou reformando. O meu voto reforma.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas, presidente, leio, apenas para rememorar – e a rememoração é própria –, o § 3º do art. 543 do Código de Processo Civil:

> Art. 543. (...)
> (...)
> § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais [prolatores da decisão atacada mediante o recurso sobrestado], que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Os demais órgãos do Judiciário podem, mas o Supremo não pode. O sistema não fecha. Decididamente, para mim, não fecha. Estamos nos defrontando com quadro que rotulei como "esdrúxulo", ante a circunstância de termos julgado recurso antes – aliás, para mim, não foi julgado o recurso do ora embargante – e, posteriormente, sob o ângulo da repercussão geral, que pressupõe, de início, pronunciamento definitivo do Tribunal, a manutenção do que apontei

como uma unidade do Direito, outro recurso extraordinário, já preenchida a 11ª cadeira pelo ministro Luiz Fux, assentando que a lei regedora do processo eleitoral, editada em junho de 2010, não se aplicava – como consta de preceito da Carta da República – às eleições do mesmo ano.

Presidente, bastaria o art. 543 em comento para solucionar este impasse, que, a meu ver, já tarda, porque o mandato está se esvaindo. O embargante renunciou em 2003, posteriormente, por duas vezes, foi difamado pela Justiça Eleitoral, mas esteve, no exercício de mandato de deputado federal, até o término de 2010.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Dias Toffoli (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), em 2003, implementou ato de vontade que surte efeitos de imediato, porque renunciou quando não havia processo ou representação em curso para a cassação.

Mas há mais, presidente: se de um lado apreciamos a problemática da retroatividade da lei ou tivemos duas correntes em sentidos opostos – já que chegamos ao impasse de cinco a cinco –, creio que não enfrentamos um aspecto evocado nos embargos declaratórios, e que abre oportunidade a concluir-se pela omissão do pronunciamento e provimento desses mesmos embargos declaratórios. Refiro-me à articulação segundo a qual a renúncia não estaria prevista no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, quando remete à lei complementar a fixação das inelegibilidades. Não estaria, em primeiro lugar, porque foi implementada antes da vinda à balha da LC 135. Em segundo lugar – para mim, o aspecto mais importante –, porque não poderíamos enquadrá-la, tendo em conta a busca da probidade administrativa, a moralidade ou algo a denegrir a vida pregressa do candidato, em época, repito, na qual não havia qualquer previsão glosando a renúncia e dando a esse ato de vontade – de início, soberano – a consequência drástica relativa ao afastamento da cidadania, quanto a ser sujeito passivo em eleições.

Peço vênia, presidente, ao relator para entender que, sob esses dois ângulos – e não estou antecipando ponto de vista quanto ao que se contém na lei complementar, a renúncia é anterior à lei complementar –, procedem os embargos. Podendo os tribunais do País e as turmas recursais implementar a retratação, com maior razão também pode implementar essa retratação o Supremo, para que a perplexidade não vingue, não seja sacramentada.

O quadro gera a mais absoluta perplexidade porque o Supremo concluiu não ser aplicável a LC 135/2010 – o embargante teve a inelegibilidade declarada com base nessa lei, enquanto o terceiro colocado logrou êxito no Supremo.

Peço vênia ao relator para prover os declaratórios.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), para o embargante, a lei seria outra!

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Ministro, Vossa Excelência me permite?

E esta segunda questão, a propósito das incongruências produzidas no sistema com o provimento do recurso extraordinário do também derrotado na eleição, que agora talvez venha a assumir, gerando, portanto, um quadro de odiosa **restringenda**. Quer dizer, está-se fazendo um *case* para Jader Barbalho, uma decisão para Jader Barbalho. É uma situação que coloca a nós e à Corte num quadro de perplexidade enorme. Veja, dois impugnados: um vence a eleição e o outro é terceiro lugar; agora, o terceiro lugar logra superar e vai assumir o cargo de senador, e o vitorioso, não. Os fundamentos são os mesmos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, eu peço vênia para discordar respeitosamente de Vossa Excelência.

A mim me parece que o eminente relator, com todas as letras e com muito fundamento jurídico, anunciou que nós estaríamos diante de uma situação processualmente, absolutamente cristalizada. E eu tenho aqui a ata do julgamento daquela sessão memorável – por vários aspectos, sobretudo pela consistência e verticalidade dos argumentos dos diferentes integrantes da Corte –, que diz o seguinte: "Decisão". Então, o Plenário tomou uma decisão. Aí, relata o empate, quais foram os ministros que se alinharam a esta ou àquela corrente e, depois, consigna o seguinte: "Em seguida, o Tribunal decidiu aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do art. 205 do Regimento Interno e manter a decisão recorrida (...)" – a decisão do TSE. Portanto, é uma situação que se apresenta juridicamente cristalizada. O que nós temos aqui na espécie? Está se querendo utilizar os embargos declaratórios à guisa de ação rescisória. Isso é inviável; isso fere o devido processo legal.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não houve o trânsito em julgado. Só seria ação rescisória se houvesse o trânsito em julgado.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não houve trânsito em julgado, logo não se trata...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não há nenhuma iniquidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Absoluta iniquidade; está-se produzindo um quadro de absoluta iniquidade.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós estamos respeitando o que está previsto no Código de Processo Civil. Essa é a nossa baliza.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também vou pedir vênia ao douto relator e aos que o acompanharam para seguir a divergência. Serei breve, porque suponho não deva alongar as razões que já foram enunciadas.

Acho que estamos diante – e ninguém haverá de negá-lo – de um caso que eu diria singularíssimo; e singularíssimo por várias circunstâncias. Singularíssimo pelo fato de que, eventualmente mantido o acórdão embargado, teremos – eu pelo menos não me recordo de nenhum outro – uma hipótese peregrina na história das decisões desta Corte, que se retrata dias depois do acórdão, fixando uma orientação que será válida para o futuro, mas se deixa um caso absolutamente idêntico, que deveria sujeitar-se à mesma orientação, à margem dessa orientação, a soar como uma exceção de caráter personalíssimo e, como tal, absolutamente incompatível com o sentido de isonomia que caracteriza o ordenamento jurídico. Singularíssimo depois, porque decisão formal houve em relação ao acórdão embargado, mas ninguém também deixará de reconhecer que se tratou de expediente em que se adotou uma fórmula de decisão ficta. O que tivemos, no caso do acórdão embargado, foi uma decisão ficta no sentido de que o Tribunal lançou mão de norma regimental não aplicável diretamente àquela hipótese, para evitar situação de empate, que parecia pouco...

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, com a adesão benevolente do decano, que aderiu a essa posição para permitir que o Tribunal decidisse. Do contrário, seria realmente o pior dos mundos, que era o *non liquet,* até mesmo na decisão. E todos conheciam a posição do ministro Celso de Mello no que dizia respeito à substância da matéria. Não obstante, Sua Excelência aderiu para viabilizar uma solução, apenas para proclamar um resultado naquela sessão, que já era constrangedora, diante daquele constrangimento que passáramos no caso anterior, por todas as razões conhecidas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E esta é razão que reforça a excentricidade da solução.

O sr. ministro Celso de Mello: **O Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao acolher**, por sete votos a três, **a proposta** *por mim formulada*, **teve** condições de superar, **mediante** opção *por um dos vários critérios* que então submeti à consideração do Tribunal, a situação de impasse **provocada** pelo empate (cinco x cinco) **ocorrido** no julgamento da causa.

Registrou-se, naquele momento, situação revestida de caráter excepcional.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Quer dizer que esse caso foi definitivamente julgado?

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Senhor presidente?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E, portanto, elege este caso com caráter de uma heterodoxia.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Presidente, pela ordem.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Um caso de máxima singularidade.

O sr. ministro Ayres Britto: Quando ele foi julgado, houve preclusão. A preclusão se dá por etapas, à medida que o processo avança.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não. A preclusão ainda não ocorreu, ministro. Estamos ainda em embargos de declaração. Não há preclusão.

O sr. ministro Ayres Britto: Agora, a preclusão máxima é da coisa julgada. Não houve a preclusão máxima, mas, quanto ao que foi julgado, houve preclusão; daí por que os embargos não têm efeitos infringentes.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Têm. Excepcionalmente têm.

O sr. ministro Ayres Britto: Não. Em regra, não.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Excepcionalmente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Excepcionalmente têm.

O sr. ministro Celso de Mello: Torna-se evidente que os presentes embargos de declaração possuem, *sim*, caráter nitidamente infringente, **o que**, *embora excepcional*, **tem sido admitido** pela jurisprudência desta Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Excepcionalmente têm. Mas é disto que se trata: de um caso excepcional, em que os embargos têm que assumir a natureza de infringência diante da heterodoxia do caso.

Estou querendo dizer que, para um caso como este, não é possível invocar solução ortodoxa, porque não é um caso ortodoxo, é um caso singular; portanto, tem que merecer uma solução também singular.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas não é nenhuma questão de solução singular, presidente, porque há precedentes.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): E digo singular pelo fato que já foi realçado nos votos – sobretudo no do ministro Gilmar Mendes – e acho que Vossa Excelência também fez referência: a circunstância de que, na hipótese, é admissível ação rescisória, com alta probabilidade de concessão de liminar, o que só iria retardar o resultado desta causa.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Essa ação rescisória, senhor presidente, só não ocorreu por insistência da parte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, a parte está insistindo, porque vislumbra possibilidade de o Tribunal voltar atrás.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Por insistência da parte, que insistiu durante seis meses em recursos absurdos; não só em recursos absurdos, mas em enviar cartas para minha casa, cartas de ameaça.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Na residência.

O sr. ministro Ayres Britto: Na residência.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Cartas que significavam ameaças. Nesses quase oito anos e meio de exercício de função nesta Corte, jamais

uma parte mandou carta para minha casa. Eu recebi essas cartas como ameaça, senhor presidente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Todos recebemos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Essas cartas significavam isto: "Olha, eu sei o seu endereço". A opção processual, a saída processual estava aí à disposição da parte e dos seus advogados, mas eles não quiseram utilizá-la. Queriam esse arranjo que estão propondo aqui agora.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, também participo do desconforto de ter recebido não uma, mas várias cartas.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, só para dizer...

O sr. ministro Ayres Britto: Eu também recebi várias.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Eu estou dizendo que recebi cartas.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas isso não são razões jurídicas, ministro.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Eu estou dizendo que recebi cartas e as considerei como ameaça.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não chego a tanto. Acho deselegância do ora embargante, mas não chego a tanto. Mas, de qualquer maneira, ministro, isso não é razão jurídica!

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Não é deselegância, senhor presidente. Eu estou dizendo que, em oito anos e meio de exercício nesta Corte Suprema, jamais uma parte se dirigiu a minha residência, como ocorreu neste caso.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu me senti profundamente desconfortável também.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, só para deixar claro. Nós, todos os dias, recebemos manifestações, pedidos e e-mails – cartas podem ser até inusitadas – solicitando que decidamos determinados casos. Eu tomo isso como um pedido de preferência, até porque a Constituição assegura o direito de petição a todos nós, enquanto agentes públicos, e é lícito ao jurisdicionado reclamar se estamos atrasados na prestação jurisdicional.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu só quero concluir o meu voto.

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Ministro Gilmar Mendes, eu estava em licença médica; acabara de sair de uma cirurgia, sem quaisquer condições de participar de qualquer sessão neste Tribunal; subitamente começo a ser acossado por uma parte. Foi isso o que aconteceu.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nós todos fomos, ministro, inclusive os que estão votando a favor do embargante.

O que eu quero dizer é que o embargante provavelmente não lançou mão imediatamente da propositura de ação rescisória...

O sr. ministro Joaquim Barbosa (relator): Eu estou esclarecendo que isso não me agrada. Não se trata de decisão *ad hominem*. Meu voto foi muito claro. Não há nenhuma omissão a ser esclarecida, a questão de ordem proposta não tem qualquer cabimento, e, por outro lado, eu não tenho procuração do senhor Jader Barbalho para resolver, com arranjos, os seus problemas. Ele tinha a solução, no ordenamento jurídico processual brasileiro, para resolver o seu caso desde o mês de junho. Aliás, esclareço que eu só publiquei o acórdão deste caso depois da publicação do acórdão do precedente. Desde então, ele poderia ter aguardado o trânsito em julgado e ingressado com a ação rescisória. E ele teria obtido, em menos de dez dias, uma cautelar. Mas a solução não foi essa. A solução foi fazer pressão sobre um juiz da Suprema Corte.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu vou concluir o meu voto, ministro.

Suponho eu, porque tudo indica que assim o seja, que o embargante não lançou mão da rescisória, que podia e ainda pode fazê-lo eventualmente, porque tinha clara a probabilidade de, por outra via alternativa prevista no ordenamento – o uso dos embargos de declaração com natureza infringente – obter o mesmo resultado em tempo mais rápido.

Isso, apenas para dizer que é mais uma circunstância que agrava a singularidade da hipótese. E, diante disso, eu já me inclinaria a dar uma solução heterodoxa para o caso. Mas, talvez, nem precisasse recorrer a esse raciocínio heterodoxo, porque o ministro Marco Aurélio me deu um fundamento. O § 3º do 543 permite – vejam Vossas Excelências o absurdo – que os tribunais locais, depois de proferir acórdão, possam retratar-se por mero efeito da relevância reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

O sr. ministro Marco Aurélio: Mas o Supremo não pode!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Por que o Supremo Tribunal Federal não pode voltar atrás, em caso especial e particularíssimo?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas, ministro, nos casos de processos sobrestados. O dispositivo é bem claro.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ministro, o problema não é de sobrestamento: o acórdão já foi proferido, e é o próprio Tribunal que volta atrás.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós estamos diante de processos julgados.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: A jurisdição não se esgotou. Estamos numa continuidade do julgamento. Os embargos visam esclarecer ou integrar a decisão proferida.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Exatamente.

Eu respeito, cada um tem o seu ponto de vista, e o colegiado é assim mesmo. O colegiado não é uma orquestra em que todos devam executar a mesma melodia. Pode ser que determinados sons para a plateia sejam dissonantes, mas essa é a mecânica do julgamento colegiado.

O sr. ministro Ayres Britto: Muito bem, presidente. Exatamente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu também, com o devido respeito aos votos já proferidos que secundavam o eminente ministro relator, acompanho a divergência e acolho os embargos para esse fim.

Diante do empate que se verifica nesta oportunidade e da indicação de nova ministra, acho que a solução, tal com já adotamos em relação ao ministro Luiz Fux, é de aguardar a nomeação e a posse de Sua Excelência para resolver o impasse.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux: E isso, presidente, sem prejuízo; se a parte quiser dispor, ela renuncia ao recurso interposto, a decisão transita em julgado e, em uma semana, ela propõe a ação rescisória e obtém a tutela antecipada.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É uma boa coisa para ser considerada pelo embargante.

O sr. ministro Dias Toffoli: É um belo fundamento para demonstrar que era o caso de prover os embargos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, quanto à rescisória, surgiria outra controvérsia: qual o órgão competente para julgá-la?

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Pois é.

O sr. ministro Ayres Britto: Os pressupostos de cabimento da rescisória.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E o contraditório.

EXTRATO DA ATA

RE 631.102-ED/PA — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Embargante: Jader Fontenele Barbalho (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros). Embargado: Ministério Público Eleitoral (Procurador: Procurador-geral da República). Interessados: Francisco Wilson Ribeiro e Fernando de Castro Ribeiro.

Decisão: Após os votos dos ministros Joaquim Barbosa (relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, rejeitando os embargos de declaração, e os votos dos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e presidente, acolhendo os embargos, o Tribunal deliberou aguardar a nomeação e posse da nova ministra para decidir a causa. Presidência do ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 9 de novembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

PROPOSTA

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Senhores ministros, tenho em mãos um requerimento do senhor Jader Fontenelle Barbalho que diz respeito ao RE 631.102, em grau de julgamento de embargos de declaração, com petição de que Vossas Excelências já têm conhecimento, uma vez distribuída antecipadamente cópia, e em que o requerente pede que o Plenário encerre o julgamento dos embargos de declaração, aplicando o art. 13, IX, *b*, do Regimento Interno.

Consulto o Plenário para saber se está de acordo com a proposta.

VOTO
(Sobre proposta)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, permito-me lembrar-lhe que, quando da última assentada, exatamente na sessão plenária em que julgamos os embargos a que se refere Vossa Excelência, manifestei o meu ponto de vista no sentido de que o caso era de aplicação do art. 13 do Regimento Interno, salvo engano, inciso IX; ou seja, embora votando contra a pretensão do sr. Jader Fontenelle Barbalho no julgamento dos embargos, diante do empate, eu já entendia, desde aquela ocasião, que Vossa Excelência estava autorizado a fazer uso da norma regimental de desempate.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): É verdade. Lembro-me bem de que Vossa Excelência fez essa observação.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência até avisou que havia comunicado em *gaim* para o presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mas como o Plenário, naquela oportunidade, não se pronunciou, estou colhendo agora essa manifestação. E não podemos ouvir o eminente relator, porque Sua Excelência está de licença médica, de modo que vou encerrar o julgamento proclamando o resultado: o Tribunal deliberou encerrar o julgamento com a aplicação do art. 13, IX, *b*, do Regimento Interno, acolhendo os embargos e atendendo, por conseguinte, ao requerimento agora apresentado. Ficará com o acórdão, para relator, o ministro Dias Toffoli, de quem foi o primeiro voto nesse sentido.

EXTRATO DA ATA

RE 631.102-ED/PA — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Embargante: Jader Fontenele Barbalho

(Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros). Embargado: Ministério Público Eleitoral (Procurador: Procurador-geral da República). Interessados: Francisco Wilson Ribeiro e Fernando de Castro Ribeiro.

Decisão: Apresentada, pelo presidente, a questão de ordem suscitada pelo requerente na petição 93.027/2011/STF, deliberou o Tribunal, por unanimidade, encerrar o julgamento com a aplicação do art. 13, IX, *b*, do RISTF, acolhendo os embargos de declaração e atendendo, por conseguinte, ao requerimento ora apresentado. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello; neste julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski e, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 14 de dezembro de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633.703 — MG

Relator: O sr. ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças — Recorrido: Ministério Público Eleitoral

LC 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa. Inaplicabilidade às eleições gerais 2010. Princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição da República).

I – O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do devido processo legal eleitoral. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, nos quais ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

II – O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso

aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

III – O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional das minorias e o papel da jurisdição constitucional na democracia. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa. A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

IV – Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos tribunais e turmas recursais do País a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada; b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições gerais de 2010.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e preliminarmente, em reconhecer a repercussão geral da questão relativa à aplicação da LC 135/2010 às eleições gerais de 2010; por maioria, em dar provimento ao recurso extraordinário e autorizar os relatores a,

monocraticamente, aplicarem o art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 23 de março de 2011 — Gilmar Mendes, relator.

RELATÓRIO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário no qual se discute a inelegibilidade de Leonídio Henrique Correa Bouças, candidato a deputado pelo Estado de Minas Gerais nas eleições de 2010, que teve seu registro de candidatura negado, em razão de condenação por improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010.

Em 18-12-2007, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de apelação, reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa e condenou o recorrente à perda de sua função pública e à suspensão de seus direitos políticos – por seis anos e oito meses – e do direito de contratar com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais por cinco anos (fl. 33). Fixou, ainda, multa civil de 1,5 vezes o valor do dano, devidamente corrigido, assim como o condenou ao ressarcimento integral do dano causado ao erário público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio (fl. 34).

O Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de impugnação de registro de candidatura em face do recorrente (fls. 27-31), alegando a ausência da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, II, da Constituição (falta de quitação eleitoral) e a presença da causa de inelegibilidade estabelecida no art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010. Quanto a este fundamento, assim se pronunciou o órgão ministerial:

> Assim, o Impugnado, por ter sido condenado à suspensão dos direitos políticos, em decisão proferida por órgão colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importou em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, incide na causa de inelegibilidade legal insculpida no art. 1º, I, da Lei das Inelegibilidades.
> (Fl. 29.)

Em 21-7-2010, sobreveio a apresentação da defesa, na qual se alegou a inconstitucionalidade da LC 135/2010 e a inexistência de trânsito em julgado da decisão colegiada do TJMG na ação de improbidade administrativa (fls. 122-137).

Em seguida, a Procuradoria Regional Eleitoral de Minas Gerais pugnou pela juntada da notícia de inelegibilidade e manifestou-se novamente pelo indeferimento do registro de candidatura do recorrente (fl. 96).

Com base nas informações dos autos, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, por unanimidade, julgou procedente a impugnação da candidatura e indeferiu o pedido de registro do recorrente (fls. 185-192). Foram opostos embargos declaratórios, que restaram

acolhidos pelo TRE/MG, sem efeitos modificativos, apenas para aclarar as questões trazidas, nos termos do voto de fls. 233-238.

Dessa decisão, o recorrente interpôs, em 8-8-2010, recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral, requerendo a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010.

Em parecer fundamentado, o Ministério Público Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso, com a seguinte conclusão (fl. 280):

> Assim, tendo o recorrente sido condenado à suspensão dos direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa, por decisão de órgão colegiado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *l* da LC 64/90, capaz de acarretar o indeferimento do seu registro de candidatura.

Em 9-9-2010, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, decisão monocrática do ministro Aldir Passarinho Junior negou seguimento ao recurso ordinário e manteve o entendimento do TRE/MG, reconhecendo a inelegibilidade do recorrente, nos seguintes termos:

> Trata-se, na origem, de ação de impugnação ao pedido de registro de candidatura de Leonídio Henrique Correa Bouças, candidato ao cargo de deputado estadual nas Eleições 2010, julgada procedente pelo e. TRE/MG sob o fundamento de que o candidato estaria inelegível em razão de ter sido condenado à suspensão de seus direitos políticos, em órgão colegiado, por improbidade administrativa.
>
> A irresignação não merece provimento.
>
> O recorrente sustenta que, por força do princípio da não culpabilidade, a inelegibilidade decorrente de condenação por improbidade administrativa somente incide após o trânsito em julgado da decisão que o condenou por ato de improbidade administrativa.
>
> Tal tese, todavia, não merece acolhida. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu, recentemente, nos autos da CTA n. 1120-26/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, acórdão ainda pendente de publicação, que a Lei Complementar n. 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. (...)
>
> O Tribunal Superior Eleitoral ressaltou, ademais, que a inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. (...)
>
> Assim, sendo constitucionais as previsões da Lei Complementar n. 135/2010, as inelegibilidades nelas previstas devem ser aplicadas aos pedidos de registro de candidatura referentes às Eleições 2010, especialmente, no caso, o disposto no art. 1º, I, *I*, da Lei Complementar n. 64/90.
>
> Observa-se, portanto, que é suficiente, para a incidência da causa de inelegibilidade em questão, decisão de órgão colegiado condenando o candidato à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa.
>
> Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado por órgão judicial colegiado (TJ/MG) à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade

> administrativa que importou prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito (fls. 99-116). Encontram-se satisfeitos, pois, os requisitos da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *l*, da Lei Complementar n. 64/90. (...)
>
> Assim, não mais existindo provimento judicial suspendendo os efeitos da decisão condenatória e sendo suficiente a condenação por órgão colegiado, o que, na espécie, ocorreu com decisão do TJ/MG, não merece acolhimento a tese de que a existência de embargos de declaração, opostos no Superior Tribunal de Justiça com julgamento ainda pendente, teria o condão de afastar a causa de inelegibilidade tratada nos autos.
>
> Ante o exposto, nego seguimento ao recurso ordinário, nos termos do art. 36, § 6º, do RI-TSE.
>
> (Fl. 287.)

Contra essa decisão o recorrente interpôs agravo regimental, que foi desprovido pelo Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, mantendo-se a inelegibilidade do recorrente. Esse acórdão do TSE restou assim ementado:

> *Agravo regimental. Recurso ordinário. Eleições 2010. Deputado estadual. Condenação por improbidade administrativa proferida por órgão colegiado. Art. 1º, I, l, da LC n. 64/90, com redação da LC n. 135/2010. Constitucionalidade. Inelegibilidade não constitui pena. Inovação das teses recursais. Não provimento.*
> 1. O Tribunal Superior Eleitoral firmou o entendimento de que a Lei Complementar n. 135/2010 é constitucional e se aplica às eleições de 2010. Precedente. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente. Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção de suspensão dos direitos políticos, prevista para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa. Precedente. 3. Agravo regimental não provido.
>
> (Fl. 352.)

Foram opostos embargos de declaração, posteriormente rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição (fls. 400-423), alega-se violação aos arts. 5º, LVII; 15, V; 16; e 37, § 4º, do texto constitucional. Em suas razões, o recorrente sustenta, em síntese:

1) a não observância do princípio da anualidade eleitoral, estabelecido no art. 16 da Constituição;

2) a afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), em razão da ausência do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, entendimento este que já estaria presente na jurisprudência do STF, especificamente no julgamento da ADPF 144, rel. min. Celso de Mello;

3) violação aos arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição, os quais teriam remetido à legislação ordinária a regulamentação das penalidades aplicáveis à prática de improbidade administrativa, tendo a Lei 8.429/1992 exigido o trânsito em julgado para a suspensão dos direitos políticos.

O recorrente sustenta, ainda, a afronta aos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, tendo em vista que o TSE teria rejeitado, indevidamente, os embargos de declaração opostos.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões (fls. 442-456), pugnando pelo desprovimento do recurso extraordinário.

A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, tendo em conta a natureza constitucional da controvérsia, admitiu o recurso extraordinário, determinando a sua remessa ao Supremo Tribunal Federal em decisão de fls. 458-459, publicada no *DJE* em 7-12-2010.

Em 3-3-2011, foi juntado aos autos o parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 469-486), que opina pelo desprovimento do recurso extraordinário, alegando a inelegibilidade do recorrente em face do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010. O procurador-geral da República ressalta, ainda, a aplicabilidade da LC 135/2010 ao pleito eleitoral ocorrido em 3-10-2010, com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal, consignado no julgamento do RE 631.102.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator):

1. Considerações preliminares

1.1 A questão constitucional e sua repercussão geral

O presente recurso extraordinário traz novamente a esta Corte as questões constitucionais atinentes à aplicabilidade da LC 135/2010, a denominada "Lei da Ficha Limpa", à luz dos princípios constitucionais da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), da irretroatividade da lei e da presunção de não culpabilidade.

O tema já foi versado em outras duas ocasiões, de todos conhecidas, especificamente nos julgamentos dos RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz) e RE 631.102/PA (caso Jader Barbalho). O primeiro, como é sabido, ficou prejudicado em razão da perda superveniente de objeto, devidamente declarada pelo Plenário na sessão do dia 29-9-2010. No segundo, o Tribunal, após verificar o empate na votação, decidiu aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do art. 205 do Regimento Interno, e manter a decisão recorrida, vencidos os senhores ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que determinavam a aplicação do voto de qualidade do presidente, previsto no inciso IX do art. 13 do RISTF (sessão plenária do dia 27-10-2010).

Nos dois casos, a cognição do Tribunal cingiu-se à alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 – com a redação dada pela LC 135/2010 –, apesar de o pronunciamento sobre aspectos relacionados ao princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição) dizer respeito à aplicabilidade da lei como um

todo. Preferiu-se dividir a discussão das questões relacionadas à LC 135/2010, levando-se em conta os temas versados em cada alínea do inciso I do art. 1º da LC 64/1990. É o que ficou consignado na decisão proferida no RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz):

> O Tribunal, por unanimidade, manteve o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional concernente ao art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, e declarou extinto o processo, sem julgamento do mérito, contra os votos dos senhores ministros Ayres Britto (relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Lavrará o acórdão o senhor ministro Marco Aurélio. Plenário, 29-9-2010.

Assim, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional relacionada à alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, a qual dispõe sobre a inelegibilidade daqueles agentes políticos que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de cassação do mandato.

O presente recurso diz respeito à alínea *l* do inciso I do art. 1º dessa mesma lei, que trata da inelegibilidade decorrente da condenação à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa.

Parece certo que, uma vez reconhecida a repercussão geral em relação à alínea *k*, esse reconhecimento também haverá de ocorrer no tocante à alínea *l*, tendo-se em vista que, apesar de suscitarem temas com nuances diferenciadas, ambas fazem parte da mesma lei, que tem contestada a sua aplicabilidade total.

Nesse aspecto, não se pode fechar os olhos para o simples fato de que, uma vez decidida a questão constitucional relativa à aplicação da totalidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), tal decisão terá uma óbvia incidência sobre todas as alíneas do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, independentemente da diversidade de temas versados em cada uma delas.

Não se pode olvidar, igualmente, que a solução da controvérsia relativa à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010 não repercute sobre as questões constitucionais quanto à constitucionalidade material de diversos de seus dispositivos, que terão plena aplicabilidade já para as próximas eleições municipais de 2012.

Assim, a proposta é a de que, por meio do presente recurso extraordinário, reconheça-se a repercussão geral da questão constitucional que diz respeito à **aplicabilidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição)**. A decisão definitiva de mérito quanto ao tema terá efeitos (próprios do regime da repercussão geral) imediatos sobre todas as questões idênticas versadas nos recursos nos quais se discuta a aplicação da totalidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

1.2 Demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário

Os demais pressupostos de admissibilidade do recurso foram devidamente preenchidos, tornando viável o pleno conhecimento do mérito recursal.

Tenha-se em conta o Enunciado 728 da Súmula deste Tribunal, que determina ser de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei 6.055/1974, que não foi revogado pela Lei 8.950/1994. Assim, tendo em vista que o acórdão recorrido tornou-se público em sessão do TSE de 16-11-2010, conforme certidão de fl. 368, é tempestivo o recurso extraordinário, uma vez que houve a juntada de cópia, via fax, em 17-11-2010, e dos originais, em 19-11-2010.

A peça recursal encontra-se subscrita por procurador regularmente habilitado nos autos (fl. 120).

Pela análise do conteúdo das decisões jurisdicionais das instâncias inferiores verifica-se o prequestionamento da matéria constitucional.

Com essas breves considerações preliminares, passo à análise da questão constitucional levantada.

2. O princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição) na jurisprudência do STF

O Supremo Tribunal Federal possui uma sólida jurisprudência a respeito da interpretação do art. 16 da Constituição de 1988 (ADI 733, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16-6-1995; ADI 718, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18-12-1998; ADI 354, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 22-6-2001; ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005; ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 23-2-2007; ADI 3.685, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 10-8-2006; ADI 4.307-MC, rel. min. Cármen Lúcia, *DJ* de 5-3-2010).

Muito se tem argumentado que em nenhum desses precedentes o Tribunal tratou especificamente da lei que cria novas causas de inelegibilidade. De fato, a única vez em que a Corte se debruçou sobre esse tema específico ocorreu no conhecido julgamento do **RE 129.392**, rel. min. Sepúlveda Pertence (julgamento em 17-6-1992), no qual se decidiu que o princípio da anterioridade eleitoral não veda a vigência imediata da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), na medida em que esta define o regime constitucional de inelegibilidade exigido pelo art. 14, § 9º, da Constituição. Assim, com base nesse precedente específico, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento das Consultas 114.709 e 112.026, entendeu que a LC 135/2010, diploma modificador da LC 64/1990, também não estaria abrangida pela vedação do art. 16 da Constituição.

O exame minucioso do precedente firmado no RE 129.392 pode revelar que essa conclusão não é tão evidente como tem sido apresentada.

Em verdade, ela é equivocada.

A regra que se extrai do referido precedente não é a de que *lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição*, como normalmente se tem entendido.

Naquele julgamento, o debate girou em torno da questão de saber se a LC 64/1990 instaurava um novo e complementar sistema normativo de inelegibilidades exigido pela então recém-promulgada Constituição de 1988 (art. 14, § 9º) ou se, por outro lado, ela alterava o regime anterior de inelegibilidades definido pela LC 5/1970 e recepcionado pela nova Constituição. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de uma legislação apenas complementar e integrativa do novo regime de inelegibilidades da Constituição de 1988 e que, dessa forma, não receberia a incidência do art. 16 da mesma Constituição; do contrário, ocorrida a segunda hipótese, ter-se-ia um caso de verdadeira alteração do processo eleitoral, a ser submetida à vedação de aplicabilidade imediata imposta pelo art. 16 da Constituição. O ministro Sepúlveda Pertence, relator, após assim delimitar a questão, entendeu que a LC 5/1970 foi recepcionada pela Constituição de 1988, complementando, desde o momento da promulgação do texto constitucional, o sistema de inelegibilidades instituído pela nova ordem constitucional, de forma que o advento posterior da LC 64/1990, que revogou a anterior LC 5/1970, teve o condão de alterar o processo eleitoral e assim deveria vigorar apenas após um ano de sua publicação. Acompanharam o relator, com base nos mesmos fundamentos, os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho. Por outro lado, os votos vencedores, capitaneados pelo ministro Paulo Brossard e pelos ministros à época pertencentes ao Tribunal Superior Eleitoral (Célio Borja, Octavio Gallotti e Sydney Sanches) e acompanhados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, entenderam que o tema da inelegibilidade por improbidade administrativa é eminentemente constitucional, de forma que o art. 16 da Constituição não poderia ser aplicado para negar aplicabilidade imediata a outros preceitos da própria Constituição (art. 14, § 9º, e art. 37, § 4º). Assim, no entendimento da maioria, a LC 64/1990 viria cumprir um mandamento constitucional e – tal como deixou consignado o ministro Octavio Gallotti – "preencher um vazio" para permitir a moralização e a lisura do processo eleitoral então em curso. Se essa nova lei complementar não pudesse ser imediatamente aplicada, deixaria uma lacuna relativa a regras de inelegibilidade de caráter moralizador, o que não seria permitido pela própria Constituição.

Como é possível perceber, a regra que pode ser extraída desse precedente firmado no RE 129.392 é a de que o art. 16 da Constituição não pode obstar a aplicabilidade imediata de uma lei de inelegibilidade que, logo após o advento da nova ordem constitucional, vem instituir todo um sistema de inelegibilidades para cumprir preceitos constitucionais e preencher um vazio legislativo, sem cujo suprimento as eleições não poderiam se desenvolver de forma regular.

Portanto, a tentativa de aplicar-se o referido precedente ao contexto atual levaria à conclusão diametralmente oposta, isto é, a de que o fato de a LC 135/2010 apenas alterar preceitos existentes de um consolidado sistema de inelegibilidade instituído pela Constituição de 1988 e complementado pela LC 64/1990 – vigente há vinte anos e aplicado em todas as eleições

desde então – tornaria obrigatório que a sua aplicabilidade fosse condicionada ao princípio da anterioridade previsto pelo art. 16 da Constituição.

De toda forma, o certo é que **o julgamento do RE 129.392 foi realizado em um contexto muito específico**, sob a égide de uma Constituição recém-promulgada, que rompia com a ordem constitucional anterior e que necessitava da legislação complementar para implementar o novo sistema de inelegibilidade a ser aplicado nas primeiras eleições democráticas após longo período ditatorial. Os votos vencedores, numa maioria apertada de seis votos a cinco, com desempate pelo então presidente da Corte (ministro Néri da Silveira), foram conduzidos por ministros que compunham o Tribunal Superior Eleitoral e fizeram prevalecer razões pragmáticas que tinham em vista o regular transcurso do pleito eleitoral.

Existem boas razões, portanto, para não se utilizar esse precedente como base de análise da questão sobre a necessidade de submissão da LC 135/2010 ao preceito do art. 16 da Constituição. A resposta a essa questão deve ser encontrada por meio de uma análise que, guiada por um critério de coerência, investigue a jurisprudência como um todo e dela extraia as regras que poderão servir de parâmetro para o caso.

A seguir serão analisados os principais precedentes sobre a interpretação do art. 16 da Constituição. A jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral pode ser dividida em **duas fases**: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADI 733, ADI 718 e ADI 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADI 3.345, ADI 3.685, ADI 3.741 e ADI 4.307-MC.

Na **ADI 733**, rel. min. Sepúlveda Pertence (julgamento em 17-6-1992), o Tribunal firmou entendimento no sentido de que a *lei estadual que cria municípios em ano eleitoral não altera o processo eleitoral* e, portanto, não se submete ao princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição. Na ADI 718, rel. min. Sepúlveda Pertence (julgamento em 5-11-1998), a Corte novamente enfatizou que o art. 16 da Constituição não repercute na criação de municípios por leis estaduais em ano eleitoral. Nas duas ações, considerou-se que o processo eleitoral é parte do sistema de normas do direito eleitoral, matéria da competência legislativa privativa da União, de modo que a lei estadual não tem efeitos sobre esse sistema normativo federal. O tema, porém, não voltou mais a figurar na jurisprudência do Tribunal, mesmo porque, a partir da EC 15/1996, as leis estaduais criadoras de novos municípios passaram a ser declaradas inconstitucionais. Os precedentes contidos nas ADI 718 e ADI 733 apenas contribuem para esclarecer uma regra muito simples: a de que a lei de que trata o art. 16 da Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União prevista no art. 22, I, do texto constitucional. Esses julgados, dessa forma, serão pouco relevantes nas análises seguintes.

Na **ADI 354**, rel. min. Octavio Gallotti (julgamento em 24-9-1990), o Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a vigência e a eficácia imediatas de *norma eleitoral que altera o sistema de votação e apuração de resultados*, seja no sistema proporcional, seja no sistema majoritário, não infringem

o disposto no art. 16 da Constituição. Foi a primeira vez que a Corte analisou com maior profundidade o significado do princípio da anterioridade eleitoral na Constituição de 1988.

Os votos vencedores (ministros Octavio Gallotti – relator, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) basearam-se em fundamentos diversos, os quais podem ser agrupados em três vertentes:

1) a norma eleitoral que trata de um determinado modo de apuração de votos e, dessa forma, diz respeito apenas à interpretação da vontade do eleitor, pode ter eficácia imediata sem desrespeitar o princípio da anterioridade eleitoral (Octavio Gallotti e Célio Borja);

2) a expressão "processo eleitoral" contida no art. 16 da Constituição abrange apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo (Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira);

3) o art. 16 visa impedir apenas alterações casuísticas e condenáveis do ponto de vista ético, e sua interpretação deve levar em conta as peculiaridades nacionais, o "Brasil real e não o Brasil teórico" (Sydney Sanches).

Os votos vencidos (ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho), vistos em seu conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão "processo eleitoral" e a teleologia da norma constitucional. Assim, tais votos procederam a uma interpretação mais ampla da expressão "processo eleitoral" e fixaram as seguintes balizas para a interpretação teleológica do art. 16:

1) o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; a *fase eleitoral* propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2) a teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e seus candidatos.

Após os referidos julgamentos, ocorridos no início da década de 1990, o Tribunal somente voltou a se pronunciar sobre o art. 16 da Constituição no ano de 2005, ao apreciar a ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello. Com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI 354.

Na **ADI 3.345**, o Tribunal entendeu que *a Resolução do TSE 21.702/2004 – a qual normatizou as razões determinantes do julgamento do RE 197.917 pelo STF, que definiram critérios de proporcionalidade para fixação do número de*

vereadores nos municípios – não ofendeu o art. 16 da Constituição. Os fundamentos da decisão foram delineados no voto do relator, ministro Celso de Mello, que, retomando as considerações antes proferidas no julgamento da ADI 354, fixaram a necessidade de interpretação do art. 16, levando-se em conta o significado da expressão "processo eleitoral" e a teleologia da norma constitucional. Está consignado na ementa do acórdão:

> *Princípio constitucional da anterioridade eleitoral: significado da locução "processo eleitoral" (CF, art. 16).*
>
> – A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas 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. Precedentes.
>
> – O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (*José Afonso da Silva* e *Antonio Tito Costa*).
>
> – A Resolução TSE 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.

Assim, as razões antes vencidas na ADI 354 passaram a figurar como fundamentos determinantes da atual jurisprudência do STF sobre o art. 16. Todos os julgamentos posteriores nos quais esteve envolvida a interpretação do art. 16 reportaram-se à teleologia da norma constitucional e ao significado da expressão "processo eleitoral" nela contida. Nesse último aspecto, *perdeu relevância a distinção antes efetuada pelos ministros Paulo Brossard e Moreira Alves entre direito eleitoral processual e direito eleitoral material.*

Importante observar que, até o julgamento da ADI 3.345 – no qual se iniciou essa segunda fase na jurisprudência –, a construção de consistentes parâmetros

de interpretação do princípio da anterioridade eleitoral ainda não havia resultado na declaração de inconstitucionalidade de normas com fundamento na aplicação do art. 16. Isso apenas veio ocorrer no julgamento da ADI 3.685.

O julgamento da **ADI 3.685**, rel. min. Ellen Gracie (julgamento em 22-3-2006), representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Foi a primeira vez que o STF aplicou a norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral. O objeto da ação foi a *EC 52/2006, que deu plena autonomia aos partidos para formarem coligações partidárias nos planos federal, estadual e municipal, revogando a legislação infraconstitucional que estabelecia a denominada "verticalização" das coligações*. Os fundamentos do julgado se basearam nas razões já fixadas na jurisprudência do STF sobre o art. 16 e avançaram em novas considerações sobre o significado do princípio da anterioridade na ordem constitucional de 1988.

Em primeiro lugar, entendeu-se que o conteúdo semântico do vocábulo "lei" contido no art. 16 é amplo o suficiente para abarcar a *lei ordinária* e a *lei complementar*, assim como a *emenda constitucional* ou qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato. Assim, se na ADI 3.345 o Tribunal já havia aferido a constitucionalidade de uma Resolução do TSE em relação ao art. 16, agora o fazia tendo como objeto uma emenda constitucional. O entendimento vem complementar a interpretação da palavra "lei" já efetuada pelo Tribunal no julgamento das ADI 718 e ADI 733, em que se definiu que tal lei seria aquela emanada da União no exercício de sua competência privativa de legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da Constituição).

Em segundo lugar, passou-se a identificar no art. 16 uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, *b*, da Constituição. Dessa forma, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 17-12-1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se nesse julgamento a noção de que o art. 16 é garantia de um "devido processo legal eleitoral", expressão originada da interpretação das razões do voto do ministro Sepúlveda Pertence nos julgamentos das ADI 354 e ADI 2.628.

Ambos os entendimentos levaram à conclusão de que o art. 16 constitui cláusula pétrea e, dessa forma, é oponível inclusive em relação ao exercício do poder constituinte derivado.

Na **ADI 3.741**, rel. min. Ricardo Lewandowski (julgamento em 6-8-2006), o Tribunal entendeu que *a Lei 11.300/2006, que operou a denominada "minirreforma eleitoral" para o pleito de 2006*, não violou o disposto no art. 16 da Constituição. Adotaram-se, naquele julgamento, os seguintes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade (condensados na ementa do acórdão):

1) Inexistência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral;

2) Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições;

3) Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito;

4) Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.

Por fim, encerrando a análise da jurisprudência do STF sobre o art. 16, cite-se o recente julgamento da medida cautelar na **ADI 4.307**, rel. min. Cármen Lúcia (julgamento em 11-11-2009). Na ocasião, o Tribunal, fundado nas razões que ficaram consignadas no julgamento da ADI 3.685, suspendeu a aplicação da *EC 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais.*

A análise efetuada já permite extrair da jurisprudência do STF as regras-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição, que são as seguintes:

1) O vocábulo "lei" contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, para abranger a lei ordinária, a lei complementar, a emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, do texto constitucional;

2) A interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão "processo eleitoral" e a *teleologia* constitucional.

2.1) O processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a *fase eleitoral* propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2.2) A teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a *deformação* do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* e que interfiram na *igualdade de participação* dos partidos políticos e seus candidatos.

3) O princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição, constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que, qualificada como *cláusula pétrea*, compõe o plexo de garantias do *devido processo legal eleitoral* e, dessa forma, é oponível ao exercício do poder constituinte derivado.

Fixados esses parâmetros, é possível analisar a LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral.

3. A LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral

A LC 135/2010 foi editada para regulamentar o art. 14, § 9º, da Constituição e, dessa forma, fixou novas causas de inelegibilidade que levam em conta fatos da vida pregressa do candidato.

Tendo em vista os parâmetros fixados na jurisprudência do STF, trata-se de uma lei complementar que claramente está abrangida pelo significado do vocábulo "lei" contido no art. 16 da Constituição, ou seja, é uma lei complementar que possui coeficiente de autonomia, generalidade e abstração e foi editada pelo Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral.

Na medida em que legislou sobre causas de inelegibilidade, a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência do STF como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Não há dúvida, portanto, de que a alteração de regras de elegibilidade repercute de alguma forma no processo eleitoral.

Essas constatações, um tanto apodíticas, visam apenas a superar a aplicação de alguns parâmetros extraídos da jurisprudência do STF (parâmetros 1 e 2.1 acima delimitados), mas não prescindem de um exame mais profundo sobre a efetiva repercussão da LC 135/2010 no processo eleitoral, tendo em vista a teleologia do princípio da anterioridade eleitoral.

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral (parâmetros 2.2 e 3).

Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do *casuísmo* da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do casuísmo acaba por levar à distinção subjetiva entre *casuísmos bons ou não condenáveis* (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e *casuísmos ruins ou condenáveis*, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do ministro Sydney Sanches).

Se o princípio da anterioridade eleitoral é identificado pela mais recente jurisprudência do STF como uma garantia fundamental do devido

processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado *considerações pragmáticas* que, no curso do pleito eleitoral, acabam por a *apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político*.

3.1 O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do *devido processo legal eleitoral*

A alteração de regras sobre inelegibilidade certamente interfere no processo político de escolha de candidatos, processo este que envolve os próprios candidatos, os partidos políticos e terceiros (por exemplo, os parentes que sofrerão com a possível causa de inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição).

Todos sabem que a **escolha de candidatos** para as eleições não é feita da noite para o dia; antes constitui o **resultado de um longo e complexo processo em que se mesclam diversas forças políticas**.

Uma vez que a situação jurídica dos candidatos encontra-se caracterizada na forma das normas vigentes do processo eleitoral, eventual alteração significativa nas "regras do jogo" frustrar-lhes-ia ou prejudicar-lhes-ia as expectativas, estratégias e os planos razoavelmente objetivos de suas campanhas.

Na medida em que os partidos políticos detêm o monopólio da apresentação de candidaturas, eles são também diretamente afetados pelas modificações nas regras sobre elegibilidade.

Apenas para que se tenha a dimensão da repercussão que a modificação do quadro normativo sobre elegibilidade de candidatos pode acarretar, é pertinente exemplificar como o desrespeito do prazo mínimo para a alteração da legislação de regência eleitoral afetaria o processo de escolha de candidatos, especialmente nas seguintes hipóteses:

1) Se a alteração ocorrer em período inferior a um ano da data da eleição, compromete a própria possibilidade de escolha dos candidatos quanto à filiação partidária, uma vez que a modificação legislativa se dá em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei (Lei 9.504/1997, art. 9º, *caput*) para que todos os candidatos a cargos eletivos: (a) requeiram a respectiva inscrição eleitoral ou a transferência de seu domicílio para a circunscrição na qual pretendem concorrer; e (b) estejam com a filiação definitiva deferida pelo respectivo partido político;

2) Se a alteração ocorrer em período inferior a seis meses da data da eleição, afeta a situação jurídica dos candidatos em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei para desincompatibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos, bem como eventualmente de seu cônjuge ou dos respectivos parentes (consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção), que vierem a concorrer, no território de jurisdição do titular, para a mesma referida eleição subsequente (CF, art. 14, §§ 6º, 7º e 9º, c/c LC 64/1990, art. 1º, II, III e IV, e §§ 1º a 3º);

3) Se a alteração ocorrer após 30 de junho do ano eleitoral, interfere na situação jurídica dos candidatos já escolhidos ou preteridos, uma vez que já 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 9.504/1997, art. 8º, *caput*).

Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual a LC 135/2010 é aplicável a esta eleição porque publicada antes das convenções partidárias, data na qual se iniciaria o processo eleitoral.

Esse sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência do STF, como já analisado. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior.

A EC 52, que tratou da chamada "verticalização" das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. Na ocasião, o ministro Carlos Britto se manifestou de forma muito enfática sobre o tema:

> E o fato é que a opção constitucional pela estabilidade ânua do processo eleitoral é bem mais serviente desse conjunto de valores em que os grêmios partidários gravitam. É algo bem mais previsível – e portanto mais seguro e autêntico – para quem pretenda se filiar ou prosseguir partidariamente filiado. O mesmo acontecendo, claro, com todos aqueles que pretendam se candidatar ou se recandidatar a cargo eletivo.

Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

A LC 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto poucos dias antes da realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/1997). Seria insensato considerar que – no período entre

o dia 4 de junho e o dia 5 de julho (data da formalização dos pedidos de registro de candidatura) – se pudesse recomeçar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras.

O entendimento segundo o qual a verificação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade deve observar as regras vigentes no dia 5 de julho não significa, de forma alguma, que tais regras sejam aquelas que foram publicadas a poucas semanas dessa data de referência. O complexo processo político de escolha de candidaturas não se realiza em apenas algumas semanas, ainda mais se tiver que se adequar, de forma apressada, a novas regras que alteram causas de inelegibilidade. Entendimento contrário levaria à situação-limite de aplicação imediata, no dia 5 de julho, de uma lei de inelegibilidade publicada no dia 4 de julho.

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 situação jurídica dos candidatos, mas também para a própria autonomia e liberdade dos partidos políticos, os quais ficariam totalmente à mercê da aleatoriedade de eventuais mudanças legislativas**.

A questão, dessa forma, gira em torno da restrição de direitos fundamentais de caráter político. Nesse contexto, cumpre fundamental papel o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional do **devido processo legal eleitoral**.

Neste ponto, cabe ressaltar que são completamente infundados os argumentos no sentido de que certas normas do capítulo dos direitos políticos na Constituição não constituiriam direitos fundamentais de caráter individual.

Modernamente, a *compreensão unitária* dos direitos fundamentais decorre do pluralismo da democracia material contemporânea (SCHAFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão.* Porto Alegre: do Advogado, 2005. p. 63). A incindibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais. A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas.

Nesse contexto, **os direitos políticos fundamentais apresentam uma estrutura jurídica complexa, pois exteriorizam características negativas (primeira geração) e, ao mesmo tempo, positivas (segunda e terceira gerações). São preponderantemente *direitos fundamentais individuais*, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias**

decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que têm por objetivo instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos, como é o caso, por exemplo, das eleições periódicas. De Vergotini, ao reconhecer a importância do conteúdo do direito para a sua classificação, propõe que se considere a existência, no âmbito da liberdade negativa (direitos individuais), de dois fenômenos distintos, mas complementares, quais sejam, *liberdade* **do** *Estado e liberdade* **no** *Estado*. O primeiro, liberdade **do** Estado, consubstancia-se nos direitos exercitáveis contra o poder político, os quais têm por escopo impedir interferências indevidas nas esferas privadas dos cidadãos. O segundo, liberdade **no** Estado, refere-se à participação ativa da pessoa na atividade política, traduzindo os primados de uma sociedade democrática e participativa (VERGOTINI, Giuseppe de. *Diritto constituzionale*. 2. ed. Padova: Cedan, 2000. p. 293. No mesmo sentido: MATO, Giuliano; BARBERA, Augusto (Org.). *Manuale di diritto pubblico*. 5. ed. Bologna: il Mulino, 1997, v. I, p. 229).

O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.

O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos.

Esse **entendimento está consignado na jurisprudência** desta Corte, especificamente no julgamento da **ADI 3.685**, rel. min. Ellen Gracie (julgamento em 22-3-2006), o qual representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Nesse julgamento, passou-se a identificar **no art. 16 uma garantia fundamental** do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, *b*, da Constituição, no sentido de que, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 17-12-1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se a noção de que **o art. 16 é garantia de um "devido processo legal eleitoral", expressão originada da interpretação das razões do voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354**.

3.2 O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da *igualdade de chances* (*Chancengleichheit*)

Em recente obra publicada pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales da Espanha, Óscar Sánchez Muñoz bem esclarece que toda

limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Estas são as palavras do autor:

> *En principio, la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales parece jugar siempre en contra de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, cualquier limitación del derecho a ser elegible, al significar una limitación potencial del acceso a la competición electoral, constituiría al mismo tiempo una limitación de la igualdad de oportunidades, y es cierto que no puede concebirse una limitación mayor de la igualdad de oportunidades en la competición electoral que impedir el acceso a dicha competición de alguna de las alternativas políticas que lo pretenden.*
> (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007. p. 92.)

De fato, **não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos**. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma **neutralidade do Estado** em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de estabelecer-se uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e fáticos. Quanto aos aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal. Quanto aos aspectos fáticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado (Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, cit. p. 599 (626)).

O princípio da *Chancengleicheit* parece ter encontrado sua formulação inicial na República de Weimar, com as obras de Herman Heller (*Probleme der Demokratie*, I und II, 1931, e *Europa und der Faschismus*, 1929) e de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, 1931, e *Legalität und Legitimität*, 1932).

Na concepção de Heller, "o Estado de Direito Democrático atual encontra seu fundamento, principalmente, na liberdade e igualdade da propaganda

política, devendo assegurar-se a todas as agremiações e partidos igual possibilidade jurídica de lutar pela prevalência de suas ideias e interesses" (HELLER, Herman. *Europa und der Faschismus*. Berlin/Leipzig, 1929. p. 95 et seq.). O notável publicista acrescentava que a fórmula técnica para preservar a unidade da formação democrática assenta-se na livre submissão da minoria à vontade majoritária, isto é, na renúncia das frações minoritárias a uma superação da maioria, mediante o uso da violência. Isso pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas de ela vir a se tornar maioria.

Por seu turno, advertia Carl Schmitt que um procedimento neutro e indiferente da democracia parlamentar poderia dar ensejo à fixação de uma maioria por via da matemática ou da estatística, causando, dessa forma, o próprio esfacelamento do sistema de legalidade. Tal situação somente haveria de ser evitada com a adoção de um princípio consagrador de igualdade de chances para alcançar a maioria, aberto a todas as tendências e movimentos. E, enfaticamente, asseverava Carl Schmitt:

> *Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de chance abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación.*
> (SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad.* Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971. p. 43-44.)

Com impecável lógica, consignava o eminente publicista que a legalidade do poder estatal conduz à negação e à derrogação do direito de resistência enquanto Direito, uma vez que ao poder legal, conceitualmente, não é dado cometer injustiças, podendo, para isso, converter em "ilegalidade" toda resistência e revolta contra a injustiça e antijuridicidade. E o eminente mestre acrescentava que:

> *Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos hors-la-loi, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante. Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada.*
> (SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad.* Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971. p. 46.)

Dessarte, a adoção do princípio de *igualdade de chances* constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há

de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria. Vale registrar, ainda nesse particular, o seu magistério:

> *El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia.*
> (SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971. p. 47.)

Na vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a "igualdade de chances" entre os partidos foi introduzida por Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (arts. 38 e 28) (FORSTHOFF, Ernst. *Die politischen Parteien im Verfassungsrecht*. Tübingen, 1950. p. 6 e 12).

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de "igualdade de chances", derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*) (LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*. *DJT*, p. C. 2).

Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3º, I).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral – *Wahlrechtsgleicheit* (Lei Fundamental, art. 38, I). As controvérsias sobre o financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e ao postulado geral da isonomia (art. 3º, I) passaram a ser invocados como fundamento do direito de igualdade de chances dos partidos políticos (BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht. Fernuniversität Hagen*, 1981, un. 2, p. 22-23).

Converteu-se, assim, a "igualdade de chances" em princípio constitucional autônomo, um autêntico *direito fundamental* dos partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte do poder público e dos seus delegados (TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*. Fernuniversität Hagen, un. 3, p. 23; TSATSOS, MOHR,

MORLOK e WENZEL. *Deutsches Staatsrecht*, Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 42; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 22-23).

Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava aplicação estritamente formal do princípio de "igualdade de chances". Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2º Senado da Corte Constitucional o conceito de "igualdade de chances gradual" – *abgestufte Chancengleicheit*, de acordo com a "significação do Partido" (*BVerfGE* 14, 121; LIPPHARDT. Op. cit., p. 691-692 et seq.).

Considerou-se, entre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (*faktische Chancen*) manifesta afronta ao princípio da *neutralidade*, que deveria ser observado pelo poder público em relação a todos os partidos políticos (LIPPHARDT. Op. cit., p. 442).

A Lei dos Partidos de 1967 veio consagrar, no § 5º, o princípio da igualdade de chances tal como concebido pela jurisprudência da Corte Constitucional, estabelecendo a seguinte disposição: "(1) Se um delegado do Poder Público coloca suas instalações ou serviços à disposição dos partidos, há de se dar igual tratamento às demais agremiações partidárias. A amplitude da garantia pode ser atribuída, gradualmente, de acordo com a 'significação do partido', assegurando-se, porém, um mínimo razoável à consecução dos objetivos partidários. A significação do partido é aferida, em especial, pelos resultados obtidos nas últimas eleições para a Câmara de Representantes. Ao partido com representação no Parlamento há de se assegurar uma participação não inferior à metade daquela reconhecida a qualquer outro partido".

Como se constata, o § 5º da Lei dos Partidos consagrou a *gradação* da "igualdade de chances" (*abgestufte Chancengleicheit*), estabelecendo inequívoca "cláusula de diferenciação" (*Differenzierungsklausel*) (LIPPHARDT. Op. cit., p. 699). É evidente que uma interpretação literal do dispositivo poderia converter o postulado da "igualdade de chances" numa garantia do *status quo*, consolidando-se a posição dos *partidos estabelecidos* (*etablierte Parteien*) (LIPPHARDT. Op. cit., p. 700; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit., p. 30-31).

Tal possibilidade já havia sido enunciada por Carl Schmitt, ao reconhecer que os partidos no governo desfrutam de inevitável vantagem, configurando-se uma autêntica e supralegal "mais-valia política" decorrente do exercício do poder. Após asseverar que a detenção do poder outorga ao partido dominante a forma de poder político que supera de muito o simples valor das normas, observa Carl Schmitt:

> *El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un Estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo. Por mas estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta*

> *el'Estado legislativo en la ejecución de la ley, resalta 'siempre lo ilimitado que está detrás', como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría.*
> (SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 49.)

Não se pode negar, pois, que os *partidos estabelecidos* gozam de evidente primazia em relação aos *newcomers*, decorrente, sobretudo, de sua posição consolidada na ordem política (TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit., p. 30). Por outro lado, a realização de eleições com o propósito de formar um Parlamento capaz de tomar decisões respaldado por uma nítida maioria enseja, não raras vezes, modificações legítimas nas *condições de igualdade*. Disso pode resultar, à evidência, um *congelamento* (*Erstarrung*) do sistema partidário (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland.* Heidelberg, 1982. p. 69).

Todavia, há de se observar que o direito de "igualdade de chances" não se compadece com a ampliação ou a consolidação dos *partidos estabelecidos*. Eventual supremacia há de ser obtida e renovada em processo eleitoral justo (*fairer Wettbewerb) e abrangente da totalidade da composição partidária* (LIPPHARDT. Op. cit., p. 700).

Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional e assente na Lei dos Partidos (§ 5º), há de levar em conta a "significação do partido". Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política ((...) *Anteil den sie an der politischen Willensbildung des Volkes hat*) (*BVerfGE* 24, 344; LIPPHARDT. Op. cit., p. 446). E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo desempenho eleitoral (LIPPHARDT. Op. cit., p. 446; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit., p. 25).

Não há dúvida de que a gradação da "igualdade de chances" *deve realizar-se cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário (LIPPHARDT. Op. cit., p. 700-701 e 438-439; TSATSOS, *Deutsches Staatsrecht*. Op. cit., p. 43; BATTIS. Op. cit., p. 22-25). Até porque o abandono da orientação que consagra a *igualdade formal* entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo poder público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário (BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht,* cit. p. 21-22; cf. tb. *BVerfGE*, 24, 300).

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas. Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em

autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma "adequada e eficaz propaganda" (*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*) (LIPPHARDT. Op. cit., p. 438-439). Considera-se, assim, que um *Sendezeitminimum* ("tempo mínimo de transmissão") deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua "significação" (LIPPHARDT. Op. cit., p. 438-439).

Ainda assim, verificam-se na doutrina sérias reservas *à gradação do direito de igualdade de chances*, no tocante às "transmissões eleitorais". É que tal oportunidade assume relevância extraordinária para os pequenos partidos e as novas agremiações, que, diversamente dos *etablierten Parteien*, não dispõem de meios adequados para difundir a sua plataforma eleitoral (GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit., p. 346-347). Também Tsatsos e Morlok sustentam, nesse particular, que a igualdade formal de todos os que participam do processo eleitoral deve ser decididamente afirmada. Entendem que, "em uma democracia, não constitui tarefa de um Poder onisciente e interventivo tomar providências que indiquem aos eleitores a imagem 'correta' dos partidos. Ao revés, com a escolha prévia dos partidos, arroga-se o Estado um direito que apenas é de se reconhecer à cidadania na sua manifestação eleitoral" (TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit., p. 32).

Digna de relevo é a problemática relativa ao financiamento dos partidos. Em 1958, declarou o *Bundesverfassungsgericht* a inconstitucionalidade de lei que facultava a subvenção aos partidos mediante desconto de imposto, ao fundamento de que tal prática não era compatível com o princípio de "igualdade de chances" (*BVerfGE* 8/51; Vide, TSATSOS. *Deutsches Staatsrecht*. Op. cit., p. 49; LIPPHARDT. Op. cit., p. 258-264). Posteriormente, declarou-se a inconstitucionalidade de disposição contida na lei de orçamento, que assegurava aos partidos representados no Parlamento significativa soma de recursos, entendendo que o funcionamento permanente das organizações partidárias mediante recursos públicos não era compatível com a liberdade e abertura do processo de formação da vontade popular (*BVerfGE*, 20, 56 ff – 19-7-1966 – TSATSOS, *Deutsches Staatsrecht*. Op. cit., p. 49-50; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit., p. 27-28).

Calcado na orientação consagrada pelo Tribunal, que considerava legítima apenas a alocação de recursos públicos para fazer frente aos elevados custos da campanha (*BVerfGE*, 20, 56), estabeleceu o legislador disposição que concedia aos partidos políticos que obtivessem o mínimo de 2,5% dos votos válidos apurados em cada região eleitoral uma subvenção a título de "reembolso de despesas eleitorais" (*Erstattung vom Wahlkampfkosten*) (Lei dos Partidos, § 18).

A Corte Constitucional declarou, todavia, a nulidade do preceito, pelos fundamentos seguintes: "No que concerne ao 'reembolso das despesas eleitorais', hão de ser contempladas todas as agremiações que participaram do prélio eleitoral,

não sendo possível estabelecer uma votação mínima (*Mindesstimmenanteil*) com a justificativa de que as eleições devam criar um parlamento com poder de decisão. Ao revés, tal exigência somente pode ser estabelecida como pressuposto indispensável de aferição da seriedade das propostas e programas apresentados pelos partidos, isto é, a sua avaliação pelos eleitores traduzida pelo resultado das eleições. No tocante ao 'reembolso das despesas eleitorais', há de se reconhecer o perigo de alguns grupos fragmentários tomarem parte do pleito tão somente em virtude da subvenção pública. A votação mínima que legitima a concessão do 'reembolso das despesas eleitorais' somente há de ser fixada tendo em vista as relações concretas fornecidas pelas eleições parlamentares. O número de eleitores correspondia, naquelas eleições, a cerca de 38 milhões; o número de votantes, a 33,4 milhões. Nessas condições, se considerada a média de participação nas eleições, um partido deveria obter cerca de 835.000 votos para atingir o percentual de 2,5% legalmente exigido. Tal exigência, como prova de seriedade dos esforços eleitorais, não parece razoável. Uma votação mínima de 0,5% dos votos apurados significaria que um partido deveria somar cerca de 167.000 votos. Um partido que logrou tantos sufrágios não pode ter contestada a seriedade de seu esforço eleitoral" (*BVerfGE* 24, 300) (BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit., p. 29-30). Em face da referida decisão, não restou ao legislador outra alternativa senão a de fixar em 0,5% o aludido *percentual mínimo* (Lei dos Partidos, § 18, 2).

Tais considerações estão a demonstrar que, não obstante eventuais percalços de ordem jurídica ou fática, a "igualdade de chances", concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da *neutralidade do Estado* em relação aos diversos concorrentes (GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, cit., p. 344-345). O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da "igualdade de chances" (Lei Fundamental, art. 3º, I). Ao revés, a igualdade de chances é considerada como derivação direta dos preceitos constitucionais que consagram o regime democrático (art. 20, I) e pluripartidário (art. 21, I) (LIPPHARDT. Op. cit., p. 92-93; GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts.* Band 1, cit., p. 344; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit., p. 22).

Não tenho dúvida de que a "igualdade de chances" é princípio integrante da ordem constitucional brasileira.

Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que "tão vital se afigura o princípio ao perfeito estruturamento do Estado Democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a

'brasileiros e estrangeiros residentes no País', o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas" (FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional de igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *RF* 161/78; cf. também, CAMPOS, Francisco. Parecer. *RDA* 72/403).

Em virtude, a chamada "força irradiante do princípio da igualdade" parece espraiar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

> A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: "A Constituição assegura com 'igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)'".
> (CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/396.)

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade. Registre-se o seu magistério:

> O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no País o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o polo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade.
> (CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/397.)

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos:

> O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações.
> (CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/397.)

Afigura-se, pois, dispensável ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais.

Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política (LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: C. H. Beck, 1979. p. 126-127).

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário.

No entanto, não se pode ignorar que, tal como apontado, a aplicação do princípio de "igualdade de chances" encontra dificuldades de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de *objetos*. E, do ponto de vista fático, impende constatar que o Estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, partidariamente ocupado (GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit., p. 344; cf. também, SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit., p. 49).

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os *partidos* estabelecidos e os *newcomers*, porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

Não se afirme, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia.

Mais uma vez é de se invocar a lição de Francisco Campos:

> Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discrição, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão só o princípio da legalidade, entendido como a exigência que os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei. Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de alterar a posição de neutralidade do Estado em face dos concorrentes, tomando o partido de uns contra outros, a ordem da concorrência não poderia ter a posição central e dominante que lhe cabe, incontestavelmente, no ciclo histórico que se abriu com a revolução industrial do Século passado e que ainda não se pode dar como encerrado no mundo ocidental. O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio de igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo ou destituído de qualquer significação.
> (CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/398.)

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, art. 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares *órgãos públicos ainda que não estatais*, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de *mediação* (*Vermittlung*) entre povo e Estado (Lei 5.682/1971, art. 2º) (LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungstaat-Verfassungsrecht*. Stuttgart, 1973. p. 81; DENNINGER, Erhard. *Staatsrecht*. Hamburg, 1973. p. 71-74).

Esta *mediação* tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

E a disputa eleitoral é condição indispensável do próprio modelo representativo, como assinala Rezek:

> O regime representativo pressupõe disputa eleitoral cuja racionalidade deriva da livre concorrência entre os partidos, cada um deles empenhado na reunião da vontade popular em torno de seu programa político. Não merece o nome de partido

> político, visto que não lhe tem a essência, o chamado "partido único": aqui se trata, antes, de um grande departamento político do Estado, fundado na presunção de que seu ideário representa a vontade geral a ponto de alcançar o foro da incontestabilidade. As eleições, no Estado unipartidário, não traduzem o confronto de teses programas, mas a mera expedição popular, em favor dos eleitos, de um atestado de habilitação ao cumprimento do programa que de antemão se erigira em dogma. A pluralidade de partidos não é, dessa forma, uma opção. Sem ela não há que falar, senão por abusiva metáfora, em partido político de espécie alguma.
> (REZEK, Francisco. *Organização política do Brasil*: estudos de problemas brasileiros (texto de aula). Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 34.)

Portanto, não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de "igualdade de chances".

O princípio da "igualdade de chances" entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, entre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.

3.3 O princípio da anterioridade eleitoral como *garantia constitucional das minorias* papel da jurisdição constitucional na democracia

A faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional do processo eleitoral obriga-o a considerar que as modificações das regras do jogo dentro do parâmetro temporal previsto pelo art. 16 da Constituição pode acarretar sérias consequências no próprio resultado do pleito.

Com efeito, a inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas na legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia inerentes ao devido processo legal eleitoral, **influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos**.

O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o poder legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral.

Se hoje admitirmos que uma nova lei pode ser publicada dentro do prazo de um ano que antecede a eleição para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos que também admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar

os mesmos prazos de inelegibilidade com efeitos retroativos. E assim a cada pleito eleitoral os requisitos de elegibilidade ficariam a mercê das vontades políticas majoritárias.

Nesse caminho que pode seguir ao infinito, os direitos de participação política invariavelmente serão atingidos em seu núcleo essencial, que funciona como limite dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais.

E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte.

Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a **proteção das minorias** parlamentares **exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa**.

A proposta de Hans Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, assentava exatamente na situação em que a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias (KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed. 1929. p. 101).

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

> Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses

> constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.
>
> (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 181-182.)

Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle (GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977. p. 83 (95)). Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do poder público.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

A jurisdição constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa**. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas esta**

é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.

Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional – é um texto fascinante, cuja não tradução para o português eu sempre lamento –; e está na obra de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia.

Diz Zagrebelsky:

> Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi*, *vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acríticos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.
>
> Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.
>
> Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.
>
> Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.
>
> A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).
>
> Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor.
>
> (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: *II Crucifige! e la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995.)

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de 120 páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: *Quem é democrático*: *Jesus ou Pilatos?*, retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

> Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifica-lhe*! Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.
>
> Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.
>
> Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.
>
> Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer – é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de aguentar.

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia.

A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de 1.600.000 cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. **Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado**

ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições.

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição.

Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* ao qual esta Corte se destina.

O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado.

4. Conclusão

Com essas considerações, conheço do recurso extraordinário para:

a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos tribunais e turmas recursais do País a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada.

b) dar provimento ao presente recurso, fixando a não aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições gerais de 2010.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Poderia, presidente, fazer uma série de considerações a propósito dessa discussão; já tive oportunidade de dizer que, não raras vezes, a Corte tem que defender o próprio cidadão contra a sua própria sanha, contra os seus próprios instintos, porque, em algum momento, diante de determinada quadra, legitima-se até mesmo o fuzilamento, a pena de morte, aplaudem-se os linchamentos. É preciso, portanto, ter-se muito cuidado com a valoração desse chamado sentimento popular.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite? Hoje mesmo eu observei na internet uma notícia emanada de um dos integrantes do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, que estimulou e defendeu no Congresso a aprovação dessa lei, dizendo que ela foi mal aplicada em relação a determinados candidatos, como se pudesse a Justiça Eleitoral escolher quem será submetido ou quem não será submetido a sua jurisdição.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Veja o risco desse tipo de opção. Portanto, presidente, é preciso que nós tenhamos exatamente a dimensão da nossa responsabilidade institucional. Em relação aos fundamentos do recurso

extraordinário, parece suficiente o art. 16 – para dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da LC 135 às eleições gerais de 2010.

Eu poderia avançar em relação a outros fundamentos, em relação à questão da retroatividade, sobre a qual me manifestei aqui, já no caso Jader Barbalho. Poderia também discutir a própria questão da coisa julgada. Presidente, eu não tinha percebido, essa lei a toda hora nos surpreende, mas ela tem uma conotação que talvez tenha escapado a muitos ditadores, em termos de uma aplicação retroativa. Veja Vossa Excelência, em relação à improbidade – eu fiz um exercício mental para apreender e fiquei realmente espantado –, ela manda aplicar desde a decisão condenatória por um órgão colegiado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sem a necessidade do trânsito em julgado do acórdão!

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Sem necessidade do trânsito em julgado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Um direito inerente à cidadania é afastado sem o devido processo legal estar encerrado.

O sr. ministro Ayres Britto: Já enfrentaremos essa questão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Imaginemos então, presidente, que daí se interponha recurso extraordinário ou recurso especial, se se tratar de improbidade administrativa, inclusive era uma exigência, que só depois do trânsito em julgado, e ela veio exatamente modificar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ocorrerá execução definitiva, sem título devidamente formalizado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Aí, presidente, veja Vossa Excelência, suponhamos que da decisão de segundo grau até o trânsito em julgado vamos ter aí um tempo que vai mediar algo em torno de quatro anos. Já está com a inelegibilidade consagrada. Vamos dizer que a sentença diga que essa pessoa está com os direitos políticos suspensos, se se tratar de improbidade administrativa, por dez anos. Então, ela quedará dez anos, com os direitos políticos suspensos.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Mais dez.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Portanto, nós estamos aqui com catorze anos. Daí, presidente, é que se aplicam os oito anos. Dependendo do tipo de pena que nós tenhamos, aqui nós chegaremos à pena perpétua, presidente. Não sei se as pessoas se deram conta, não sei se os autores da lei tiveram exatamente esta intencionalidade.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Por que não? Tudo é possível!

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Então, vejam que é de uma gravidade para a qual eu não tinha ainda atentado. Se se tratar de um processo criminal que imponha uma pena de catorze anos, então nós teremos o mesmo quadro.

Depois do trânsito em julgado, portanto, a partir do segundo grau, já estará com a inelegibilidade consagrada; depois, catorze anos, com os direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação, e daí se contam oito anos. Portanto, nós podemos facilmente chegar, em alguns casos, para além do limite, previsto no Código Penal, de trinta anos, presidente.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Ayres Britto: Para isso que existe o devido processo legal substantivo. Nós estamos autorizados pela Constituição a policiar os excessos de legiferação, mas caso a caso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Eu estou mostrando que, nesse caso, a aplicação dessa pena de seis anos e alguns meses de improbidade envolveria, na verdade, algo em torno de vinte anos de inelegibilidade ou de suspensão dos direitos políticos.

Veja Vossa Excelência, portanto, a gravidade. Não consigo nem imaginar que tenha sido essa a intenção, mas se foi, realmente é algo para a psiquiatria jurídica, presidente; não é mais um tema jurídico. Mas limito-me a discutir a questão do art. 16. Faço apenas essas considerações para mostrar que, se se aprofunda no exame, há outros elementos a serem verificados. Dou provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da lei complementar às eleições gerais de 2010.

VOTO

Recurso extraordinário. Direito eleitoral. Inelegibilidade decorrente da LC 135/2010. Indeferimento de registro de candidatura a deputado estadual. Condenação judicial, por órgão colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 1º, I, l, da LC 64/1990, na redação que lhe conferiu a LC 135/2010). Princípio da moralidade administrativa. Limites temporais da aplicação da cognominada "Lei da Ficha Limpa". Art. 16 da Constituição Federal. Regra da anterioridade eleitoral. Alteração do processo eleitoral. Status de cláusula pétrea. Devido processo legal eleitoral. Preservação da igualdade de chances nas eleições. Método de interpretação e de aplicação das regras e dos princípios jurídicos. Postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais. Segurança jurídica. Princípio da proteção da confiança. Comportamento estatal que enseja a frustração das expectativas legítimas dos envolvidos no pleito eleitoral. Impossibilidade de a LC 135/2010 atingir as eleições ocorridas no ano de sua entrada em vigor. Necessária observância do art. 16 da Constituição Federal. Provimento do recurso extraordinário.

1. A "Lei da Ficha Limpa" representa um dos mais belos espetáculos democráticos experimentados após a Carta de 1988, porquanto lei de iniciativa popular com o escopo de purificação do mundo político, *habitat* dos representantes do povo, fundada nos princípios constitucionais da probidade e da moralidade administrativa (CF, art. 14, § 9º).

2. Os postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais, que impõem a vedação a que o intérprete inutilize comandos normativos

estabelecidos na Carta Constitucional de 1988, têm por consequência jus-filosófica que mesmo o melhor dos direitos não pode ser aplicado contra a Constituição.

3. A regra da anualidade eleitoral, fixada no art. 16 da Constituição Federal, determina que "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".

4. O processo eleitoral, cuja estabilidade é assegurada pela regra da anualidade, compõe-se de três fases: *fase pré-eleitoral*, com as convenções partidárias e a definição do candidato; *fase eleitoral*, com o início, a realização e o encerramento da votação; e *fase pós-eleitoral*, com a apuração e contagem dos votos, seguida da diplomação dos candidatos (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello).

5. A expressão *processo eleitoral*, utilizada no dispositivo, abarca normas de conteúdo procedimental e material, dada a finalidade de preservar o devido processo legal eleitoral, interditando a eficácia imediata de inovações legislativas abruptas, porquanto são justamente as regras de direito material no domínio eleitoral que mais podem influenciar a isonomia e a igualdade de chances nas eleições.

6. A restrição do âmbito de legitimados a concorrem no pleito, veiculada por normas de inelegibilidade, como fez a LC 135/2010, configura inequívoca alteração no processo eleitoral, entendido como a série concatenada de atos dirigidos à definição dos mandatários políticos através do jogo democrático. Entendimento diverso conduziria ao paradoxo de consentir fosse dado aos titulares do poder a edição, em conflito com o princípio do pluralismo político (CF, art. 1º, V), de regras de exceção restritivas do ponto de vista subjetivo, interferindo na igualdade de chances de acesso aos cargos públicos.

7. Trata-se de recurso extraordinário em que questionada a aplicação da cognominada "Lei da Ficha Limpa" (LC 135/2010) às eleições ocorridas no ano de 2010, mormente por conta da previsão, na nova redação do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, de novel hipótese de inelegibilidade, configurada diante de condenação, por órgão judicial colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa.

8. O sistema constitucional de inelegibilidade, quando da entrada em vigor da LC 135/2010, já havia sido integralizado, há vinte anos, pela LC 64/1990, descabendo falar, no caso *sub judice*, de risco de configuração de vácuo legislativo, porquanto a "Lei da Ficha Limpa", apesar de todos os seus inquestionáveis méritos, *alterou* – para usar a expressão literal do art. 16 da CF – o regime das inelegibilidades já em vigor no direito brasileiro.

9. Consequentemente, inexistentes, *in casu*, as mesmas razões de decidir que presidiram o julgamento do RE 129.392/DF, relator o ministro Sepúlveda Pertence, apreciado na sessão de 17-6-1992.

10. O art. 16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da novel teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma *regra jurídica*, e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes.

11. À Suprema Corte brasileira descabe simplesmente *reescrever* o art. 16 da Constituição Federal, no sentido de que, onde se lê "não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência", seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias, ou a data em que ocorrido o registro da candidatura, porquanto já tomada a decisão, pelo legislador constitucional, a respeito

do marco inicial para a segurança jurídica no processo eleitoral, qual a inteireza do ano em que ocorrem as eleições.

12. A dinâmica eleitoral não se inicia apenas formalmente na convenção partidária: há movimentos políticos de estratégia que ocorrem antes, pela conjugação e harmonização de forças, como é notório, e *notoria non egent probationem*, por isso que esse fato não pode ser simplesmente desconsiderado na identificação da razão subjacente ao art. 16.

13. Deveras, se há razões para condicionar à regra da anterioridade a eficácia de emenda à Constituição publicada no mês de março – também antes, portanto, do período das convenções partidárias –, tal como decidido por este STF no julgamento da ADI 3.685/DF, não há como entender diferente quanto à lei complementar publicada no mês de junho.

14. Os efeitos imediatos da LC 135, de 4 de junho de 2010, infringem o princípio da *proteção da confiança*, difundido no direito germânico e que, mais recentemente, ganha espaço no cenário jurídico brasileiro. Consectariamente, a ampliação das atividades estatais faz crescer uma exigência por parte dos cidadãos de maior constância e estabilidade das decisões que lhes afetam, de modo que um cidadão não consegue planejar sua vida se o Estado não atuar de forma estável e consistente. Mudança e constância são, dessa forma, duas expressões que colidem no mundo pós-moderno.

15. O princípio da proteção da confiança, imanente ao nosso sistema constitucional, visa a proteger o indivíduo contra alterações súbitas e injustas em sua esfera patrimonial e de liberdade, e deve fazer irradiar um direito de reação contra um comportamento descontínuo e contraditório do Estado.

16. O art. 16 da Carta de 88 materializou o que a doutrina alemã denomina de disposições de transição; vale dizer: dispositivo constitucional que, ao deslocar, para um momento futuro, os efeitos de uma nova lei capaz de interferir no processo eleitoral, amortece os efeitos da nova norma, viabilizando a coesão social e a tutela da confiança que os indivíduos depositaram no Estado brasileiro.

17. A aplicação imediata da novel lei agride o princípio da proteção da confiança, dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, tornando incerto o que certo, instável o que o texto constitucional buscou preservar. Como corolário do dispositivo, todo e qualquer candidato ou eleitor não esperavam ser afetados pelas mudanças encartadas na LC 135/2010 em relação às eleições de 2010.

18. A Lei da Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

19. Recurso extraordinário provido.

O sr. ministro Luiz Fux: Preliminarmente, gostaria de destacar que, mercê de os votos confluírem nalguns aspectos, a nossa proposição pretende fazer uma rápida incursão nos antecedentes da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), para, empós, aferir a sua constitucionalidade à luz do art. 16 da Constituição Federal e da cláusula da segurança jurídica, sob o enfoque da proteção da confiança ou do princípio da confiança legítima.

Cumpre-nos, nesse afã prefacial, destacar que a Lei da Ficha Limpa representa um dos mais belos espetáculos democráticos experimentados após a Carta

de 1988, porquanto lei de iniciativa popular com o escopo de purificação do mundo político, *habitat* dos representantes do povo – aqueles que expressam a vontade popular, na memorável expressão de Friedrich Müller, na sua monografia *Quem é o Povo?*[1], prefaciada magnificamente por Fábio Konder Comparato.

É cediço que dos juízes reclama-se um conhecimento enciclopédico, uma isenção hercúlea, tudo envolto numa postura olímpica. Se assim o é, e é assim que se passam as coisas do mundo judicial, dos políticos espera-se moralidade no pensar e no atuar, virtudes que conduziram ao grito popular pela Lei da Ficha Limpa.

Na verdade, a moralidade no exercício do mandato político é a mesma que se impõe ao agente administrativo em geral, como entreveem os administrativistas clássicos de ontem e de hoje. Na percuciente visão de Hauriou[2], não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração. No mesmo sentido ensinam Henri Welter e Lacharrière, assentando este último que a moral administrativa é o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da administração, o superior hierárquico – *hoje, no Brasil, o próprio texto constitucional de 1988* – impõe aos seus subordinados[3].

Essa moralidade, pauta jurídica dos agentes públicos, sintetiza-se no dever de atuar com lealdade e boa-fé do homem comum, que sabe distinguir o honesto do desonesto, o legal do ilegal, o justo do injusto, e assim por diante, à luz do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe no seguinte sentido, *verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

A probidade e a exação da conduta dos políticos, assim, eclipsa a moralidade que se pretende com a denominada Lei da Ficha Limpa, e se acomoda no espírito conceitual versado pelos ensaístas do tema, como, *v.g.*, Jesus Gonzalez Perez[4], Márcio Cammarosano[5] e o insuperável Celso Antônio Bandeira de Mello[6].

Deveras, é cediço que também integra a moralidade a obediência às decisões judiciais, às leis e, com maior razão, à Constituição Federal. A atividade de

---

1 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Malheiros, 2010.

2 HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif.* Paris, 126, p. 197.

3 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 89.

4 PEREZ, Jesus Gonzalez. *El princípio general de la buena fe em el derecho administrativo*. Madrid, 1983.

5 CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Forum, 2006.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 120.

quem quer que exerça uma função pública e desobedeça a Constituição Federal deve ser acoimada de uma atividade imoral. E é sob este prisma que Orozimbo Nonato, na coletânea *Memória Jurisprudencial*, publicada nesta Corte Suprema[7], assenta que *o melhor dos direitos não pode ser aplicado contra a Constituição.*

A partir desse pano de fundo axiológico, a questão *sub judice* suscita a indagação sobre se a criação de interdições à elegibilidade de candidatos no próprio ano da eleição viola o art. 16 da Constituição Federal, que assim dispõe, *verbis*:

> 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. (Redação dada pela EC 4, de 1993).

O princípio da unidade da Constituição revela que as normas constitucionais se interligam, razão pela qual não há regras inúteis e desprezíveis no texto constitucional, ideário de uma nação, e que por isso deve ser prestigiado em todos os seus dispositivos, como assentam Hans Kelsen[8] e Konrad Hesse[9], para nos limitarmos a duas grandes expressões do constitucionalismo.

A regra do art. 16, na sua interpretação literal, traz como *punctum saliens* o processo eleitoral, por isso que, a partir da sua concepção, ou seja, da concepção do que seja processo eleitoral, torna-se clara a *mens legis* e aquilo que pretende dizer a Constituição Federal, ao proibir a mudança do processo eleitoral no mesmo ano da eleição.

Resta evidente, por conta desse objetivo, que a expressão *lei,* utilizada no texto maior, tem sentido lato, compreendendo qualquer lei ordinária, complementar ou mesmo emenda constitucional, pois todas essas espécies normativas são capazes de atingir a segurança e a estabilidade de que devem gozar as eleições. Assim já se pronunciou esta Corte, assentando que a regra insculpida no art. 16 da CRFB é cláusula pétrea e que, portanto, impõe-se mesmo diante de emenda constitucional, consoante decidido na ADI 3.685/DF, relatora a ministra Ellen Gracie, posto garantir direito político fundamental *pro* eleitor e *pro* candidato.

Subjaz, assim, a indagação do que seja o fenômeno jurídico interditado, qual o da alteração do processo eleitoral. O que significa alterar o processo eleitoral no mesmo ano da eleição?

O tema, à luz do dispositivo constitucional retratado, expõe a justeza do que se contém no voto do eminente relator, o ministro Gilmar Mendes, a cujos argumentos, na sua inteireza, manifesto a minha adesão. Mas não é somente isso que nos inclina a convergir na direção da conclusão do seu voto.

---

[7] LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial*: ministro Orozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 131.

[8] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 228 et seq.

[9] HESSE, Konrad, La interpretación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constituticionalides, 1983. p. 48.

A primeira interpretação do disposto no art. 16 da CF, inegavelmente simples, cinge-se em se verificar se uma lei foi promulgada e aplicada no mesmo ano da eleição, porquanto, se assim o foi, desconsiderou o comando constitucional; violou-o, habilitando o prejudicado ao recurso veiculador do *error in judicando*.

De outro lado, o sentido da expressão *processo eleitoral*, utilizada no art. 16 da CRFB, não pode ser confundido, de modo algum, com processo jurisdicional eleitoral, isto é, com as regras do processo judicial que tramita junto à Justiça Eleitoral. É que não há qualquer relação entre a finalidade de segurança por detrás do art. 16 da CF, que garante a igualdade de condições no pleito a ser realizado, e a imunização, no período de um ano, das regras de processo judicial na Justiça Eleitoral.

Na realidade, a expressão processo eleitoral foi utilizada pelo constituinte no sentido colhido da teoria geral do direito, como *série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade*, qual seja: a definição dos mandatários políticos através do jogo democrático.

Desta sorte, inexiste oposição entre *direito material* e *processo eleitoral*, para fins de incidência do art. 16 da CF. Ao revés, são justamente as regras de direito material no domínio eleitoral que *mais podem influenciar a isonomia e a igualdade de chances nas eleições*, de modo que é especialmente para estas hipóteses que se dirige o dispositivo. A assertiva vem confirmada pela jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal, que reconhece, como fez na ADI 3.345, relator o ministro Celso de Mello, que o processo eleitoral se compõe de três fases: *fase pré-eleitoral*, com as convenções partidárias e a definição do candidato; *fase eleitoral*, com o início, a realização e o encerramento da votação; e *fase pós-eleitoral*, com a apuração e a contagem dos votos, seguida da diplomação dos candidatos. Ora, não há como negar que tais fases são compostas não só de normas procedimentais, mas principalmente por regras de conteúdo substancial, que disciplinam os requisitos de fundo a serem satisfeitos em cada etapa.

Firmada a premissa de que o comando do art. 16 da CF se dirige também a normas eleitorais de conteúdo substancial, a única conclusão possível de se alcançar, com a devida vênia dos entendimentos em contrário, é que as novas hipóteses de inelegibilidade previstas na LC 135/2010 não podem ser aplicadas para as eleições ocorridas no próprio ano em que entraram em vigor.

De fato, se o processo eleitoral, como visto, tem início com o ato da convenção partidária, cuja finalidade é a definição dos candidatos ao pleito, é evidente que as regras que interferem *na produção desse ato*, com a enunciação das *qualidades subjetivas* que devem satisfazer os candidatos, integram o processo eleitoral, *pois é justamente disso que tratará a convenção partidária*. Em outras palavras, os requisitos que a lei estabelece para o ato inicial do processo eleitoral devem estar inequivocamente submetidos à regra da anualidade, conclusão essa que se justifica principalmente à luz *da isonomia e do equilíbrio nas eleições*,

que devem presidir a interpretação do art. 16 da CF, porquanto é inquestionável que qualquer restrição à elegibilidade interfere na igualdade de chances de acesso aos cargos públicos.

Destarte, inequívoco que as normas de inelegibilidade atingem o quadro subjetivo dos competidores no processo eleitoral, elemento essencial e principal do processo eleitoral, em torno do qual todos os demais giram.

Entendimento diverso conduziria ao paradoxo no sentido de que a proteção do art. 16 seria inócua, pois estaria ao alcance dos atuais titulares do poder político a previsão de leis restritivas do ponto de vista subjetivo, afastando tais ou quais categorias de pessoas da possibilidade de concorrerem, e com isso interferindo na segurança de que devem gozar as eleições. Se a finalidade do art. 16 é assegurar também o *pluralismo político* no pleito (CF, art. 1º, V), com igualdade de condições entre quem está no poder e quem está fora, para que os primeiros não criem regras de exceção, de última hora, em benefício próprio, o dispositivo deve necessariamente abranger também as condições de elegibilidade.

Outrossim, não é cabível a aplicação ao presente caso da tese vencedora no julgamento do RE 129.392/DF, relator o ministro Sepúlveda Pertence, apreciado na sessão de 17-6-1992. Naquele caso, como se sabe, discutiu-se se a aplicação da LC 64/1990, que hoje foi alterada pela LC 135/2010, estava sujeita ou não à regra do art. 16 da Constituição, na redação anterior à EC 4/1993. Naquela oportunidade, a conclusão a que se chegou, contra os votos vencidos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Carlos Velloso, Aldir Passarinho e Sepúlveda Pertence, foi pelo afastamento da incidência da regra da anualidade, pois a LC 64/1990 havia sido editada de forma a verdadeiramente *inaugurar* um sistema constitucional de inelegibilidades, concretizando o disposto no art. 14, § 9º, da CF. Entendeu a maioria, assim, que a eficácia deste último dispositivo constitucional não poderia ser restringida pelo art. 16 da CF, de idêntica hierarquia, de vez que, se não tolerada a eficácia imediata da LC 60/1994, haveria um *vácuo legislativo* sobre o tema das inelegibilidades, esvaziando o comando do art. 14, § 9º, da CF.

Ocorre, porém, que não há mais, atualmente, o contexto que ensejou a conclusão alcançada pela douta – *e apertada* – maioria naquele precedente. Com efeito, não há mais o vácuo legislativo que poderia conduzir, se negada aplicabilidade à LC 135/2010, ao esvaziamento da eficácia do art. 14, § 9º, da CF. O regime das inelegibilidades, sob o pálio da Constituição de 1988, já foi instituído desde a década de 90 pela LC 64/1990, há vinte anos, portanto. Descabe falar, assim, de caráter inaugural na LC 135/2010, que, apesar de todos os seus inquestionáveis méritos, *alterou* – para usar a expressão literal do art. 16 da CF – o regime das inelegibilidades já em vigor há duas décadas no direito brasileiro.

Desta sorte, inexistentes as mesmas razões de decidir que presidiram o julgamento do RE 129.392/DF, uma vez que, repita-se, o sistema constitucional de inelegibilidade, quando da entrada em vigor da LC 135/2010, já havia sido integralizado, há vinte anos, pela LC 64/1990, inoperante a máxima *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*. Ora, não havendo, *in casu*, qualquer risco de configuração

de vácuo legislativo, descortina-se que o conteúdo da LC 135/2010 consubstancia inequívoca alteração do regime das elegibilidades, e, como tal, incide na interdição constitucional do art. 16 da CRFB.

Refute-se, por oportuno, com a devida vênia, o argumento de que a publicação da LC 135/2010 *antes das convenções partidárias*, nas quais ocorre a definição dos candidatos, seria suficiente para satisfazer as razões subjacentes ao art. 16 da Constituição. Segundo referido raciocínio, os partidos políticos e seus filiados teriam tido tempo suficiente para deliberar em igualdade de condições quanto à escolha dos respectivos candidatos segundo as regras novas, na medida em que a publicação da LC 135/2010 ocorreu em 7 de junho de 2010, três dias antes do período fixado pelo TSE para a realização das convenções partidárias – de 10 de junho a 30 de junho. Assim, conforme essa tese, por não ter havido surpresa quanto ao regime jurídico subjetivo dos candidatos, não haveria violação ao art. 16 da CF.

Apesar da aparente sedução do argumento, que se funda nas razões subjacentes à regra da anualidade eleitoral, o mesmo não merece acolhida. É que o enunciado normativo do art. 16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da novel teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma *regra jurídica*. Ao contrário dos *princípios jurídicos*, que apelam imediatamente para estados ideais a serem alcançados – como os princípios da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) ou da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) –, as regras se caracterizam pela enunciação de uma hipótese de incidência e, simultaneamente, do comando a ser desencadeado pela configuração de seus pressupostos de fato[10].

Essa constatação, do ponto de vista metodológico, impõe não seja possível, na aplicação de regras jurídicas, simplesmente *desconsiderar* seus enunciados linguísticos para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes, a fim de que, identificadas tais razões, serem aplicados ao caso, *a despeito do que preveja a regra*, diretamente os fundamentos que teve em vista o legislador ao instituí-la. Este raciocínio é próprio aos princípios jurídicos, que, como dito acima, conclamam o aplicador a ter em vista a concretização de estados ideais a serem alcançados, muitas vezes sob a técnica da ponderação de interesses, que deve se fazer presente, como se sabe, sempre que a finalidade proclamada por um princípio colida com o que prega outro de igual hierarquia.

Diversamente, as regras se caracterizam justamente pela *segurança* e pela *previsibilidade* que decorrem de seu *método subsuntivo de aplicação*, que parte da hipótese de incidência para alcançar o comando nela cristalizado. E esse método de aplicação se justifica, pois as regras já representam *uma decisão*, pelo legislador, *acerca da acomodação dos diversos vetores em jogo*, que, no caso dos

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316-8; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64 et seq; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 166 et seq.

princípios, ao contrário, é delegada pela lei ao aplicador, de modo a ser feita à luz das particularidades do caso concreto.

Em síntese, o fato de o legislador optar por instituir uma regra – e não um princípio –, como no caso do art. 16 da CF, é motivo suficiente para que não sejam desconsiderados seus enunciados linguísticos, que representam, na realidade, a decisão já tomada no domínio da democracia quanto às diversas razões que poderiam conduzir a soluções opostas, ou simplesmente diferentes, a respeito da segurança jurídica no processo eleitoral. É nesse sentido, por exemplo, a lição de Frederick Schauer, renomado professor da Universidade de Virgínia e ex-professor da Universidade de Harvard, que traça com clareza as linhas gerais do método de aplicação das regras:

> *We have now distinguished two types of decision-making, the distinction being a function of the way in which prescriptive generalizations directed to any decision-maker are, ordinarily, under- and over-inclusive instantiations of deeper justifications. Under one sort of decision-making, these instantiations are intrinsically unweighty guides to the application of their background justifications, and so provide no normative pressure in cases in which the results they indicate diverge from the results indicated by direct application of those background justifications. But under another sort of decision-making these instantiations are treated as entrenched, such that the instantiation provides normative pressure qua instantiation even in those cases in which application of that instantiation frustrates the justification (or justifications) lying behind it.*
>
> *We can now label the two forms of decision-making. Because one treats what look like rules in form only as weightless rules of thumb (a term I will subject to closer scrutiny in the concluding section of this chapter), not allowing them to interfere with the fullest consideration of all relevant (according to the applicable justification or array of justifications) features of the event calling for a decision, I will refer to it as particularistic. Particularistic decision-making focuses on the particular situation, case, or act, and thereby comprehends everything about the particular decision-prompting event that is relevant to the decision to be made. By contrast, the second type of decision-making, excluding from consideration some properties of the particular event that a particularistic decision procedure would recognize, is the one I refer to as rule-based. Rule-based decision-making fails to be particularistic just because some otherwise relevant features of the decision-prompting event are actually or potentially ignored by the under- and over-inclusive generalization constituting the factual predicate of any rule*.[11]

---

[11] SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*: *a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 77-78. Em sentido similar, no direito brasileiro, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210-1: "Como já dito e reiterado, regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. Essa característica dos princípios pode acarretar duas consequências. Por vezes, a abstração do estado ideal indicado pela norma dá ensejo a certa elasticidade ou indefinição do seu sentido. É o que acontece, *e.g*., com a dignidade da pessoa humana, cuja definição varia, muitas vezes, em função das concepções políticas, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete. Em segundo lugar, ao empregar princípios para formular opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, a Constituição nem sempre escolhe os meios que deve ser empregados para

Esses postulados teóricos aplicáveis ao caso *sub examine* impedem que a Suprema Corte brasileira simplesmente *reescreva* o art. 16 da Constituição Federal, no sentido de que, onde se lê "não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência", seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias, ou a data em que ocorrido o registro da candidatura. A regra do art. 16 da CF, ao concretizar o princípio da segurança jurídica no domínio eleitoral, definiu um marco claro e preciso para a eficácia de novas leis que pretendam alterar o processo eleitoral, qual seja: a lei não pode atingir as eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada sua vigência. E um ano, evidentemente, não é igual a quatro meses, espaço de tempo que medeia entre o mês de junho (entrada em vigor da LC 135/2010) e o mês de outubro (mês de realização das eleições).

Mercê desse aspecto metodológico, a dinâmica eleitoral não se inicia apenas formalmente na convenção partidária: há movimentos políticos de estratégia que ocorrem antes, pela conjugação e harmonização de forças, como é notório, e *notoria non egent probationem,* por isso que esse fato não pode ser simplesmente desconsiderado na identificação da razão subjacente ao art. 16. Se permitida a incidência de lei publicada apenas *três dias antes* do começo do período das convenções partidárias, assim, haveria um prejuízo material ao debate democrático, pois a própria definição dos candidatos poderia ficar à deriva, dado o risco de alteração, de modo abrupto, das regras sobre inelegibilidade, com inegável afronta à previsibilidade que deve presidir o jogo eleitoral. Deste modo, mesmo que interpretado o art. 16 da CF à luz de sua razão subjacente – *i.e*., a segurança jurídica, da qual decorrem o equilíbrio e a igualdade nas eleições –, seu comando não poderia ser afastado no presente caso.

Nesse segmento, rememore-se que no julgamento da ADI 3.685/DF, na qual se discutiu a aplicação no tempo, para as eleições de 2006, das novas regras sobre coligações partidárias instituídas pela EC 52/2006, publicada em março de 2006, entendeu este Supremo Tribunal Federal pela ofensa ao art. 16 da Constituição, cuja natureza é de verdadeira cláusula pétrea. Ora, se há razões para condicionar ao art. 16 a eficácia de emenda à Constituição publicada no mês de março – também antes, portanto, do período das convenções partidárias –, não há como entender diferente quanto à lei complementar publicada no mês de junho.

---

preservar ou alcançar esses bens jurídicos. Mesmo porque, e esse é um ponto importante, frequentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo. As regras, uma vez que descrevem condutas específicas desde logo, não ensejam essas particularidades.

Ora, a decisão do constituinte de empregar princípios ou regras em cada caso não é aleatória ou meramente caprichosa. Ela está associada, na verdade, às diferentes funções que essas duas espécies normativas podem desempenhar no texto constitucional, tendo em conta a intensidade de limitação que se deseja impor aos Poderes constituídos. Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, consequentemente, limites claros à atuação dos poderes políticos. Os princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas."

Conjure-se, por fim, o fundamento calcado na redação do art. 14, § 9º, da CF, pelo fato de o mesmo prever, desde a Emenda 4/1994, a possibilidade de instituição de inelegibilidades fundadas na "probidade administrativa" e na "moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato", o que afastaria qualquer argumento de surpresa pelos atingidos pela LC 135/2010. Ora, é evidente que a Constituição, ela mesma, não previa de modo concreto e específico quais seriam as hipóteses de inelegibilidade – o que foi engendrado pela LC 135/2010 –, mas apenas seu fundamento último na moralidade administrativa. E é justamente a instituição das novas hipóteses concretas de inelegibilidade que provoca a alteração substancial no processo eleitoral, que, por conta disso, não pode se furtar à incidência do art. 16 da Constituição.

A mesma conclusão é colhida na doutrina de José Afonso da Silva, ao assentar que a *ratio essendi* do art. 16 da CRFB visa a evitar casuísmos e alterações nas regras do "jogo eleitoral" já iniciado[12].

Um outro aspecto de sumo relevo deve ser destacado, como o foi, nos julgamentos anteriores acerca do tema, pelos eminentes ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, qual o da violação bifronte, pelo acórdão recorrido, do art. 16 e da garantia da segurança jurídica inerente e necessária à estabilidade do regime democrático, e que se vê surpreendida – e esta é a palavra, "surpresa" – com a criação de novas inelegibilidades, *in itinere*, durante o jogo democrático.

Deveras, repita-se, a iniciativa popular foi mais do que salutar, mas não pode ser efetivada em dissonância com as garantias constitucionais. É que segurança jurídica e surpresa não combinam, resolvendo-se os conflitos e as tensões sempre em prol do primeiro valor.

Um cidadão ou um candidato não podem saber que algo é proibido como os cães, para utilizar a metáfora de Bentham, ao assentar que os cachorros só sabem o que é proibido quando um taco de beisebol lhes toca o focinho[13].

Essa *quaestio juris* da surpresa em confronto com a segurança jurídica, e que hoje integra os valores na novel Constituição pós-positivista de 1988, é retratada com a precisão dos doutrinadores germânicos nas digressões acerca da *proteção da confiança* ou na versão anglo-saxônica da *proteção da confiança legítima*. E é sob este enfoque que também se evidencia que os efeitos imediatos da LC 135, de 4 de junho de 2010, infringem o princípio da proteção da confiança, princípio difundido no direito germânico e que, mais recentemente, ganha espaço no cenário jurídico brasileiro.

A confiança é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar.

---

[12] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 237.

[13] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Exposição de motivos do PL 166 – O novo Código de Processo Civil*.

Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, "um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza"[14].

Segundo *Johannes Beermann*, o pensamento em torno do princípio da proteção da confiança já estava presente no Direito em 896[15]. Naquele ano, o tema foi descortinado por conta da morte e julgamento do Papa Formoso. Após seu falecimento, o novo Papa Estevão VI determinou que o corpo do referido pontífice fosse desenterrado para que, em seguida, pudesse ser submetido a um julgamento. Ao final desse concílio cadavérico, o Papa Formoso, já falecido, foi condenado pelas acusações formuladas e, por conta disso, seu corpo foi despido de suas vestes, teve dedos da mão direita decepados e foi excomungado. Essas medidas fizeram com que sua nomeação como Papa perdesse os efeitos de forma *ex tunc*. Todos os atos por ele praticados (ordenações de Padres e Bispos, consagrações etc.) tiveram de ser desconsiderados. Na época, a despeito de ter sido declarada a ineficácia dos atos papais desde a sua origem, as sérias consequências advindas dessa medida levaram os estudiosos do direito canônico a refletirem sobre a necessidade de preservação da confiança depositada nos atos praticados pelo Papa Formoso e por aqueles indevidamente por ele consagrados[16].

As ideias que gravitam em torno do princípio da proteção da confiança começaram a se desenvolver mais intensamente na Alemanha a partir do início dos anos cinquenta, momento do pós-guerra em que o Estado social alemão passou a desempenhar um rol mais amplo de atribuições[17]. Atualmente, a necessidade de proteção da confiança se dissemina em um ambiente de crescente demanda por segurança e estabilidade em um mundo de rápidas e frequentes alterações, em que o indivíduo depende, cada vez mais, das decisões e normas estatais[18]. Sem embargo de ainda não possuir uma posição de destaque em nosso

---

[14] No original: "*One of the most serious injuries the state can inflict on its subjects is to commit them to lives of perpetual uncertainty*" (KAY, Richard S. American Constitutionalism. In: *Constitutionalism:* philosophical foundations, Ed. Larry Alexander, Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 22. Sua citação foi feita em KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. A estrutura temporal das constituições. In: *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*, n. 13, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2003. p. 116).

[15] BEERMANN, Johannes. *Verwirkung und vertrauensschutz im steuerrecht*, Münster/New York: Waxmann, 1991. p. 5.

[16] Ibidem, p. 5.

[17] OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat*, *Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Heft 1-2, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, Januar 1972. p. 26, e BULLINGER, Martin; Hagen; WÜRTENBERG, Thomas (Org.) et al. Vertrauensschuz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht – Mit einem Reformvorschlag. In: *Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch--französischen Vergleich*, Berlin: Arno Spitz, 2002. p. 136.

[18] KISKER, Gunter; PÜTTNER, Günter. Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), Berlin/New York, Heft 32, Walter de Gruyter, 1974. p. 208.

ordenamento, o princípio da proteção da confiança poderá servir no Brasil, da mesma forma que em outros países, para garantir, com critérios mais firmes, nítidos e objetivos, a preservação futura de expectativas legítimas de particulares oriundas de comportamentos estatais.

Trata-se de um princípio que, no dizer de *Anna Leisner-Egensperger*, leva em consideração a confiança do cidadão na continuidade de uma decisão ou de um comportamento estatal[19]. E, consoante pontifica *Fritz Ossenbühl*, em tradução livre do alemão:

> a "proteção da confiança" significa, no sentido jurídico, a defesa de posições jurídicas do cidadão em sua relação com o Estado. Ela representa a observância das expectativas de comportamentos pelas instâncias estatais, independentemente de se tratar do Legislador, do Executivo ou do Judiciário[20].

O princípio da proteção da confiança é um instituto que, na visão de *Walter Schmidt*, foi desenvolvido para a tutela de posições jurídicas dos cidadãos contra mudanças de curso (*Verteidigung von Rechtspositionen des Bürgers gegen Kursänderung*)[21]. Aliás, conforme adverte *Aulis Aarnio*, uma das funções mais importantes das normas jurídicas é a criação de uma estabilidade nas relações sociais[22].

Na avaliação do antropólogo *Ernst-Joachim Lampe*, a segurança e a possibilidade de preservação dos próprios interesses individuais situam-se dentre as necessidades fundamentais dos seres humanos[23]. Com a mesma preocupação, *Winfried Brugger* salienta, em sua consagrada obra "A cruz antropológica da decisão na política e no direito" (*Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*) que, por tocarem diretamente na essência da natureza humana, a violação contínua dessas necessidades por demasiado tempo certamente encontrará, em algum momento da História, uma forte resistência dos prejudicados[24].

---

[19] LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. p. 459.

[20] No original: "*Vetrauensschutz' im Rechtsinne meint die Verteidigung von Rechtspositionen des Bürgers gegenüber dem Staat, meint die Honorierung von Verhaltenserwartugen gegenüber staatlichen Instanzen, gleichgültig ob Gesetzgebung, Verwaltung oder Rechtsprechung*." OSSENBÜHL, Fritz. Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. *Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Heft 1-2, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, Januar 1972. p. 25.

[21] SCHMIDT, Walter. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. 13º ano. München e Frankfurt: C. H. Beck, 1973. p. 529.

[22] AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1987. p. 7.

[23] LAMPE, Ernst-Joachim. *Grenzen des Rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung.* Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1988. p. 198.

[24] BRUGGER, Winfried. *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 16.

Continuidade do Direito não representa sua petrificação, mas, conforme rememora a professora da Universidade alemã de Jena *Anna Leisner-Egensperger*, uma mudança com consistência e constância[25]. A continuidade pressupõe um processo dinâmico de unificação em que desaparecem os obstáculos entre os eventos; elementos que estavam separados se fundem em um "todo" (*zu einem Ganzen verschmolzen*) e deixa de existir qualquer ruptura entre eles[26]. Nesse contexto, a pretensão de continuidade do ordenamento deve, segundo *Leisner-Egensperger*, pressupor um desenvolvimento constante do Direito desprovido de modificações abruptas e incoerentes[27]. Sua evolução merece ser conduzida de forma a superar a estagnação, mas sem que ocorram mudanças súbitas e inesperadas[28].

A ampliação das atividades estatais faz crescer uma exigência por parte dos cidadãos de maior constância e estabilidade das decisões que lhes afetam. É cediço, inclusive, que um cidadão não consegue planejar sua vida se o Estado não atuar de forma estável e consistente. Mudança e constância são, dessa forma, duas expressões que constantemente colidem no mundo pós-moderno em que vivemos.

Segundo a avaliação de *Würtenberg* e de *Jeannerod*, "a proteção da confiança depositada na continuidade das normas jurídicas possibilita o desenvolvimento do direito fundamental de liberdade"[29]. A crença na estabilidade do ordenamento é, inclusive, fundamental para a autodeterminação do indivíduo (*Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug*)[30]. E, como adverte *Ingo Sarlet*, apenas em um ambiente em que haja um mínimo de respeito às expectativas legítimas dos particulares é que os direitos fundamentais conseguem receber uma adequada tutela[31]. É através, portanto, da confiabilidade

---

[25] LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 1, 469.

[26] Ibidem, p. 43 e 113.

[27] Ibidem, p. 158.

[28] Para *Kirchhof*, a continuidade significaria um progresso contínuo, bem dimensionado e consequente. Segundo ele, o princípio da proteção da confiança também representaria uma autêntica manifestação subjetiva da garantia objetiva de continuidade. KIRCHHOF, Paul. Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung. *DStR (Deutsches Steuerrecht)*, 27º Ano, Heft 9, München e Frankfurt am Main: C. H. Beck, 1989. p. 266.

[29] No original: "*Der Schutz des Vertrauens in den Bestand rechtlicher Regelungen ermöglicht die Entfaltung grundrechtlicher Freiheit*". WÜRTENBERGER, Thomas; JEANNEROD, Dominique; WÜRTENBERGER, Thomas (Org.) et al. Vertrauen in den Gesetzgeber in Frankreich und in Deutschland. In: *Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich*. Berlin: Arno Spitz, 2002. p. 153.

[30] MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 105.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais:* manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2006, p. 7. Para um maior aprofundamento sobre o tema dos direitos fundamentais, merece consulta

no ordenamento que o indivíduo tem condições de planejar sua própria vida e de praticar atos que materializem esse planejamento. Isso vai, inclusive, conferir efetividade ao direito fundamental de desenvolvimento da personalidade. Por essa razão, o poder deve ser exercido de forma previsível e calculável.

O princípio da proteção da confiança é responsável pela criação de uma relação de tensão (*Spannungsverhältnis*) entre os valores estabilidade e tradição de um lado e flexibilidade e capacidade de inovação do outro[32]. O resultado desse conflito é que possibilitará, consoante lição de *Kyrill-a Scwarz*, a existência de um Estado que, sem desconsiderar o passado, tenha condições de razoável e eficazmente se adaptar ao futuro[33].

Um Estado Democrático de Direito deve, conforme predicam *Klaus Stern* e *Fuhrmanns*, assegurar aos seus cidadãos, entre outros valores, a segurança jurídica[34]. *Gomes Canotilho* também defende o mesmo. Para ele, o Estado de Direito deve proporcionar segurança e confiança às pessoas. Segundo o jurista português:

> As pessoas – os indivíduos e as pessoas colectivas – têm o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (...) A segurança e a confiança recortam-se (...) como dimensões indeclináveis da paz jurídica[35].

Dessa forma, a autonomia de um indivíduo apenas é assegurada se ele puder planejar e tiver condições de prever, com uma determinada dose de certeza, o âmbito de suas responsabilidades e as consequências de suas ações[36].

---

a obra SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Em sentido similar, DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 214.

[32] Segundo GÖTZ, expectativas legítimas encontram-se numa constante relação de tensão (*tense relationship*) com o dinamismo demandado pelo Estado contemporâneo. GÖTZ, Volkmar; RIEDEL, Eibe (Org.). Protection of Legitimate Expectations. In: *German reports on Public Law. Presented to the XV. International congress on Comparative Law*. Bristol, 26 July to 1 August 1998. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 134.

[33] SCHWARZ, Kyrill-A. V*ertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen. Studien und Materialen zur Verfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 28.

[34] STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*. 2., völlig neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 1984. p. 781; FUHRMANNS, Achim. *Vertrauensschutz im deutschen und österreichischen öffentlichen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Tese de doutorado apresentada na Universidade Justus Liebig de Giessen, 2004. Disponível em: <http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2005/2209/>. Acesso em: 18 de novembro de 2006, p. 66.

[35] CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos* n. 7. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 73-74.

[36] SCHØNBERG, Søren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford Press, 2000. p. 12.

Todo indivíduo deve ter, como destaca *Winfried Brugger*, a possibilidade de fixar suas metas e objetivos e de formular um plano individual de vida[37]. Consoante sustenta *Valter Shuenquener de Araujo*, em sua obra sobre o princípio da proteção da confiança:

> devemos ser os principais responsáveis pelas vantagens e desvantagens que surgirem como consequências de nossas opções, o que obriga o Estado a respeitar nossas preferências, mormente se elas estiverem dentro de uma moldura normativa autorizada pela ordem jurídica. O princípio da proteção da confiança deve, por exemplo, impedir intervenções estatais que façam desabar projetos de vida já iniciados. (...) A sociedade não pode apenas olhar para o presente e criar, através do Estado, normas que esvaziem por completo os planos individuais planejados no passado. As aspirações de mudança surgidas no seio popular e materializadas por atos estatais também merecem ser contidas na exata extensão em que vierem a ofender expectativas legítimas de particulares. (...) O princípio da proteção da confiança precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do cidadão diante de mudanças de curso inesperadas promovidas pelo Legislativo, Judiciário e pelo Executivo. Ele tem como propósitos específicos preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento. Trata-se de um instituto que impõe freios contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortejar a confiança dos administrados. Serve como uma justa medida para confinar o poder das autoridades estatais e prevenir violações dos interesses de particulares que atuaram com esteio na confiança.[38]

No âmbito do Poder Judiciário, o Plenário desta Corte já teve a oportunidade de fazer uso do princípio da proteção da confiança e reconheceu, por exemplo, em mandado de segurança da relatoria do ministro Gilmar Mendes, MS 24.268-0/MG, julgado em 5-2-2004, que o tema da confiança e da segurança jurídica tem assento constitucional no princípio do Estado de Direito[39].

Perfilho, destarte, o entendimento de que o ordenamento jurídico deve, através do princípio da proteção da confiança, proteger o indivíduo contra alterações súbitas e injustas em sua esfera patrimonial e de liberdade, e deve fazer irradiar um direito de reação contra um comportamento descontínuo e contraditório do Estado[40].

---

[37] BRUGGER, Winfried. *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1997. p. 49.

[38] ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

[39] A segurança jurídica seria um dos subprincípios do Estado de Direito. STF. Segunda Turma. Rel. min. Gilmar Mendes. Questão de ordem na Pet 2.900-MC/RS. Data do julgamento: 27-5-2003. *DJ* de 1º-8-2003, p. 6 do relatório; STF. Plenário. Rel. min. Ellen Gracie. Rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes. MS 24.268/MG. Data do julgamento: 5-2-2004. *DJ* de 17-9-2004.

[40] BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Rechtsstaat*. Tese (*Habilitationsschrift*) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Colônia na Alemanha, 1974, p. 124. Com o mesmo entendimento, *Judith Martins-Costa*. COSTA, Judith Martins. *Princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos*: a segurança como crédito de confiança. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo14.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2006, p. 4.

Na hipótese versada nos autos, o princípio da proteção da confiança desempenhará um relevante papel. Estamos diante de um dispositivo constitucional, o art. 16, que prevê, numa leitura de clareza cristalina, a necessidade de uma nova regra legal capaz de alterar o processo eleitoral apenas produzir efeitos após um ano de sua vigência. Como corolário do dispositivo, todo e qualquer candidato não esperava ser afetado pelas mudanças encartadas na LC 135/2010 em relação às eleições de 2010. Nesse contexto, a aplicação imediata da novel lei agride o princípio da proteção da confiança, dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, tornando incerto o que certo, instável o que o texto constitucional buscou preservar.

A ampliação da legitimidade da Lei da Ficha Limpa, decorrente do fato de o projeto ser oriundo de uma iniciativa popular, também não pode fazer sucumbir princípios basilares do Direito. É que os milhares de votos alcançados pelos parlamentares eleitos, e a serem prejudicados com a aplicação imediata da LC 135, servem como um mecanismo compensatório para fazer frente aos votos obtidos no projeto de iniciativa popular, que buscou afastar do cenário político todas as autoridades punidas por órgãos colegiados. Por conta disso, a projeção para eleições futuras dos comandos da lei impugnada não representa, de maneira alguma, uma antidemocrática posição contramajoritatória de nossa Corte rumo à preservação de direitos historicamente assegurados pelos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

Há, na realidade, um nítido embate entre o anseio de parcela da população brasileira de aplicação das regras da LC 135 às eleições de 2010, e, de outro lado, a vontade de parcela substancial de cidadãos que elegeram os candidatos a serem prejudicados com o eventual efeito imediato da Lei da Ficha Limpa. Esta última vontade fica, ainda, aliada às expectativas legítimas dos candidatos de não serem surpreendidos com uma alteração súbita e inesperada no processo eleitoral brasileiro. Fazendo uso do método de concordância prática, que impõe uma relação de precedência condicionada dos valores em jogo e o aproveitamento máximo dos bens submetidos a uma ponderação, resta forçoso concluir que a LC 135/2010 não deve produzir efeitos, conforme redação do art. 16 de nossa Carta Magna, antes do decurso de um ano de sua vigência. Foi isso o que constituinte pretendeu de forma inquestionável.

Um dispositivo legal não pode, por razões sabidamente conhecidas, contrariar regras expressas do texto constitucional. Lembro que, na *Odisseia* de Homero, Ulisses apenas se salvou do canto das sereias após colocar cera nos ouvidos e se amarrar ao mastro de sua embarcação. Foi dessa forma que a racionalidade triunfou sobre o mito[41]. A tentação é grande, mas deve ser resistida, sob pena de grave comprometimento de valores mais elevados assegurados pelo texto constitucional de nossa pátria. As vozes de uma parcela da população brasileira,

[41] A respeito dessa metáfora, utilizada originalmente no constitucionalismo norte-americano por Jon Elster na obra *Ulysses and the* sirens, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, conferir, no direito brasileiro, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20 et seq.

que clamam, de forma contrária ao que admite o art. 16 de nossa Constituição, pela punição, já nas eleições de 2010, de políticos condenados por órgãos colegiados, devem ser ouvidas, respeitadas, mas não encontram embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo nas civilizações democráticas do mundo ocidental. Na longa caminhada, o canto das sereias leva, apenas, ao sacrifício nas profundezas escuras do mar.

As novidades trazidas pela LC 135/2010 introduzem profundas mudanças no processo eleitoral brasileiro, impedindo que políticos condenados por decisão de órgão colegiado sejam eleitos. Há, reitero, alteração no processo eleitoral. E, por essa razão, a aplicação da Lei às eleições de 2010 colide frontalmente com a regra contida no art. 16 de nossa Constituição no sentido de que "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".

Numa análise das condições apresentadas por *Valter Shuenquener de Araujo* para o manejo do princípio da proteção da confiança em um caso concreto, é forçoso concluir que todas elas estão presentes na hipótese dos autos. Segundo o referido autor, o emprego do princípio da proteção depende da presença: i) da base da confiança; ii) da existência subjetiva da confiança; iii) do exercício da confiança através de atos concretos e iv) do comportamento estatal que frustre a confiança. O art. 16 da Carta de 88 é a *Vertrauensgrundlage*, isto é, a base da confiança, o ato estatal que dá origem a uma expectativa legítima, no sentido da impossibilidade de surgimento de uma nova lei capaz de frustrar, subitamente, o processo eleitoral antes de decorrido um ano da sua vigência. Essa regra foi internalizada pelos pretendentes a mandatos eletivos e a LC 135 não poderia esvaziar a existência subjetiva da confiança. Ademais, os pretendentes a cargos políticos se comportaram acreditando que a regra do art. 16 impediria mudanças súbitas, tal como a perpetrada pelas alterações introduzidas pela LC 135 no nosso ordenamento.

Sob outro enfoque, o art. 16 da Carta de 88 materializou o que *Klaus-Dieter Borchardt* denomina de proteção por meio de disposições de transição (*Verpflichtung zum Erlass von Übergangsregelungen*)[42]. Cuida-se de um dispositivo constitucional que, ao deslocar, para um momento futuro, os efeitos de uma nova lei capaz de interferir no processo eleitoral, amortece os efeitos da nova norma, viabilizando a coesão social e a tutela da confiança que os indivíduos depositaram no Estado brasileiro.

Nesse contexto, a interpretação favorável à incidência imediata da LC 135 para as eleições de 2010 configura um didático exemplo de

[42] BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Schriftenreihe EUROPA-FORSCHUNG. Band 15. Kehl-Strassburg-Arlington: N. P. Engel, 1988. p. 59. Com o mesmo entendimento, por exemplo, *Schmehl*. SCHMEHL, Arndt. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Vertrauensschutzes bei Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt. *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, Ano 114. Köln e Berlin: Carl Heymanns, janeiro de 1999. p. 23.

comportamento que frustra a confiança do cidadão depositada no Estado, um modo de proceder que viola uma expectativa legítima dos candidatos a cargos políticos. Por tudo o que foi dito, a observância do princípio da proteção da confiança, princípio que tem seu fundamento jurídico na cadeia de derivação (*Herleitungskette*) segurança jurídica-Estado de Direito, impõe o deslocamento dos efeitos desfavoráveis aos cidadãos da LC 135 para as eleições que se verificarem após um ano da sua vigência. É dessa maneira que o povo brasileiro terá a sua vontade respeitada. E nunca é tarde para rememorarmos que, na visão de Friedrich Müller, o povo se apresenta, em um Estado Democrático de Direito, como o "destinatário de padrões civilizatórios da cultura constitucional democrática"[43].

Estas razões, senhor presidente, que nos conduzem a concluir que as disposições da LC 135/2010 não podem escapar do comando do art. 16 da Constituição Federal. A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

Enfim, senhor presidente, hoje a Corte Suprema tem a possibilidade de definir, num só momento mágico da jurisdição constitucional, a vida e a esperança dos eleitores brasileiros.

Ex positis, dou provimento ao recurso, aplicando ao *decisum* o regime jurídico do art. 543-B do CPC, acompanhando o relator, ministro Gilmar Mendes, a fim de que, consoante uma interpretação conforme, *in casu*, da alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 (redação atribuída pela LC 135/2010), seja necessariamente observado o disposto no art. 16 da CF na aplicação temporal da cognominada "Lei da Ficha Limpa".

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: O recurso extraordinário de *Leonídio Henrique Correa Bouças*, candidato a deputado pelo Estado de Minas Gerais nas eleições de 2010, com registro de candidatura negado, por efeito de condenação por improbidade administrativa, com fundamento no art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, apresenta como dispositivos violados os arts. 5º, LVII; 15, V; 16; e 37, § 4º, da Constituição de 1988.

O caso dos autos é parcialmente idêntico ao apreciado pela Corte no RE 630.147/PA e no RE 631.102/PA. Naquelas ocasiões, eu proferi voto pela não aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

Creio que é de ser mantida essa orientação também neste caso. Em suma, o problema se circunscreve basicamente à violação do art. 16 da Constituição de

---

[43] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86.

1988, sobre o qual, uma vez reconhecida sua incidência, se revelarão prejudicados os demais pontos do recurso extraordinário.

O caso dos autos, da mesma forma que os anteriormente referidos, 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.

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, o próprio constituinte privou o Poder Legislativo de sobre eles deliberar, quando redigiu o art. 60, § 4º, CF/1988. Essa pré-exclusão da capacidade legiferativa, chamada classicamente de "técnica das cláusulas pétreas", é o melhor exemplo dessa postura defensiva contra as deliberações majoritárias. Qualquer pesquisa de opinião pública indicará a maciça 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 (ou não...) 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 legiferante. Houve o processo legislativo e seu resultado foi a LC 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.

O recurso também ostenta os requisitos específicos, e tradicionais, do art. 103, III, CF/1988, o que também autoriza seu exame pleno.

Quanto ao mérito, está-se diante de uma espécie de lei restritiva 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, lei, portanto, cerceadora da ampla participação democrática no processo eleitoral. No passado, eram 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 declaravam fiéis 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 art. 151, II e IV, CF/1967, autorizava 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 EC 8/1977, com ligeira alteração.

Nesse quadro constitucional, a LC 5/1970 deu concretude às citadas normas magnas, ao estabelecer como causa de 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, no que se refere ao problema da anterioridade.

O art. 16, CF/1988, com a redação dada pela EC 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 art. 1º da LC 64/1990, com a redação da LC 135/2010. Reproduzo a mencionada indicção:

> 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 art. 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. Não poderia o legislador ordinário desconhecer essa restrição prévia a seu poder legiferativo.

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 129.392, relator ministro **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 17-6-1992, que reconheceu a constitucionalidade do art. 27 da LC 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 LC 64/1990, não se teria como executar o art. 14, § 9º, CF/1988, a *sedes materiae* constitucional das 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 o ministro **Octavio Gallotti**, Tribunal Pleno, *DJ* de 22-6-2001, 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 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 3.685, quando esta Corte associou o art. 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 importante prejulgado:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 8-3-2006. 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. 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 52/2006 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* de 12-2-1993). **4. Enquanto o art. 150, III, *b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994), 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 4/1993 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 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.
(ADI 3.685, rel. min. **Ellen Gracie**, Tribunal Pleno, *DJ* de 10-8-2006.)

Nessa ocasião, o ministro **Gilmar Mendes** tocou diretamente o impacto da mudança de regras eleitorais em relação aos **candidatos**. Segundo 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 apresentou 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 art. 16, CF/1988, apontadas pelo ministro **Gilmar Mendes**, no julgamento da ADI 3.685, é válida 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 desincumpatibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos, bem como eventualmente de seu cônjuge ou dos respectivos parentes (consanguíneos 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 situação do recorrente, se imaginarmos que houvesse alteração nos 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 9.504/1997, art. 8º, *caput*).

É de se fazer a mesma observação para os efeitos da LC 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, que **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.

E concluiu 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 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. Foi 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 3.345, relator o ministro **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, *DJE* 154, de 20-8-2010, os contornos do art. 16, CF/1988, foram devidamente assentados como uma norma "que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo 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 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 eficacial das leis que alterarem o processo eleitoral".

O art. 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 3.345, 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 art. 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 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 tábula 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 Nune**s (**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 do recurso extraordinário 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 art. 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 do dispositivo da LC 135/2010 em face do art. 16, CF/1988.

Com efeito, a lei claramente restringiu o universo de cidadãos aptos a participar do pleito de 2010. Imagine-se que ela fizesse o inverso, **ampliasse 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 mais bem compreendida 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, renunciam 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 hipotética. O Congresso Nacional aprova emenda à Constituição em 31-5-2010, que revoga o § 7º do art. 14, CF/1988. Torna-se 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 3.685, 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 autores pouco expressivos, 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 maiorias. E, nesse aspecto, não se trata de mirar nas consequências da decisão judicial e, sim, de cuidar de permitir que elas se habilitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em maiorias.

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 44, 121, de 2-3-1977, assentou que a Constituição (*Grundgesetz*) determina que as decisões fundamentais hão 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 ressalvou 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 norma impugnada da LC 135/2010, 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 art. 16, CF/1988, que protege a própria democracia contra o casuísmo, a surpresa, a imprevisibilidade e a violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos. Se admitirmos a eficácia imediata da LC 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.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente relator para conhecer do recurso e dar a ele provimento, tão somente para determinar a não aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, a minha posição em relação à sujeição da LC 135 de junho de 2010 ao art. 16 da Constituição Federal é de todos conhecida, razão pela qual eu faço, portanto, remissão ao meu voto já proferido em duas oportunidades neste Plenário. Não repetirei aqui aqueles argumentos, farei a juntada quando da elaboração do acórdão do Colegiado.

Mas, senhor presidente, rapidamente, apenas para explicitar o objeto desta discussão em torno do processo eleitoral, gostaria de fazer algumas breves considerações de ordem técnico-jurídica, muitas das quais já figuravam em meus votos no RE 631.102 e no RE 630.147.

Existiriam eleições sem candidatos? Qual é o objetivo das eleições? Eleger os postulantes. Aqueles que estão aptos ou não a ser candidatos integram o processo eleitoral? Parece-me evidente que o integram. Tomado esse fato como inequívoco, veja-se que a Lei de Inelegibilidades introduziu um elemento de maior rigor no processo (e aqui me reservo para não fazer juízo de valor, nem técnico, nem moral, sobre a lei), o que fez ao trazer o afastamento de determinados cidadãos, que, até final de maio e início de junho de 2010, eram aptos a disputar o pleito de 2010. Ocorre, porém, que a partir de junho, esses cidadãos passaram a não ser mais aptos. A lei alterou, sim, o processo eleitoral quando afastou esses candidatos.

E a pergunta que eu fiz naquela oportunidade, quando votei no ano passado volto a fazê-la: se houvesse emenda constitucional que alterasse o processo eleitoral, qual seria o resultado do julgamento dessa ação? Ora, como lembraram os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, este Tribunal, este Colegiado, anteriormente a meu ingresso na Corte, em ação de inconstitucionalidade, afastou a aplicação – não declarou a inconstitucionalidade –, afastou a eficácia de uma emenda constitucional, porque promulgada há menos de um ano das eleições. Trata-se da questão relativa à verticalização, conhecida, no meio eleitoral e político, como a verticalização das eleições.

Imagine-se a seguinte situação: vamos supor que, em vez de sancionada a LC 135, houvesse sido promulgada, em junho de 2010, uma emenda constitucional revogando o § 5º do art. 14 da Constituição.

O que dispõe o § 5º do art. 14 da Constituição?

> Art. 14 (...)
> (...)
> VI (...)
> (...)
> § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

O que está dito, aqui, *a contrario sensu*? Não se pode concorrer a terceiro período de mandato consecutivo. O cidadão é inelegível para esse terceiro mandato subsequente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite?

Vou, inclusive, um pouco mais além, porque observo o mandato e a potencialidade quanto à reeleição: quando ele foi eleito, foi diplomado, podendo concorrer a outras eleições.

O sr. ministro Dias Toffoli: Agora, vamos, ministro Marco Aurélio, ao § 6º: "Para concorrerem a outros cargos o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito". Aqui, eu estou a fazer o exercício teórico de imaginar uma lei que, ao invés de ser mais rigorosa, venha a ser mais favorável ao universo de possíveis candidatos. Dito de outro modo, ao invés de restringir os possíveis candidatos, a norma amplia os possíveis candidatos.

Então, vamos imaginar: o presidente da República de então, em 2010, não poderia ser candidato ao Senado em maio de 2010, porque não renunciara ao mandato. Assim como um sem-número de governadores não poderiam ser candidatos ao Senado, porque não renunciaram aos respectivos Governos de Estado. Mas suponha-se que uma emenda constitucional, em junho de 2010, viesse a proclamar que era permitido concorrer. Nós não estaríamos, aqui, a julgar inaplicável, ineficaz essa emenda para as eleições de 2010, em razão do art. 16?

Leiamos agora o § 7º do art. 14 da Constituição, em sua literalidade:

> Art. 14. (...)
> (...)
> § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Ainda em um exercício de reflexão hipotética, tenha-se que, em junho de 2010, uma emenda constitucional viesse a liberar o cônjuge de presidente, o cônjuge de governador de Estado que não tenha mandato, a disputar um mandato de senador, um mandato de governador. Nessa circunstância, não se estaria a influenciar o processo eleitoral? É evidente que há alteração do processo eleitoral, com a devida vênia dos que pensam em contrário.

Lembro-me muito bem do voto de Vossa Excelência, senhor presidente, no julgamento do primeiro caso submetido, que era a candidatura aqui ao Governo do Distrito Federal. Naquele momento, Vossa Excelência conceituou o que é processo: uma sequência de atos. Aqui, evidentemente, quando se fala em processo eleitoral não se está a aludir ao processo judicial eleitoral, mas às **eleições**, que correspondem ao momento culminante do processo eleitoral. Dessa forma, está-se diante de uma sequência de atos que chegam e culminam nos dias

das eleições. Mas qual seu termo inicial? O marco inicial, previsto em lei e na Constituição, é de um ano antes das eleições. Por quê? Porque é o prazo mais alongado que se tem nas leis, ao exemplo do art. 4º da Lei 9.504, que estabelece condições para participar das eleições. Que tipo de condições?

Veja-se a redação literal do art. 4º da Lei 9.504:

> Art. 4º Poderá participar das eleições o partido que, até um ano antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto.

E, adiante, determina o art. 9º da Lei das Eleições, a Lei 9.504:

> Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo.

Agora vamos fazer, já que citei esses dois dispositivos, uma outra construção.

Senhor presidente, se, em junho de 2010, fosse reduzido o prazo de alteração da filiação partidária, não estaríamos aqui a dizer da aplicabilidade do art. 16, envolvendo condições de elegibilidade? Ou seja, a resposta ao problema relativo a saber quem pode e quem não pode concorrer, que é do que se ocupa a LC 135?

Vejam Vossas Excelências, ao permitir a aplicabilidade imediata da LC 135/2010 *às eleições ocorridas há menos de um ano da sua vigência – se nós não suspendermos a eficácia, como já votara o ano passado –, nós teremos o reverso da medalha*.

Volto a insistir: não fiz e não faço juízo de valor sobre o mérito da LC 135/2010, porque esse não é o momento mais apropriado para se discutir os fundamentos morais ou axiológicos da lei.

Entretanto, li e ouvi muito sobre o tema. E é evidente que vários dos que defenderam a aplicabilidade imediata fizeram-no tendo partido da premissa – como destacou, agora em seu voto, o ministro Luiz Fux – de que a lei é benfazeja. Mas e se fosse uma lei que abrisse as portas para a manutenção do poder, por uma oligarquia familiar, alterando o § 7º do art. 14 da Constituição Federal? Ou se fosse uma lei que instaurasse confusão partidária, ao liberar as trocas de partido às vésperas do pleito, revogando ou alterando o art. 9º da Lei 9.504?

O processo eleitoral iniciou-se um ano antes do pleito. Não é sem causa que os integrantes do movimento, que levou à aprovação da lei pelo Congresso Nacional, quando da Lei 9.840/1999, que introduziu o art. 41-A à Lei 9.504, fizeram-no com o cuidado de assim proceder um ano antes das eleições. O projeto de lei foi apresentado, tendo mais de 1.200.000 assinaturas, em agosto de 1999 ao Congresso Nacional. Como não haveria tempo de conferir as assinaturas

mínimas exigidas pela Constituição, a fim de iniciar o trâmite daquele processo legislativo – e aqui, mais uma vez a palavra "processo" (...)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, se a lei, em vez de criar inelegibilidades, tivesse afastado, seria aplicável?

O sr. ministro Dias Toffoli: Claro que não. E, portanto, o que ocorreu com a Lei 9.840?

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte?

O sr. ministro Dias Toffoli: Pois não.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Se tivesse afastado, não teria amparo legal. Porque o amparo da Lei da Ficha Limpa está exatamente no Texto Maior, que preserva ou que busca preservar a moralidade pública e a probidade administrativa.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas quanto à Lei 9.840, originária de um projeto de lei de iniciativa popular, e que chegou às vésperas do prazo do art. 16 ao Congresso Nacional, o que ocorreu? Ocorreu um consenso entre todos os partidos políticos, na Câmara dos Deputados, e os líderes de todos os partidos da Câmara dos Deputados assumiram a autoria do projeto de lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Vossa Excelência me permite? É que, naquela oportunidade, não se pôde certificar a autenticidade das assinaturas colhidas do público, diferentemente dessa lei atual.

O sr. ministro Dias Toffoli: Mas não estou discutindo isso. Estou colocando em debate o processo histórico daquela lei. E mais uma vez a palavra "processo" surge aqui. Senhores ministros, a história é uma evolução, um *continuum*. E por que o movimento aceitou a aludida assunção da lei pelos líderes das bancadas partidárias? Porque, na verdade, ela é dita como a primeira lei de iniciativa popular, aprovada pelo Congresso, mas formalmente não o é, porque ela foi "apadrinhada" pelos líderes. E isso ocorreu para se dar tempo de tramitação para ser aprovada quando? Antes de um ano das eleições de 2000. Foi isso o que ocorreu.

Agora, a LC 135/2010 não foi aprovada um ano antes das eleições de 2010. Assim, ela não pode ser eficaz para estas eleições. Ela existe no mundo jurídico, ela é válida até que venha, eventualmente, algum órgão judicial declarar sua inconstitucionalidade – e, com o dever de ditar a última palavra, esta Suprema Corte o tenha referendado. Mas isso não está em debate neste momento. Ela existe. Enquanto não declarada inconstitucional, de modo total ou parcial, ela é válida, mas pelo art. 16 da Constituição, não poderia ser eficaz para as eleições que se realizassem no prazo de um ano de sua vigência. É disso que se trata. Eleições existem para eleger candidatos. Se candidatos não fazem parte do processo eleitoral, não sei, *data venia*, o que faz parte do processo eleitoral!

Por isso, senhor presidente, pedindo vênia por mais esses acréscimos que trouxe ao meu voto, mas que penso que eram necessários, acompanho o voto do eminente relator, ficando, por ora, apenas no art. 16.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Neste recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, que, no julgamento do Recurso Ordinário 4.995-41, manteve o indeferimento do pedido de registro de candidatura de Leonídio Henrique Correa Bouças ao cargo de deputado estadual, alega-se descumprimento dos arts. 16, 5º, LVII, 15, V, e 37, § 4º, da Constituição (fls. 400-428).

O presidente do Tribunal Superior Eleitoral admitiu o recurso interposto e a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo seu desprovimento.

2. O indeferimento do pedido de registro do ora recorrente pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais deu-se por ter sido ele condenado à suspensão de seus direitos políticos, por órgão colegiado (Tribunal de Justiça mineiro), por improbidade administrativa que importou em lesão ao erário público e enriquecimento ilícito.

Incidiria, assim, na espécie, a norma do art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, alterada pela LC 135, de 4-6-2010, que enuncia a seguinte causa de inelegibilidade:

> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa, que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

3. O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais decidiu:

> Registro de candidatura. Deputado Estadual. Eleições 2010. Ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC. Ação Civil Pública. Condenação por órgão colegiado em improbidade administrativa.
>
> Preliminares.
>
> Alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 4-6-2010 por violação da presunção de inocência (art. 5º, inciso LCII, da CF/88). Rejeitada.
>
> Inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010. Constitucionalidade da lei da ficha limpa para as eleições 2010 verificada. Rejeitada.
>
> Mérito. Inelegibilidade. Ausência de certidão negativa de débito expedido pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN – ou do juízo eleitoral respectivo. Multa pendente. DARF'S apresentadas não são aptos a comprovar quitação, tendo em vista a possível incidência de juros moratórios. Falta de quitação junto à justiça eleitoral. Ausência de condição de elegibilidade. *Ação Civil Pública. Condenação por órgão colegiado. Impugnação procedente. Registro indeferido*.

Opostos embargos de declaração foram eles acolhidos sem efeitos modificativos (fl. 230), tão somente para aclarar questão relativa à quitação eleitoral.

4. Três são os principais argumentos do recorrente: *a)* não se poderia aplicar a LC 135/2010 às eleições do mesmo ano, porque tanto afrontaria o disposto no art. 16 da Constituição da República (princípio da anterioridade anual da lei eleitoral); *b)* a condenação sofrida por ele (por decisões judiciais

de primeira e segunda instância por improbidade administrativa) não poderia ser base para a sua inelegibilidade, porque lesaria o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade penal (inciso LVII do art. 5º da Constituição); *c)* a suspensão dos seus direitos políticos somente poderia ser cumprida após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que ainda não ocorreu.

O art. 16 da Constituição e a aplicação da LC 135/2010 às eleições de 2010

5. A alegação de inconstitucionalidade formal da LC 135 não pode prosperar em minha opinião.

Transcrevo o que afirmei em voto, no julgamento do RE 630.147, neste Plenário:

> A incidência do art. 16 da Constituição, a obstar a aplicação de lei complementar de inelegibilidade, não é questão nova posta a exame neste Supremo Tribunal Federal, que já a examinou, por exemplo, no julgamento do RE 129.392, de 17-6-1992, relator o ministro Sepúlveda Pertence.
>
> Então, como agora, o recurso chegava a este Supremo Tribunal Federal após o Tribunal Superior Eleitoral ter respondido a Consulta 11.173, em 31-5-1990.
>
> Encaminhada ao TSE pelo então senador Maurício Correa e relatada pelo eminente ministro Octavio Gallotti, naquela Consulta se indagava se a nova Lei de Inelegibilidades (LC 64), aprovada naquele mesmo mês de maio, deveria ou não ser aplicável imediatamente, vale dizer, nas eleições que tiveram lugar naquele ano.
>
> Por unanimidade, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu afirmativamente, declarando que a lei se aplicava imediatamente, por se tratar de lei complementar exigida pela própria Constituição (art. 14, § 9º) para completar o quadro dos impedimentos eleitorais já previstos, as inelegibilidades de fonte constitucional, e por não configurar alteração do processo eleitoral, vedada pela *vacatio legis* prevista no art. 16.
>
> O Tribunal Superior Eleitoral firmava ali o entendimento de que a recém-aprovada LC 64, de 18-5-1990, teria aplicação imediata para o exame dos pedidos de registro de candidatos ao pleito daquele ano de 1990.
>
> Mas a controvérsia sobre a aplicabilidade imediata da então nova Lei de Inelegibilidades, a LC 64/1990, somente chegaria ao Supremo dois anos depois, com o julgamento do mencionado RE 129.392. Nesse precedente, a posição manifestada pelo ministro Gallotti no Tribunal Superior Eleitoral foi novamente vencedora, ou seja, o entendimento de que as novas hipóteses legais de inelegibilidade têm aplicabilidade imediata e não alteram o processo eleitoral.
>
> No julgamento dessa questão, levantada em preliminar ao exame do mérito do recurso, ficou vencido o relator, ministro Sepúlveda Pertence, na companhia dos ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Aldir Passarinho. Prevaleceu o entendimento divergente, aberto pelo voto do ministro Paulo Brossard, de que a complementação exigida pelo texto constitucional do art. 14, 9º, era o elemento que afastava a incidência da *vacatio legis* do art. 16, pois, nas suas palavras, "um artigo da Constituição não pode ser aplicado para negar aplicabilidade a outros artigos da própria Constituição". Aquele digno ministro foi acompanhado pelos votos dos ministros Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Ao consignar seu voto naquele julgamento, o ministro Moreira Alves anotou que o art. 16 da Constituição visava apenas impedir o chamado casuísmo de véspera, ou seja, a mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política, e por isso a exigência de lei complementar se destinava apenas a proteger as eleições contra o abuso do poder e garantir sua legitimidade e normalidade. Reconhecido esse vínculo teleológico, mesmo que alterasse o processo eleitoral, a aplicabilidade imediata de uma lei complementar de inelegibilidades deveria ser examinada e ponderada, em cotejo com o art. 16, pelas suas finalidades e não apenas pelo seu tempo de vigência.

Conclusão parecida foi a que chegou o ministro Néri da Silveira ao sustentar a tese de que, apesar das sucessivas mudanças do regime das inelegibilidades, a matéria nunca perdera sua natureza constitucional e que, por isso, "quando se cuida de inelegibilidade, o assunto é de índole constitucional, e não se comporta, a meu ver, dessa sorte, no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral (...)".

Antes de concluir seu voto naquela assentada, o eminente ministro Néri da Silveira poria relevo num aspecto relevante da controvérsia sobre a aplicabilidade no tempo da então nova legislação complementar das inelegibilidades, e que aproxima notavelmente aquele caso deste que ora se apresenta ao Supremo Tribunal Federal. Afirmou, na ocasião, Sua Excelência:

> Releva observar (...) que essa Lei se editou em momento bem anterior ao do registro dos candidatos, e foi nesse instante que se teve que verificar do preenchimento, por parte dos candidatos, dos requisitos para o deferimento do registro.

Essa circunstância fática apontada pelo ministro Néri da Silveira – a data de entrada em vigor da LC 64/1990 – exerceu, àquela altura, papel secundário na fundamentação da decisão pela aplicabilidade imediata da nova Lei de Inelegibilidades, pois a maioria se formou em torno da tese de que a lei apontada com contrária à norma da Constituição (art. 16), não poderia sê-lo, pois cumpria mandamento expresso na própria Constituição (art. 14, § 9º). Dito de outra forma, em sede de controle de constitucionalidade, embora seja importante conhecer a data inicial de vigência de uma lei apontada como modificadora do processo eleitoral para fins de incidência do art. 16 da Constituição, no julgamento daquele RE 129.392, à maioria que se formou foi suficiente o argumento de que a nova lei não poderia ser declarada inconstitucional, pois apenas cumpria ordem emanada da própria Constituição.

Desde aquele julgamento, diversas situações de alegada afronta ao art. 16 da Constituição foram submetidas a este Supremo Tribunal, que tem mantido, ao longo dessas duas últimas décadas, posição harmônica com as matrizes teleológicas fixadas no julgamento do RE 129.392. Com efeito, o exame dos precedentes mais recentes sobre o alcance do chamado princípio da anterioridade eleitoral constante do art. 16 da Constituição revela – além da continuidade jurisprudencial dos fundamentos jurídicos firmados no início da vigência da Constituição – o aperfeiçoamento da interpretação sistemática e teleológica realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa importante cláusula constitucional.

Merece destaque o acórdão na ADI 3.345/DF, relator o eminente ministro Celso de Mello, no qual o Supremo Tribunal, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, afastou a alegação de afronta ao art. 16 da Constituição por parte da Resolução 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, que, aplicando interpretação firmada por este Supremo Tribunal, estabelecia os critérios de fixação do

número de vereadores nos Municípios brasileiros, de acordo com o disposto no art. 29, IV, da Constituição da República.

O acórdão tem, no ponto, a seguinte ementa:

> A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas 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. Precedentes.
>
> O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (José Afonso da Silva e Antonio Tito Costa).
>
> A Resolução TSE 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.
>
> (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.)

Extrai-se de singela leitura da ementa da ADI 3.345 que este Supremo Tribunal não apenas reforçou as vinculações finalísticas do art. 16 da Constituição, como consagrou a definição, até então apenas conceito doutrinário, do que seja processo eleitoral, pelo menos para os específicos fins de incidência do princípio da anterioridade eleitoral no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A teor do que decidido na ADI 3.345, portanto, não deveria restar dúvida relevante quanto à questão referente ao lapso temporal no qual se compreende o processo eleitoral, resguardado de alterações casuísticas pelo art. 16 da Constituição. Ele tem início na fase das convenções partidárias para a escolha das candidaturas (fase pré-eleitoral), atravessa a campanha e as eleições propriamente ditas, concluindo-se com a diplomação dos candidatos eleitos e de seus suplentes (fase pós-eleitoral). Esse elemento objetivo de interpretação afigura-se decisivo para o deslinde da atual controvérsia.

De se realçar também outro recente precedente deste Supremo Tribunal sobre a matéria. Trata-se do acórdão na ADI 3.741, relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 6-8-2006, quando este Supremo Tribunal garantiu a aplicação da recém-aprovada Lei 11.300/2006 para reger o pleito que ocorreria naquele mesmo ano, afastando, portanto, o óbice do art. 16 da Constituição.

Esta é a ementa do acórdão:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.300/2006 (minirreforma eleitoral). Alegada ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16). Inocorrência. Mero aperfeiçoamento dos procedimentos eleitorais. Inexistência de alteração do processo eleitoral. Proibição de divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito. Inconstitucionalidade. Garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado Democrático de Direito. Procedência parcial da ação direta.*
>
> I – Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral.
>
> II – Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições.
>
> III – Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito.
>
> IV – Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.
>
> V – Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral.
>
> VI – Direto à informação livre e plural como valor indissociável da ideia de democracia.
>
> VII – Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997.

Comprova-se, também aqui, que, naquele julgamento, mais uma vez este Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade, analisou e concluiu pela incidência do art. 16 da Constituição brasileira à realização de suas finalidades éticas, quais sejam: (i) garantir a igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; (ii) evitar deformação legislativa de modo a proteger a normalidade das eleições; e (iii) evitar alteração legislativa motivada por propósito casuístico.

O princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada, proba, impessoal e legal ao voluntarismo daquele que pretende se por ao crivo do eleitor.

O objetivo da norma constitucional é assegurar a proteção ética do processo eleitoral, garantindo-se à sociedade o direito de votar em quem o sistema estabeleça ofereça as condições ético-jurídicas de exercer o mandato que lhe venha a ser conferido.

Sobrepõe-se, assim, por definição constitucional, a ética jurídica estabelecida pelo sistema à vontade pessoal de quem quer ser candidato a cargo público, descurando-se das condições fixadas pelo direito positivo.

E é o conjunto dos princípios éticos definidos constitucionalmente, a presidir não apenas a atuação interpretativa e complementar do legislador, senão também a do juiz constitucional, em especial, como do juiz eleitoral, que se têm as normas do art. 14 da Lei Fundamental, em especial em seus §§ 7º e 9º.

Dispõe o art. 14:

> São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

(...)

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou de Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A interpretação dessas normas é necessária para o perfeito entendimento e a solução do caso que se põe a exame no presente recurso extraordinário.

Cuidando do tema, ensina José Afonso da Silva que "(...) a elegibilidade se refere à capacidade eleitoral passiva, à capacidade de ser eleito. Tem elegibilidade, portanto, quem preencha as condições exigidas para concorrer a um mandato eletivo. Consiste, pois, a elegibilidade no direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo (...) 'inelegibilidade' revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, a elegibilidade (...). As inelegibilidades têm por objeto 'proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta. (...) Entenda-se que a cláusula 'contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função' (...) só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições. Isso quer dizer que a 'probidade administrativa' e a 'moralidade para o exercício do mandato' são valores autônomos em relação àquela cláusula; não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função etc., mas como valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a moralidade, aí, conspurcam, só por si, a lisura do processo eleitoral. As inelegibilidades possuem, assim, um fundamento ético evidente, tornando-se ilegítimas quando estabelecidas com fundamento político ou para assegurar o domínio do poder por um grupo que o venha detendo (...). Demais, seu sentido ético, correlaciona-se com a democracia, não podendo ser entendido como um moralismo desgarrado da base democrático do regime que se instaure" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 224/228).

É ainda aquele eminente constitucionalista que encarece que a lei complementar, mencionada no § 9º do art. 14 da Constituição, "está autorizada a estabelecer outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, para a proteção daqueles valores, que são fundamentos do regime. Não se pense que apenas essas outras inelegibilidades é que têm por objeto protegê-los. As estatuídas diretamente pela Constituição também o têm. A explicitação do objeto quanto às inelegibilidades a serem criadas pela lei complementar era necessária, porque, configurando, elas, restrições a direitos políticos, importa sejam delimitadas aos objetos e fundamentos clara e expressamente indicados" (idem, ibidem).

Pelos precedentes deste Supremo Tribunal, é patente que a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta duas ordens de consideração.

a) Em primeiro lugar, a incidência do princípio da anterioridade (art. 16) para obstar a aplicabilidade imediata de legislação eleitoral, cuja vigência tenha se iniciado a menos de um ano do pleito, não é automática, nem se circunscreve à questão de datas do calendário civil. Isso porque se deve atentar para as finalidades éticas que norteiam a interpretação daquela norma, como consagrado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal. Em outras palavras, uma lei que traga aperfeiçoamentos ao processo eleitoral, como foi o caso da LC 64, de 1990, e da Lei 11.300, de 2006, mesmo tendo sido promulgada em ano eleitoral, não se sujeita à *vacatio legis* do art. 16 da Constituição. E, em se tratando de legislação complementar reclamada pela própria Constituição (art. 14, § 9º), as finalidades éticas do art. 16 deverão ainda ser sopesadas com o sentido teleológico concretizado pelo legislador complementar ao editar a Lei de Inelegibilidades (proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício dos mandatos, considerada a vida pregressa dos candidatos, normalidade e legitimidade das eleições contra o abuso de poder político e econômico).

b) De outra parte, também não incidirá o art. 16 da Constituição para impedir a aplicabilidade imediata de lei eleitoral editada no mesmo ano em que se realiza o pleito, se esta não contiver dispositivos que alterem o processo eleitoral.

Nesse ponto parece inescusável se considerar a definição de processo eleitoral adotada, em processo de controle concentrado de constitucionalidade, por este Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento da ADI 3.345/DF, relator o eminente ministro Celso de Mello.

Como sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados, para efeito de incidência do princípio da anterioridade inscrito no art. 16 da Constituição o processo eleitoral compreende três fases, que peço vênia para recordar, transcrevendo trecho da ementa do julgado da ADI 3.345/DF:

> (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.

Na situação descrita no presente recurso extraordinário se alega que a LC 135, de 7-6-2010, não poderia ser aplicável para regular o processo de registro das candidaturas destas eleições gerais de 2010, porque esbarraria no óbice temporal do art. 16 da Constituição do Brasil.

Os recorrentes fazem tábula rasa da jurisprudência deste Supremo Tribunal e da doutrina constitucional, não demonstrando de que modo a LC 135 provocaria danos para a igualdade de oportunidades entre os candidatos, ou deformações capazes de afetar a normalidade das eleições, ou ainda, como representaria manobra casuística que viesse a favorecer este ou aquele candidato, partido ou coligação em disputa.

Como penso ter demonstrado nas premissas até aqui afirmadas, a jurisprudência desta Casa consagrou o entendimento de que a incidência do art. 16 não é automática, ou seja, não alcança toda e qualquer lei que trate de eleições e que entre em vigor no mesmo ano de realização destas, considerando-se, de toda sorte, não o

calendário civil, mas o calendário constitucional, a saber, um ano contado retroativamente à data da eleição.

Tenho, portanto, que essa jurisprudência é perfeitamente ajustável ao caso ora em exame, ou seja, que a LC 135, de 7-6-2010, não agrediu, antes cumpriu as finalidades éticas resguardadas pelo art. 16 quando promoveu essa geral, ampla, mas isonômica alteração relativamente apenas aos casos de inelegibilidades.

Invoco, ainda, a circunstância anotada, nas conclusões de seu voto, pelo ministro Néri da Silveira, quando do julgamento do antes mencionado RE 129.392, de que foi relator o ministro Sepúlveda Pertence.

Estava, então, em causa saber se a LC 64/1990 poderia ser aplicada para apreciar os pedidos de registro das candidaturas daquele pleito de 1990. A circunstância destacada pelo ministro Néri foi a de que aquela lei complementar – que estabelecia novos critérios ou causas de inelegibilidade – fora editada antes do período de registro das candidaturas, momento inicial deflagrador do processo eleitoral, no qual se deve verificar o atendimento das condições de elegibilidade e não incidência, por parte dos pretensos candidatos, em nenhuma das causas de inelegibilidade.

Em voto no Tribunal Superior Eleitoral chamei atenção para a circunstância de que, neste ano de 2010, aplicamos multas às pessoas que, antes das convenções e subsequentes pedidos de registros, se tinham manifestado sobre pretensos ou futuros candidatos[44]. O argumento então aproveitado foi o de que estava se antecipando campanha eleitoral, o que a legislação brasileira não permite.

Ora, se não há campanha de candidatos antes de se terem candidatos – daí a aplicação da sanção de multa aos impetuosos pré-candidatos ou seus arautos – como se poderia agora falar da campanha, que é fase do processo eleitoral, para os fins de impedir ou se considerar inválida a atuação do Congresso Nacional de legislar, legitimamente, sobre os futuros candidatos antes de iniciado o prazo para convenções, que escolhem candidatos e antecipam os subsequentes pedidos de registros de candidaturas?

De tudo se tem que o caso dos autos é, portanto, bastante similar ao do precedente antes citado, julgado por este Supremo Tribunal.

Aqui também há legislação complementar sobre inelegibilidades a iniciar a sua vigência e aplicação em ano eleitoral, mas antes da fase de convenções para escolha de candidatos[45], e, consequentemente, antes do período legal para apresentação e julgamento dos pedidos de registro de candidaturas[46].

Patente, assim, que a LC 135/2010 não alterou o processo eleitoral em sentido estrito, ou seja, aquele resguardado de mudanças casuísticas pelo art. 16 da

---

[44] Cf. a propósito os seguintes julgados do Tribunal Superior Eleitoral, deste ano, relativo ao atual pleito de 2010, e nos quais foi reconhecida a propaganda extemporânea: AgR-Rep – Agravo Regimental em Representação 20574 – Brasília/DF, rel. min. Henrique Neves, *DJE* de 11-5-2010; Representação 4199135 – Brasília/DF, rel. min. Aldyr Pssarinho Jr., *DJE* de 1-7-2010; Recurso em Representação 32872 – Brasília/DF, rel. min. Fátima Andrighi, rel. p/ o ac. min. Arnaldo Versiani, *DJE* de 12-8-2010.

[45] Lei 9.504/1997:

"Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral."

[46] Lei 9.504/1997:

"Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições."

Constituição. E não o fez pelo simples fato de que o processo eleitoral ainda não havia sequer começado quando da entrada em vigor da LC 135, tendo sido ela promulgada em 7-6-2010.

Ainda que fosse possível admitir definição ampliada do que venha a ser o processo eleitoral, a compreender também suas fases preparatórias, como a fixação do domicílio eleitoral ou mesmo a filiação partidária, a serem estabelecidos pelos pretensos candidatos com pelo menos um ano de antecedência da data das eleições, não seria possível desconsiderar o sentido estrito de processo eleitoral definido por este Supremo Tribunal em processo de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 3.345).

Por essas razões, afasto a alegação de afronta ao art. 16 da Constituição da República.

Mantenho, aqui, portanto, o entendimento que firmei e afirmei naquele julgamento.

Presunção de não culpabilidade penal e aplicação da norma da alínea l do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 alterada pela LC 135/2010

6. Tem-se na decisão que manteve o julgado do Tribunal Regional Eleitoral mineiro, da lavra do ministro Aldyr Passarinho Júnior, não prosperar a alegação do recorrente de que estaria elegível porque "a inelegibilidade decorrente de condenação por improbidade administrativa somente incide após o trânsito em julgado da decisão condenatória (...) (e) se encontram pendentes de apreciação (...) recursos da decisão que o condenou por ato de improbidade administrativa". E tanto é afastado pelo eminente ministro por se ater à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral na esteira do que decidido na Consulta 1.120-36/DF, de que foi relator o insigne ministro Hamilton Carvalhido, no sentido de que "a Lei Complementar n. 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. Nas palavras do Min. Hamilton Carvalhido, nos autos da Consulta n. 1.120-26/DF (...) a garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do art. 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade, em obséquio da probidade administrativo para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato. A regra política vida acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.

Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar n. 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes, já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade".

7. O entendimento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral, na interpretação e aplicação da LC 135/2010, foi no sentido de que a norma do art. 1º,

I, *l*, não desobedece o princípio da presunção porque a inelegibilidade não é pena, mas a afirmação de uma circunstância impeditiva da oferta de alguém a candidatar-se a cargo eletivo e, ainda, que a sua definição por lei complementar atende o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição brasileira. Da ponderação dos valores constitucionalmente abrigados é que se tem a interpretação da norma constitucional e complementar, de modo a se cumprir o que posto no sistema como garantia do indivíduo (princípio da presunção de não culpabilidade penal) e garantia da sociedade (princípio da elegibilidade dos que atendem às previsões legais protetoras do processo eleitoral).

8. Daí por que penso que o argumento central do recorrente parte de premissa equivocada, qual seja, a de que a incidência da inelegibilidade importaria em apenação da pessoa, no caso, a suspensão de seus direitos políticos, regulamentada pelo art. 5º da Constituição da República.

Há muito a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do próprio Supremo Tribunal Federal assentou o exato sentido do instituto jurídico-político da inelegibilidade, concebido como uma restrição ao direito político do cidadão de candidatar-se a cargo público, em tutela da coletividade, cuja representação se dá com o exercício do mandato.

A inelegibilidade não se confunde com a ausência de condições de elegibilidade. Nesse aspecto, ela ultrapassa a estrita concepção da titularidade dos direitos políticos, funcionando como um mecanismo extraordinário de tutela da coletividade e da pessoa jurídica estatal. O § 7º do art. 14 da Constituição da República, por exemplo, elenca entre os inelegíveis "no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição". Essa vedação, limitada no tempo e no espaço, é critério objetivo de inelegibilidade, tal como o estabelecido na alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, independentemente da pessoa estar no pleno exercício de seus direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos, que retira da pessoa condição de elegibilidade, não se confunde com a inelegibilidade superveniente. Nos dizeres de Pimenta Bueno, os direitos políticos são:

> prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, *mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos*. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizavam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado.

> Os direitos políticos são filhos da constituição do Estado, que estabelece *suas condições de gozo em vista do interesse da sociedade*. É por isso que não há fatalidade maior para um povo do que a de ter representantes fracos ou desmoralizados por interesses pessoais, hipótese em que o país inteiro sofre em sua moral, direitos e interesses. Tais são os direitos políticos, e tal é a sua importância, conquista dos povos livres, que não basta alcançar, mas também é preciso saber conservar e defender em toda sua plenitude[47].

Tampouco o exercício ou não desses direitos políticos condiciona a dignidade da pessoa humana. Exemplo disso se dá em relação ao preso definitivamente condenado por decisão judicial transitada em julgado ou mesmo o estrangeiro, que não se tornam menos dignos que a pessoa livre ou o brasileiro nato ou naturalizado. O que se tem é tão somente ausência de condição de elegibilidade que perdura pelo tempo da pena, no primeiro caso, ou da condição de estrangeiro, no segundo.

Os direitos políticos, ao lado de outros direitos fundamentais, embora estejam abrigados no rol dos direitos fundamentais, têm seu exercício condicionado aos critérios jurídico-políticos estabelecidos na Constituição e nas leis.

A ausência de condição de elegibilidade decorrente da suspensão dos direitos políticos que atinge penalmente o réu definitivamente condenado, impedindo-o de votar e ser votado, perdura pelo mesmo prazo da pena enquanto a inelegibilidade decorrente dessa condenação somente passa a valer, de forma objetiva e por prazo certo, após o *cumprimento dessa pena*, como já dispunha, por exemplo, a alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990[48], antes mesmo da LC 135/2010.

Embora essa complexa questão submeta-se agora a crivo máximo deste Supremo Tribunal, o Tribunal Superior Eleitoral já tem assentado seu posicionamento nesse sentido:

> as inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade; à luz da atual construção doutrinária vigente os coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, não ferindo o regramento constitucional.
>
> Realmente, não há, a meu ver, como se imaginar a inelegibilidade como pena ou sanção em si mesma, na medida em que ela se aplica a determinadas categorias, por exemplo, a de juízes ou a de integrantes do Ministério Público, não porque eles devam sofrer essa pena, mas, sim, porque o legislador os incluiu na categoria daqueles que podem exercer certo grau de influência no eleitorado. Daí, inclusive, a necessidade de prévio afastamento definitivo de suas funções.

---

[47] BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 459-460.

[48] "e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;"

> O mesmo se diga a respeito dos parentes de titular de cargo eletivo, que também sofrem a mesma restrição de elegibilidade. Ainda os inalistáveis e os analfabetos padecem de semelhante inelegibilidade, sem que se possa falar de imposição de pena.
> (RO 191.873, rel. min. Arnaldo Versini, sessão de 28-10-2010.)

Em 28-3-1996, no julgamento do MS 22.087, relator o ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> *Ementa*: *Constituicional. Eleitoral. Inelegibilidade. Contas do administrador público*: *rejeição. LC 64, de 1990, art. 1º, I, g*. 2. Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64/1990 a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.
> (*DJ* de 10-5-1996.)

No voto condutor daquele mandado de segurança, o ministro relator destacou:

> (...) inelegibilidade não constitui pena. Destarte, é possível a aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64, de 1990, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência. No acórdão 12.590, Rec. 9.797/PR, do TSE, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, deixou expresso que a inelegibilidade não é pena, sendo-lhe impertinente o princípio da anterioridade da lei.
> (Rel. min. Carlos Mário Velloso, de 28-6-1996.)

O então ministro do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, naquele Recurso Especial Eleitoral 9.797, sessão de 19-9-1992, asseverou que a

> inelegibilidade não é pena e independe até de que o fato que a gere seja imputável àquela a que se aplica; por isso, à incidência da regra que a estabelece são impertinentes os princípios constitucionais relativos à eficácia da lei penal do tempo. Aplica-se, pois, a alínea *e*, do art. 1º, I, da Lei de Inelegibilidades aos condenados pelos crimes nela referidos, ainda que o fato e a condenação sejam anteriores à vigência.

No RE 129.392/DF, relator o ministro Sepúlveda Pertence, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu:

> *Ementa*: I – Processo eleitoral: *vacatio legis* (CF, art. 16): inteligência. 1. Rejeição pela maioria – vencidos o relator e outros ministros – da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, a sua vigência imediata não se pode opor ao art. 16 da mesma Constituição. II – Inelegibilidade: abuso do exercício do poder (CF, art. 14, § 9º): inteligência. 2. "O abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta que é causa de inelegibilidade e o que contém a nota de improbidade exigida pelo § 4º do art. 37, da Constituição, para que se cogite da suspensão dos direitos políticos, tal como prevista na alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990" (Célio Borja): *entendimento acolhido pelo TSE que não ofende as únicas normas constitucionais invocadas pelo recorrente (CF, arts. 15, V, e 37, § 4º).* III – Recurso extraordinário: âmbito de devolução. 3. No julgamento do recurso

> extraordinário, ao menos no tocante ao juízo preliminar de seu conhecimento, e incontroverso que o STF há de circunscrever-se as questões federais – hoje, exclusivamente, questões constitucionais –, expressamente aventadas na sua interposição. 4. Se, ao interpor o recurso extraordinário, o recorrente não invocou a contrariedade às normas dos arts. 31, §§ 1º e 2º, e 71, I, da Constituição, não o beneficia o entendimento do Tribunal (RE 132.747) de que, por força delas, cuidando-se de chefes do Executivo, incluídos os prefeitos, só a rejeição de suas contas pelo Legislativo – e não os pareceres ou decisões sobre atos específicos, do Tribunal de Contas – e que podem gerar a inelegibilidade do art. 1º, I, *g*, da LC 64/1990.
> (Grifos nossos.)

Em seu voto, o ministro Néri da Silveira esclareceu:

> Quando, entretanto, a Constituição, que não dispõe sobre o processo eleitoral na sua complexidade, regula a matéria atinente à elegibilidade e inelegibilidade, confere a este tema uma natureza específica. (...) Compreendo, pois, que a matéria nunca perdeu a natureza constitucional, e, por isso mesmo, quando se cuida de inelegibilidade, o assunto é de índole constitucional, e não se comporta, a meu ver, dessa sorte, no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral, desde o alistamento até a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos. Não tendo, portanto, a matéria de que se cogita nos autos como de natureza processual eleitoral, mas, sim, de índole constitucional, não considero a LC 64 compreendida na restrição do art. 16, no que concerne à possibilidade de sua imediata aplicação.
> (*DJ* de 16-4-1993.)

Também no Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso Ordinário 8.818 (*DJ* de 14-8-1990), o relator, ministro Octavio Gallotti, ressaltou:

> a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990, aplica-se às eleições do corrente ano de 1990 e abrange sentenças criminais condenatórias anteriores à edição daquele diploma legal.

E ainda, no Recurso 9.052, de relatoria do ministro Pedro Acioli, de 30-8-1990, *in verbis*:

> (...) a decisão recorrida se posiciona diametralmente oposta a incontáveis decisões deste Colendo Tribunal, que entende da aplicabilidade da LC 64/90, em toda a sua extensão, aos casos em que a causa da inelegibilidade tenha ocorrido em gestão administrativa anterior.
>
> Ao contrário do que afirmado no voto condutor, a norma ínsita na LC 64/90, não tem caráter de norma penal, e sim, se reveste de norma de caráter de proteção à coletividade. Ela não retroage para punir, mas sim busca colocar ao seu jugo os desmandos e malbaratações de bens e erário público cometidos por administradores. Não tem o caráter de apená-los por tais, já que na esfera competente e própria e que responderão pelos mesmos; mas sim, resguardar o interesse público de ser, novamente submetido ao comando daquele que demonstrou anteriormente não ser a melhor indicação para o exercício do cargo.
>
> Bem se posiciona o recorrente, em suas razões, quando assim expressa:

> O argumento de que a lei não pode retroagir para prejudicar, em matéria eleitoral, ou seja, que o art. 1°, I, *g*, da LC 64/90 não pode ser aplicada a fatos pretéritos à sua vigência, contrapõe-se a doutrina pátria, representada pelo festejado *Caio Mário da Silva Pereira* (in: *Instituições de Direito Civil* – Vol I – Ed. Forense – 1971 – p. 110):
>
> *As leis políticas, abrangendo as de natureza constitucional, eleitoral e administrativa, têm aplicação imediata e abarcam todas as situações individuais. Se uma lei nova declara que ficam sem efeito as inscrições eleitorais anteriores e determina que todo cidadão deve requerer novo título, aplica-se a todos, sem que ninguém possa opor à nova disposição a circunstancia de já se ter qualificado eleitor anteriormente.*

Inelegibilidade tem natureza jurídica que não a confunde com pena e nela não se transmuda conforme o caso, advenha ela de uma simples relação de parentesco ou de uma condenação judicial.

Embora possa eventualmente decorrer de uma apenação passada, por exemplo, pela prática de captação ilícita de sufrágio, a inelegibilidade, em si, com ela não se confunde, visto que se instaura com prazo certo e próprio de duração, objetivamente aferido segundo critérios eleitorais, e não penais.

Desse modo, a causa originária para a sua incidência, seja cível (*v.g.*, por improbidade administrativa), eleitoral (*v.g.*, por captação ilícita de sufrágio) ou mesmo criminal (*v.g.*, por prática dos crimes arrolados na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990), não afeta ou determina a sua natureza jurídico-constitucional autônoma. Inaplicáveis, portanto, os dispositivos do art. 5º da Constituição da República ao instituto da inelegibilidade.

Princípio da razoabilidade

9. Argumenta-se, com responsável preocupação, que aplicação de novas causas de inelegibilidade baseadas na vida pregressa do candidato, como quer o art. 14, § 9º, da Constituição da República, criadas por lei complementar, aos registros de candidatura formalizados após a sua entrada em vigor (como se tem na espécie), poderia levar o intérprete ao absurdo de considerar possível a perpetuação da inelegibilidade de determinado cidadão, sucessivas vezes surpreendido por novos impedimentos baseados em atos por ele praticados no passado, inviabilizando sua candidatura *ad eterno*.

Esse temor, ainda que pertinente, não resiste à força do art. 16 da Constituição da República, cuja aplicação pressupõe a do princípio constitucional da razoabilidade, na medida em que investiga o eventual caráter casuístico de lei nova.

É por essa verificação que se poderá avaliar quando e, se necessário for, como ora o fazemos, o uso desarrazoado, abusivo ou degenerado do poder de legislar quando da criação de causas de inelegibilidade fundadas na vida pregressa dos candidatos.

A interpretação contrária, essa sim, voltada para a tutela de um futuro distante, perfeitamente resguardado pelas balizas interpretativas que a própria Constituição oferece, poderia desguarnecer e comprometer o futuro próximo, em

que o enfraquecimento ou a postergação da força normativa do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, poderia autorizar, por exemplo – e aqui também, no campo da fantasia, talvez um pouco menos fantasiosa –, que uma pessoa eventualmente condenada por órgão judicial colegiado pelos piores crimes ou improbidades (nova causa de inelegibilidade), viesse a ter o seu pedido de candidatura deferido, pelo simples fato de essa inelegibilidade ter sido concebida com base em sua vida pregressa recente, embora anterior à formalização do pedido de registro, já submetido à lei nova, em vigor.

Desguarnecer o "hoje" da coletividade, em favor do "amanhã" do indivíduo, que em sua essência, repito, não se torna menos digno por ver-se temporariamente inelegível, significa desprezar o critério de elegibilidade que a Constituição preceitua como sendo a "vida pregressa do candidato", cuja definição não se confunde com "antecedentes criminais da pessoa" ou, mais precisamente, com "condenação ou decisão judicial transitada em julgado".

Embora a inelegibilidade possa atingir a participação política do cidadão, resguarda-se a integridade da sociedade, pois se defende, objetivamente, do risco previsto e previsível e não do dano posterior e inafastável de pleito eleitoral comprometido por desvalores constitucionalmente desacolhidos.

Daí não haver, como penso, qualquer agravo à razoabilidade da norma ao definir casos de inelegibilidade baseada nos parâmetros constitucionais relativos à vida pregressa dos cidadãos interessados em se candidatar, não se tendo no disposto na alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 135/2010 qualquer maltrato ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade penal.

Por todo o exposto, **pedindo vênia aos que têm entendimento diverso, voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário**.

VOTO
(Aditamento)

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, senhores ministros, como também já me manifestei, não lerei o meu voto. Farei a juntada no momento adequado. Mas eu queria, primeiro, cumprimentar verdadeiramente o ministro Gilmar Mendes pelo brilhante voto, em que pese pedir vênia para dele divergir, mantendo a minha posição inicial.

Faço duas observações bem rápidas até porque realmente os argumentos trazidos pelo eminente ministro, muitíssimo bem-fundamentados – e também pelo ministro Fux –, fazem duas referências que eu não tinha feito inicialmente, embora eu não vá ler o meu voto, faço questão de fazer uma referência ou, pelo menos, dar um realce.

O ministro Gilmar Mendes examinou, detalhadamente, o RE 129.392, que é sempre citado, porque é considerado um dos *leading case* nessa matéria. E também fiz análise daqueles outros votos, ministro Gilmar, só que chego à conclusão exatamente inversa.

Eu gostaria só de chamar atenção para o que foi consignado no voto do ministro Moreira Alves, ao anotar que o art. 16 da Constituição visava impedir o casuísmo de véspera. E Vossa Excelência afirmou exatamente que seria complicado falarmos em casuísmo, porque poderiam ter casuísmos do bem e do mal.

Mas o ministro Moreira Alves, naquela ocasião, ao fazer essa referência, dizia que a "mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política" é que seria realmente contrária ao disposto no art. 16, se se levar em consideração a necessidade de uma interpretação e aplicação teleológica da norma do art. 16, que queria exatamente garantir a moralidade do pleito eleitoral, do processo eleitoral, para ser mais exata.

E também chamo a atenção – e estou citando em meu voto; já tinha feito isso nas ocasiões anteriores – a uma dicção do ministro Néri da Silveira: "Relevo a observar que essa Lei [ele se referia, claro, à LC 64] se editou em momento bem anterior ao do registro dos candidatos, e foi nesse instante que se teve que verificar do preenchimento, por parte dos candidatos, dos requisitos para o deferimento do registro."

Apenas para isso afirmar que, quando se discute o processo eleitoral – e o ministro Fux chama atenção para isso –, há realmente uma desigualdade de interpretações, todas legítimas – até porque, se não fossem, não teríamos chegado a cinco ministros votando de um jeito, e cinco ministros votando de outro; portanto, não é algo simples e irrespondível, porque, se o fosse, em 25 tribunais regionais eleitorais no Brasil quase três mil juízes não teriam feito essa interpretação, logo, é perfeitamente legítima –, eu acho que haja esse dissenso, cuja posição, no meu caso, é exatamente inversa àquela que foi adotada pelo eminente relator, seguida pelos eminentes ministros que já votaram antes, e, neste julgamento, especificamente, o ministro Luiz Fux e o ministro Dias Toffoli acompanhando o relator.

Mas eu continuo convencida de que, neste caso, não houve quebra do princípio da segurança jurídica, pois nem haviam as convenções ainda se realizado e porque, embora o processo seja realmente uma continuidade de atos encadeados, esses atos culminam e se aperfeiçoam exatamente a partir das convenções, tanto que se pode, inclusive, ter as alterações que se façam necessárias a partir desse momento.

Mantenho, portanto, o meu ponto de vista, e o que foi enfatizado, com muita propriedade até pelo ministro Gilmar Mendes, de uma forma que eu ainda não tinha me manifestado sobre eventual quebra do princípio da igualdade que poderia, então, ser cogitado como um dos pontos graves para não se garantir não apenas o art. 16 como regra, mas como princípio, eu diria que, a meu ver, realmente, não vislumbra aqui ruptura da igualdade, porque, se eu considerar candidatos a candidatos, uma vez que não havia sequer as convenções ainda, quem se apresentava naquela ocasião e no sistema brasileiro isso é apresentado naquela ocasião, em que pese realmente haver, e não um ano antes, muito antes disso há já as conversas e os ajeitamentos para se chegar ao momento da convenção. Mas,

de toda sorte, a formalização jurídica se dá nesse momento, e, portanto, todos que se apresentem em igualdade de condições que teriam de se apresentar exatamente no momento das convenções já tinham essas regras em vigor e, assim, sabiam exatamente em que condições estavam, se estavam em condições iguais para concorrer.

Portanto, eu não vejo quebra do princípio da igualdade que me é extremamente caro como todos os princípios constitucionais.

E mesmo o princípio da confiança que foi enfatizado pelo ministro Luiz Fux para realizar o princípio da segurança jurídica não me parece que tenha sido quebrado, uma vez que não se criou uma insegurança a partir dessa lei, mas a lei simplesmente, ao fixar as novas balizas especificamente quanto às inelegibilidades, a meu ver, pôs de maneira clara quais eram as condições que teriam de ser apresentadas por aqueles interessados a se candidatar nas convenções.

Estou, portanto, em que pese, repito, o brilhante voto do ministro relator, mantendo o meu voto anteriormente no sentido de que era aplicável, como foi dada aplicação até aqui pelo Tribunal Superior Eleitoral à LC 135, às eleições de 2010, parece-me que não realmente afronta a esse princípio.

Faço uma última observação, senhor presidente, considerando que foi citado, tanto no voto do ministro relator quanto do ministro Luiz Fux, um precedente de que fui relatora, que é a ADI 4.307-MC-REF, lembrar que, naquele caso, a EC 58 veio, em 2009, para dar efeitos a um pleito ocorrido em 2008. Portanto, não tem pertinência com o que foi dito aqui nesse sentido do que é o art. 16 como efeito futuro. Apenas isso. Apenas chamando atenção, mas respeitando, claro, e sei que a citação foi feita pelo ministro relator, sem desconsiderar. Apenas estou realçando este dado.

Pedindo vênia, mais uma vez, ao eminente ministro relator, mantenho o meu entendimento, já anteriormente firmado nos dois outros votos, farei a juntada do meu voto, com as razões especificadas neste caso, eu divirjo para negar provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu principio dizendo, senhor presidente, nobres pares, que o legislador, ao aprovar a LC 135/2010, a denominada Lei da Ficha Limpa, que tem origem na iniciativa popular, contou com mais de 1.600.000 assinaturas, passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da própria Presidência da República e do TSE, na verdade, teve uma inspiração extremamente generosa: ela buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, bem como a legitimidade das eleições.

E, para tanto, ela criou novas causas de inelegibilidade, como todos nós sabemos, mediante critérios objetivos – isso é muito importante –, jamais deixou

ao alvedrio dos magistrados a criação de qualquer situação de inelegibilidade, mas foi o legislador complementar, calcado no texto da Carta Magna que, objetivamente, estabeleceu estas condições ou estas causas de inelegibilidade. E o fez com base no art. 14, § 9º, da Lei Maior, que, de resto, integra e complementa o rol de garantias e de direitos fundamentais da cidadania, sobretudo os direitos coletivos – isso precisa ser dito –, sobretudo os direitos coletivos.

O art. 14, § 9º, da Constituição Federal integra aquele rol de direitos e garantias fundamentais que não se restringe ao art. 5º, como nós sabemos, da Carta Magna, mas está difuso, difunde-se para outros locais, outros *locos* da nossa Constituição.

O Plenário do *locus* Tribunal Superior Eleitoral, por expressiva maioria e comungando do entendimento francamente dominante da quase totalidade dos 27 tribunais regionais eleitorais do País e dos mais de três mil juízes eleitorais brasileiros, vem defendendo a tese de que a citada lei complementar estabelece outras hipóteses, além daquelas listadas expressamente na Constituição, e quando o fez teve como objetivo, como escopo, proteger aqueles valores fundamentais que servem de arrimo ao próprio regime republicano, regime republicano este que está descrito, ou foi adotado pelos nossos Constituintes de 1988, logo no art. 1º da Carta Magna, o artigo vestibular, juntamente com o princípio democrático e o princípio federativo, que constituem, exatamente, o tripé sobre o qual se assenta todo o nosso arcabouço jurídico constitucional.

O caso em debate é emblemático, mas é emblemático do ponto de vista negativo. E eu quero justamente trazer alguns detalhes a Vossas Excelências para mostrar exatamente o que o legislador complementar, com fundamento na Carta Magna, buscou evitar, que tipo de personagens quis o legislador complementar impedir que integrassem o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, ou que ocupassem cargos no próprio Poder Executivo.

No caso sob exame, o recorrente – eu me abstenho de repetir o seu nome, que já foi anunciado pelo eminente presidente – teve o seu registro a deputado estadual indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, em decisão confirmada pelo Tribunal Superior Eleitoral em magnífico acórdão lavrado pelo eminente ministro Aldir Passarinho Júnior, uma das mais brilhantes inteligências da magistratura nacional. Esse deputado teve o seu registro indeferido por quê? Por ter sido condenado à suspensão de seus direitos políticos mediante decisão de órgão colegiado – e esse deputado, que à época praticou esses ilícitos, era secretário municipal de serviços urbanos de uma determinada cidade; também não quero revelar agora o nome para preservar a sua identidade pelo menos de uma execração pública, por que não dizer – e foi condenado, então, por improbidade administrativa, que importou em prejuízo ao erário e também enriquecimento ilícito.

E eu extraio do acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferido na apelação cível número tal, relatada pelo ilustre desembargador Eduardo Andrade em julgamento de 6-11-2007, o seguinte:

> O conjunto das provas dos autos demonstram a ocorrência de enriquecimento ilícito e proveito patrimonial, com o consequente prejuízo direto ao erário público. Especificamente, comprovou-se a utilização do trabalho de servidores públicos municipais em favor de campanha eleitoral, de forma a caracterizar a conduta de improbidade administrativa, acarretando prejuízo ao erário público em razão da incompatibilidade com os serviços prestados e os princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade, visto que foram utilizados de "forma direta e exclusiva" a prestação de serviços de servidores municipais em claro prejuízo ao serviço público municipal e, em contrapartida, benefício direto dos réus, ora apelantes.

Um dos réus é recorrente neste caso.

Eu descrevi os fatos exatamente conforme estão descritos neste acórdão.

Esse acórdão de Minas Gerais diz mais, impressiona pela força das palavras e pela gravidade dos fatos praticados pelo ora recorrente, atingido pela Lei da Ficha Limpa. Assenta aqui o desembargador Eduardo Andrade em sua decisão sufragada pela maioria de seus pares:

> Aliás, se essa forma de conduta, bem investigada e apurada, não for punida com rigor, o processo pode servir como estímulo à repetição do ato ilícito, se estendendo a outros pleitos e eventuais candidatos de má índole, inclusive, por Servidores, que pela sua formação e ou forma de contratação, estejam predispostos ao distanciamento do seu compromisso com a função pública, favorecendo o desvio de função com objetivos políticos.
>
> Assim, todos os réus [inclusive o ora recorrente] devem responder pelos seus atos, estando obrigados a devolver ao erário público a soma que perceberam indevidamente por terem deixado de seguir o regramento básico do bom administrador público, ao fazer tábula rasa da legislação e normas editadas para o seu exercício. Pois a inobservância das regras de legalidade e moralidade dos atos do gestor da coisa pública, independe do valor nominal do patrimônio agredido ou dilapidado, gerando, na sociedade, prejuízo incalculável, criando a presunção em qualquer cidadão de que poderá, da mesma forma, apropriar-se da coisa comum [da *res publica*, como diziam os romanos] em benefício próprio e nunca será punido por isso.

Neste caso, ele foi punido – o ora recorrente à época era secretário municipal de serviços urbanos, como dito – por ato de improbidade administrativa, perdendo, em razão dessa condenação, a função pública de deputado estadual. E diz a sentença:

> Por ser o mentor de todo o esquema para utilização indevida de agentes públicos em sua campanha e o maior beneficiário, tem maior grau de responsabilidade em face de seus copartícipes solidários, ensejando, portanto, maior penalização, razão pela qual fixo o lapso temporal da suspensão dos seus direitos políticos em 6 anos e 8 meses e do direito de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais por 5 anos.

Além disso, ele foi obrigado a pagar uma multa no valor de quarenta e dois mil, quarenta e cinco reais e seis centavos (R$ 42.045,06); ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, de forma solidária com os demais réus; à perda

dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; e o magistrado tornou ainda indisponíveis seus bens.

Por essa razão, então, entendeu o TSE, ratificando a decisão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, que o registro de sua candidatura encontrara óbice na alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, retificada pela LC 135 – Lei da Ficha Limpa, segundo a qual, como nós já sabemos, são inelegíveis aqueles, entre outros, que forem condenados por órgão judicial colegiado.

Aí, acentuo uma coisa muito importante, e que tem sido discutida, repetida e reiterada neste Plenário, a discussão da questão fática encerrou-se completamente nesse julgamento de segundo grau. Quer dizer, atestou-se, comprovou-se que o então réu e ora recorrente utilizou, ilegalmente, servidores públicos para sua campanha a deputado estadual e, portanto, foi condenado por ato de improbidade administrativa.

Esses fatos são indiscutíveis. Eles não poderão mais ser modificados em sede de recurso especial ou em sede de recurso extraordinário. Por isso que o legislador complementar, na LC 135, na Lei da Ficha Limpa, consignou: basta uma condenação, por órgão colegiado, porque os fatos falam por si só e os fatos são gravíssimos. Aqueles que praticam esses tipos de fatos não podem integrar qualquer dos Poderes da República.

Depois, faço um breve retrospecto de todos os argumentos que foram utilizados pelos recorrentes, mas eu me cinjo aqui a fazer algumas digressões acerca do art. 16 da Carta Magna a este caso, tendo em conta que o eminente relator circunscreveu a decisão apenas ao art. 16, considerando-a, penso eu, até uma prejudicial, porque diz Sua Excelência que basta esse fundamento para dar provimento ao recurso. Então, eu digo que a primeira questão suscitada pelos recorrentes é saber se uma lei que dispõe acerca de inelegibilidade e que tenha entrado em vigor antes de 5 de julho pode ser aplicada às eleições do mesmo ano.

Em outras palavras, o recurso sob exame sustenta a inconstitucionalidade, no fundo, do art. 5º da Lei 135/2010, o qual estabelece expressamente que ela entra em vigor na data de sua publicação, em face do art. 16 da Constituição, que os colegas já enunciaram aqui à saciedade.

Digo, então, que a solução dessa controvérsia impõe uma reflexão a respeito do alcance do chamado princípio da anterioridade da lei eleitoral, consagrado no referido diploma constitucional, que nos termos do voto condutor proferido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 3.345, recentemente publicado no *Diário da Justiça*, 19-8-2010 – e essa é a leitura que faço, sei que Sua Excelência tem uma posição distinta, mas pelo menos é a leitura que faço, e os colegas da Justiça Eleitoral fizeram. Diz Sua Excelência:

> definido, assim, de um lado, o sentido jurídico-constitucional da expressão processo eleitoral – que se inicia com as convenções partidárias e a apresentação das candidaturas e termina com o ato de diplomação – e identificada, de outro, a *mens* que deve orientar o intérprete na exegese do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral proclamado no art. 16 da Carta Política (...) tenho para

> mim, por isso mesmo, que a resolução em causa, além de não alcançada pelo princípio constitucional em questão, também não implicou modificação do processo eleitoral. É que, no que se refere a este último aspecto, foi ela editada em 2-4-2004 (fl. 159), sendo que as convenções partidárias para escolhas dos candidatos ao mandato de vereador somente puderam realizar-se a partir de 10-6-2004, consoante o Calendário Eleitoral de 2004, aprovado pela Resolução TSE 21.518/2003.
>
> Isso significa dizer que tais convenções regeram-se pelo que constavam do ato ora impugnado, que se aplicou, de maneira homogênea, a todos os partidos políticos e candidatos, sem provocar qualquer desequilíbrio entre eles, dispensando-lhes tratamento equânime, desvestido, em consequência, de qualquer sentido discriminatório.
>
> Disso resulta que a Resolução TSE 21.702/2004 – por não haver rompido a igualdade de participação das agremiações partidárias e respectivos candidatos no processo eleitoral, por não haver transgredido a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, por não haver produzido qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais de 2004, por não haver instaurado qualquer fator de perturbação desse eleitoral e por não haver sido motivada por qualquer propósito casuístico da Justiça Eleitoral – não comprometeu a finalidade mesma visada pelo legislador constituinte, quando prescreveu a norma inscrita no art. 16 da Constituição.

Ora, no caso sob análise, é possível verificar que a LC 135/2010, do mesmo modo, entrou em vigor em **7-6-2010**, ou seja, antes das convenções partidárias para escolha dos candidatos que, segundo o calendário eleitoral das eleições 2010, aprovado pela Resolução TSE 23.089/2010, ocorreriam a partir de **10-6-2010**. Assim, pelas mesmas razões, e por coerência, penso que não há falar em alteração do processo eleitoral, pois não se registrou nenhum casuísmo ou rompimento da chamada "paridade de armas" que pudesse acarretar alguma deformação do processo eleitoral.

À luz desses precedentes, e bem analisado o ponto, entendo que não se pode cogitar da incidência do art. 16 da Constituição no caso de criação, por lei complementar, de novas causas de inelegibilidades. É que, nessa hipótese, não há o rompimento da igualdade das condições de disputa entre os contendores, ocorrendo, simplesmente, o surgimento de novo regramento normativo, de caráter linear, ou seja, de disciplina legal que atinge igualmente todos os aspirantes a cargos eletivos, objetivando atender, repito, o disposto no art. 14, § 9º, da mesma Carta, segundo o qual:

> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, **a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições** contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifei.)

Na verdade, existiria rompimento da denominada "paridade de armas" caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou

coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas.

Não se contesta que a modificação das regras relativas às condições regedoras da disputa eleitoral, aprovada no ano em que ocorre o pleito, poderia dar azo a uma eventual quebra da isonomia entre os candidatos. Tal não ocorre, todavia, com a alteração das normas que definem os requisitos para o registro de candidaturas. Neste caso, elas direcionam-se a todas as candidaturas, sem fazer distinção entre os vários postulantes, motivo pelo qual não têm o condão de afetar a igualdade que deve reger a disputa eleitoral.

Em recente artigo publicado no sítio eletrônico Observatório da Imprensa, a propósito do tema, Dalmo de Abreu Dallari assenta o seguinte:

> Na realidade, a proibição constitucional não tem a extensão que se pretende dar a essa interdição e não impede a aplicação imediata, nestas eleições, da Lei da Ficha Limpa. Com efeito, o que diz, textualmente, o artigo 16 da Constituição é que "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência". Ora, processo, como bem esclarece o notável processualista José Frederico Marques, é um conjunto de atos concatenados, que devem ser praticados numa sequência pré-estabelecida, servindo de instrumento para o exercício da função jurisdicional. Ora, o que a Lei da Ficha Limpa faz é, simplesmente, estabelecer condições de inelegibilidade, sem qualquer interferência no processo eleitoral, que continua a ser exatamente o mesmo anteriormente fixado por lei. Não há, portanto, qualquer inconstitucionalidade.

Registro, por oportuno, que o TSE, ao analisar a aplicação do princípio da anterioridade no tocante à LC 64/1990, que também cuida de inelegibilidades, entendeu que ela não se insere no rol daquelas que podem interferir no processo eleitoral (Consulta 11.173 – Resolução TSE 16.551, de 31-5-1990, rel. min. **Octavio Gallotti**).

Lembro, ainda, que no julgamento da ADPF 144/DF, rel. min. **Celso de Mello**, pelo STF, no qual se assentou a impossibilidade de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra candidatos, de procedimentos judiciais sem trânsito em julgado, consignei que, em Roma antiga, os candidatos a cargos eletivos trajavam uma toga branca como forma de identificá-los e distingui-los dos demais cidadãos. Nesse sentido, destaquei que a palavra "candidato" vem do latim *candidatus*, que significa "aquele que veste roupa branca", representando a pureza, a honestidade, a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

Naquela quadra, ressaltei, também, que, a prevalecer o entendimento daqueles que ajuizaram a referida arguição de descumprimento de preceito fundamental, estar-se-ia diante de uma verdadeira norma em branco

> que permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de "vida pregressa", a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

Entretanto, ressalvei em meu voto que, "enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional", é melhor que prevaleça "aquele estabelecido pela lei complementar vigente".

É dizer, em nenhum momento exclui a possibilidade de o legislador complementar, mediante critérios objetivos que busquem proteger a probidade administrativa e a moralidade eleitoral, criar novas causas de inelegibilidade, tendo em conta aquilo que a Constituição denominou "vida pregressa do candidato", nos exatos termos do art. 14, § 9º, que inaugura o capítulo dos direitos políticos de nossa Lei Maior.

Entendo, desse modo, que a LC 135/2010, ao estabelecer novos casos de inelegibilidade, prazos de sua cessação, determinando, ainda, outras providências, teve como escopo proteger valores constitucionais que servem de arrimo ao próprio regime republicano, além de integrar e complementar o rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Em conclusão, forte nos precedentes firmados por esta Suprema Corte, assento que lei complementar que disponha acerca de inelegibilidades, a qual tenha entrado em vigor antes de 5 de julho, pode ser aplicada às eleições do mesmo ano, tal como ocorre no caso sob exame.

Não vejo, pois, como dar guarida à alegada inconstitucionalidade do art. 5º da LC 135/2010 por ofensa ao disposto no art. 16 da Constituição.

Senhor presidente, com essas palavras – e peço já escusas se, eventualmente, abusei do tempo que eu mesmo me assinalei, e que, enfim, achei que seria conveniente para esclarecer as minhas ideias – concluo o meu voto, conhecendo do recurso extraordinário, mas, negando-lhe provimento para manter, na íntegra, o acórdão emanado do Tribunal Superior Eleitoral.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, a questão referente à aplicabilidade da LC 135/2010 já foi exaustivamente discutida por este Plenário, por ocasião do julgamento do RE 630.147 e, em seguida, do RE 631.102. Por esta razão, serei sucinto e bastante objetivo.

Reafirmo, uma vez mais, a perspectiva com que me proponho a analisar os recursos extraordinários que envolvem a aplicação da LC 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que simboliza grande avanço na moralização da nossa vida política e é fruto da mobilização de número expressivo de nossos concidadãos, sendo, portanto, uma das nossas raras leis de iniciativa popular: a da

valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não de proteção preferencial aos interesses puramente individuais. Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva.

Como já afirmei diversas vezes, na ponderação entre valores concernentes aos direitos políticos individuais e valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia, que não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação. No caso ora em discussão, lançar ao ostracismo os postulados da moralidade e da probidade administrativa (art. 14, § 9º, CF/1988), em prol da prevalência de uma distante e duvidosa aplicabilidade a esta controvérsia do disposto no art. 16 da Constituição, constitui, a meu sentir, opção temerária por uma determinada leitura do texto constitucional.

Com efeito, a primeira questão suscitada pelo recorrente é a pertinente à necessidade de observância do **princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição Federal**, na redação dada pela EC 4/1993.

Conforme já salientei no julgamento dos casos anteriores (RE 630.147 e RE 631.102), a Lei da Ficha Limpa não tem como campo temático o processo eleitoral.

Lei de inelegibilidade não se qualifica como lei de processo eleitoral. Inelegibilidade é matéria constitucional de caráter substantivo, inserida no campo que o saudoso professor Caio Maio da Silva Pereira certa vez qualificou como direito político, e reconhecida como tal por esta Corte, no julgamento da ADI 354 e da ADI 1.805-MC.

Com efeito, o ministro Néri da Silveira, no julgamento da ADI 1.805-MC, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, *DJ* de 14-11-2003, afirmou:

> As inelegibilidades implicam restrições ao direito político do cidadão de ser votado para cargos eletivos, o qual se alinha entre as liberdades públicas fundamentais. Compreende-se, destarte, informem-se essas restrições da natureza própria de matéria constitucional, devendo, pois, sua sede originária de disciplina residir na Lei Fundamental do Estado, de forma exaustiva, ou, no mínimo, na Constituição se preverem os princípios básicos delas regentes.

No mesmo sentido, o ministro Moreira Alves, no julgamento da ADI 354, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 22-6-2001, assim se manifestou:

> Se a Constituição pretendesse chegar a tanto não teria usado da expressão mais restrita que é processo eleitoral, mas se teria valido de expressão mais ampla

> abrangente de todo o direito eleitoral, certo, aliás, como é que até limitação ou extensão de prazo para alistamento eleitoral pode influir nas eleições.

Inelegibilidade tem fundamento também no § 9º do art. 14, e o art. 16 não serve para obstar-lhe a vigência. A esta conclusão chegou esta Corte, por apertada maioria, no RE 129.392, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16-4-1993. Cito trecho do voto do ministro Sydney Sanches, proferido naquela assentada:

> Não me parece que, com a invocação do art. 16, se possa afastar a implantação do sistema de proteção à lisura das eleições que a LC 64 visou alcançar. Lembro-me que essa questão foi muito debatida no Tribunal Superior Eleitoral. E nos vimos diante desta dificuldade: ou cumpríamos o art. 16 *ipsis litteris*, e deixávamos um campo imenso para as lacunas relativas às inelegibilidades, que a Constituição não tolera e não tolera expressamente; ou cumpríamos o objetivo maior da Constituição, que quer a lisura da eleição, inclusive com a norma do art. 16. E chegamos à conclusão de que o que o art. 16 quer evitar é que haja abuso legislativo em detrimento dessa lisura. Ao passo que o § 9º do art. 14 quer que toda eleição, inclusive a última que se realizou, seja presidida por uma lei capaz de levar a resultados mais condignos com o espírito que ela quis preservar.

Do ponto de vista prático, as condições de elegibilidade e de inelegibilidade são verificadas na data do registro da candidatura. Todos os candidatos sabem exatamente a data em que devem demonstrar o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais.

A LC 135/2010 (*DJ* de 7-6-2010) foi publicada antes do período fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral (Instrução 126, Resolução 23.089, Brasília/DF, 27-8-2009) para a realização das convenções partidárias destinadas à deliberação sobre coligações e escolha dos candidatos (10-6 a 30-6) e antes de 5-7-2010, último dia para os partidos políticos e coligações apresentarem nos tribunais regionais eleitorais, até as dezenove horas, o requerimento de registro de candidatos a governador e vice-governador, senador e respectivos suplentes, deputado federal, deputado estadual ou distrital.

Assim, a referida lei complementar, que traz normas de direito material eleitoral, ingressou no mundo jurídico em momento no qual ainda não estavam formalmente definidos os candidatos às eleições, de modo que, por trazer critérios objetivos e facilmente verificáveis, cabia aos partidos políticos, durante as convenções, fazer recair a indicação dos pleiteantes a cargos eletivos sobre aqueles que preenchessem os requisitos legais.

Dessa forma, no caso da LC 135/2010, não houve surpresa ou quebra dos princípios da segurança e da isonomia. Não houve desestabilização do processo eleitoral porque este sequer havia sido iniciado.

Deve-se ressaltar, ainda, que o processo eleitoral, tal como registrado pelo ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.345, *DJE* 154, divulgado em 19-8-2010, inicia-se com a realização das convenções partidárias e se encerra com a diplomação dos candidatos eleitos.

Ademais, no julgamento da já mencionada ADI 354, o ministro Celso de Mello esclareceu, ainda, a *mens* que deve orientar o intérprete na exegese do princípio da anterioridade eleitoral: a necessidade de impedir a utilização abusiva e casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação dos pleitos eleitorais, com possível quebra da isonomia entre os diversos partidos políticos e candidatos.

Conforme afirmou o ministro Ricardo Lewandowski, em seu preciso voto proferido no RE 630.147, essa posição foi ratificada no julgamento da ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 23-2-2007, quando a Corte ressaltou que somente se cogita de afronta ao princípio da anterioridade quando ocorrer (i) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; (ii) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou (iv) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.

De fato, creio que, nesta matéria, o princípio da isonomia traduz o *punctum dolens* da questão. No entanto, conforme me manifestei nos julgamentos anteriores, a LC 135/2010 se aplica de modo uniforme a todos os participantes da disputa, sem violar, portanto, o princípio da isonomia. A lei não gerou desequilíbrio entre as forças eleitorais em disputa. A alteração irrelevante das regras do jogo, ou seja, a alteração que não afeta a isonomia entre os candidatos, não se submete ao princípio da anualidade.

Assim, quanto a esse primeiro ponto, reafirmo meu entendimento no sentido de que a imediata aplicação da LC 135/2010 não ofende o art. 16 da Constituição Federal.

No que se refere à alegada ofensa ao princípio da presunção de inocência, já me manifestei sobre o tema no julgamento da ADPF 144, no sentido de que é hoje incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. Ao contrário, restrições a direitos fundamentais de natureza política são encontradas no próprio texto constitucional, como é o caso da proibição à elegibilidade do analfabeto (CF, art. 14, § 4º). Por outro lado, tornou-se rotina no âmbito desta Corte, e de inúmeras outras cortes constitucionais e supremas, o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais *a priori* dotados da mesma carga normativa, de sorte que, no caso concreto, um deles possa eventualmente prevalecer.

Ora, o princípio da presunção de inocência, como bem sustentado pelo ministro Ayres Britto naquela ocasião, constitui norma princípio que serve eminentemente ao indivíduo, sem qualquer repercussão fora da esfera individual. Visa a preservar a liberdade individual do cidadão contra eventuais constrangimentos de ordem criminal que lhe sejam opostos, por meio de procedimentos pouco obsequiosos do devido processo legal e das normas de direito processual penal protetoras dos direitos do cidadão acusado da prática de algum delito. Já os direitos políticos têm outro significado. Tanto o seu exercício de maneira abusiva, quanto a sua fruição na perspectiva passiva por pessoas ímprobas ou envolvidas

em atividades delitivas repercutem de maneira negativa não apenas na esfera individual do titular, mas sim no próprio sistema representativo como um todo. Interfere, em última análise, na relação de representação política que une os cidadãos aos seus representantes. Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não identificação do cidadão com os seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da *polis*, ou seja, aquilo que os alemães chamam apropriadamente de *Politikverdrossenheit*.

Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo art. 14, § 9º, da Constituição, estas devem prevalecer.

Contudo, reafirmo o meu entendimento de que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e para evitar situações de abuso no indeferimento indiscriminado e sem critério de candidaturas, a condenação criminal em primeira instância, confirmada pelo órgão jurisdicional de segundo grau, seria um parâmetro seguro para se barrar a candidatura de pessoas cuja vida pregressa não as recomendam ao exercício de mandatos eletivos.

Creio ser esse um critério seguro e compatível com o nosso sistema constitucional, especialmente porque leva em conta o esgotamento das instâncias ordinárias, isto é, as instâncias incumbidas do exame dos fatos em matéria criminal. Condenado o réu em primeira e segunda instâncias, tem-se a segurança necessária quanto à materialidade dos fatos de que é acusado o eventual candidato.

E é essa exatamente a hipótese dos autos.

O recorrente, após os trâmites regulares de ação civil pública promovida pelo Ministério Público mineiro, foi condenado pela utilização indevida de servidores públicos do Município de Uberlândia, no horário de expediente e sob ameaça de demissão, à época em que era secretário municipal de serviços urbanos, para proveito particular, qual seja: para auxílio na sua campanha eleitoral. Houve ainda a utilização de veículos contratados pela Prefeitura em benefício de sua campanha.

Ao apreciar a apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou a sentença, determinando apenas a redução pela metade da multa civil e fixando a suspensão dos direitos políticos de Leonídio Bouças em cinco anos.

Essa decisão foi objeto de recurso especial e de recurso extraordinário.

Como se vê, não obstante a inexistência de decisão judicial transitada em julgado, após longa instrução probatória, já há pronunciamento das instâncias ordinárias acerca dos fatos pelos quais o ora recorrente veio a ser condenado por improbidade administrativa, de modo a se aplicar integralmente a alínea *l* do § 1º do art. 1º da LC 64/1990 com redação dada pela LC 135/2010.

Assim, pedindo vênia aos que pensam de modo diverso, eu nego provimento ao recurso.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhor presidente, a história nos mostra que na vida constitucional das nações, de tempos em tempos, às vezes é preciso fazer escolhas. Dramáticas, em algumas ocasiões. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, essas escolhas têm cabido não raro às cortes constitucionais ou às cortes supremas, e o Supremo Tribunal Federal está, neste momento, diante de um grande momento, como este, de fazer uma grande opção.

E, neste caso específico, parece-me ser muito simples a opção a se fazer. O que temos diante de nós? Nós temos aqui dois dispositivos, ambos de estatura constitucional. Um, o art. 16 da Constituição, que estabelece o princípio da anualidade no que diz respeito ao chamado processo eleitoral; o outro, um dispositivo igualmente inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o qual estabelece a obrigação de se coibir as práticas imorais, de se implantar a moralidade, de se banir a improbidade administrativa que, todos nós sabemos, é uma das chagas da nossa pólis, da nossa vida política. É esta, me parece, a opção que temos de fazer.

Eu já manifestei a minha opção há bastante tempo. Volto a afirmar: os dois dispositivos têm natureza constitucional. Nós temos, aqui, uma fricção circunstancial entre eles. Temos um confronto entre duas disposições constitucionais que aparentemente se aplicam à mesma relação jurídica. O que nós resta fazer é a ponderação entre essas duas disposições e escolher uma delas para aplicação no caso concreto. Dizer simplesmente qual delas deve prevalecer momentaneamente.

Quanto ao meu voto, não vou repeti-lo, porque partes substanciais dele já foram lidas aqui duas vezes, por ocasião do julgamento dos RE 631.102 e RE 630.147. E, no que diz respeito à inaplicabilidade do princípio da presunção de inocência, fui voto vencido na ADPF 144. Estou reiterando esses meus pontos de vista, e requerendo a Vossa Excelência, senhor presidente, a juntada dessas manifestações pretéritas.

Estou negando provimento ao recurso extraordinário.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, eu também não vou ler o voto que trouxe. Vou oralizá-lo do modo mais sintético que me for possível.

Acho que tudo depende, aqui, como nas outras causas submetidas a julgamento desta Suprema Corte, da visão global que tenhamos da Constituição Federal. É uma questão de mundividência ou cosmovisão constitucional. Estamos aqui a revelar o nosso especial modo de interpretar o conjunto de dispositivos da nossa Lei Fundamental. E é evidente que essa cosmovisão constitucional passa, não pode deixar de passar, pela compreensão dos próprios direitos fundamentais,

porque estamos a lidar com um aparente entrechoque, uma colisão, entre direitos individuais, dentre eles o da chamada presunção de não culpabilidade e direitos políticos: direito de votar, direito de ser votado. Mas ambas as categorias de direito são fundamentais, porque alocadas, as categorias, no título de número II da Magna Carta Federal, cujo nome é conhecido de todos, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

Mas esses direitos e garantias fundamentais são diferenciados multiplamente. Primeiro, pelo modo como servem aos fundamentos da República, art. 1º, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a cidadania, a soberania, que é a soberania popular. Então, os direitos fundamentais, eles se diferenciam a partir do modo como se atrelam, como se ligam ou aos fundamentos da República.

O sr. ministro Luiz Fux: Ou às suas funções.

O sr. ministro Ayres Britto: Com suas funções. Eles cumprem funções diferenciadas e têm finalidades diferenciadas.

Não foi à toa que a Constituição os compartimentou, iniciando o seu discurso normativo com os direitos e deveres individuais e coletivos, passando pelos direitos sociais e terminando com os direitos políticos. Eles cumprem finalidades diferentes, cumprem função diferenciada, eles se atrelam por modo também diferenciado aos fundamentos da República.

Mas, na prática, tenho observado e digo isso lamentavelmente, fazendo com desagrado no plano cidadão e no plano científico, os direitos individuais têm servido muito para asfixiar os outros direitos ou tirar o verdadeiro sentido dos outros direitos, ou, pelo menos, esvaziar a carga de tutela, de proteção à cidadania, aos trabalhadores que se contêm nos direitos sociais e políticos. É um fenômeno meio parecido com o uso da letra do dispositivo interpretado para matar o espírito do dispositivo, levando, muitas vezes, a conclusões bizarras, desinteligentes, disparatadas, como diria Carlos Maximiliano. A pior forma de interpretar um texto normativo é levá-lo à própria ineficácia. E os direitos individuais, lamentavelmente, têm cumprido essa função histórica nos últimos tempos, de condicionar demasiadamente a interpretação de outros direitos fundamentais, na perspectiva de um esvaziamento do conteúdo desses últimos. Por exemplo, é sempre bom recordar. Os direitos individuais têm como característica central, ainda hoje, uma postura de inação do Estado. São direitos oponíveis ao Estado, são direitos que demarcam o campo proibido, ao passo até normativo do Estado, a não ser para reforçar o discurso protetivo da Constituição. Há um espaço interditado ao caminhar do Estado. São os direitos e garantias individuais. O Estado, me permitam a coloquialidade da expressão, não se intromete, não se imiscui, não mete o bedelho. É preciso essa compreensão apriorística para bem interpretar os direitos e garantias individuais como característica central. Os direitos sociais, reversamente, exigem do Estado uma postura de ação, antes eu falei de inação ou absenteísmo. Agora, eu estou falando de ação, de intromissão, o Estado distributivista de riqueza de patrimônio, de vagas de emprego. O Estado

provedor de necessidades coletivamente sentidas, a demandar, pelo seu conteúdo socioeconômico, dispêndio, provimento de recursos para a respectiva prestação em prol da cidadania, dos cidadãos.

E os direitos políticos? Porque nós estamos cuidando é de direitos políticos, art. 16 e art. 14, § 9º, ambos incrustados nesse capítulo constitucional de direitos fundamentais. Direitos que se iniciam com o art. 14. Ora, esses direitos implicam não inação estatal, não ação estatal, mas uma intervenção do cidadão e, sobretudo, do cidadão eleitor, na vida do Estado. Uma intromissão na funcionalidade estatal, sobretudo em dois planos: o plano da formação dos quadros dirigentes do Estado, o cidadão eleitor é quem vai formar, produzir os quadros dirigentes do Estado, e, no plano, especificamente cidadão, do acompanhamento crítico das ações do Estado. Então, diferentemente dos outros dois, das outras duas categorias de direitos fundamentais, os direitos políticos implicam uma postura de intervenção da cidadania na vida do Estado.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência me permite? Esses direitos políticos são, para usar caracterização típica de Vossa Excelência, são bifrontes, são anfibológicos, não é?

O sr. ministro Ayres Britto: Formação dos quadros estatais e acompanhamento do Poder.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Ao mesmo tempo que eles são individuais, eles têm uma dimensão coletiva também. Aliás, pelo ministro Toffoli e acho também por Vossa Excelência, foi evocado aqui o princípio da confiança relacionado a esta questão que estamos debatendo. Eu pergunto, tendo em vista esta perspectiva dos direitos políticos: confiança na perspectiva de quem? Do candidato ou dos eleitores?

O sr. ministro Ayres Britto: Do cidadão. Proteção da confiança do cidadão-eleitor que tem, primeiro: o direito a escolher para produzir os quadros estatais e políticos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Quando se fala eleitor, nós estamos falando de um comunidade de eleitores que se opõem a uma pessoa.

O sr. ministro Dias Toffoli: Vamos criar o voto censitário. Vamos votar pelos eleitores, então.

O sr. ministro Ayres Britto: Não há dever sem direito. A probidade administrativa é um dever do poder público, expressão que é do princípio da moralidade administrativa, art. 37. O Estado tem o dever de administrar, de modo probo, a coisa pública – que não é dele, ele é um curador, ele é gestor de coisa alheia e não senhor de coisa própria, como em certa feita disse, lapidarmente, Ruy Cirne Lima, outro gaúcho – e a esse dever corresponde o direito da cidadania, de ver a sua coisa, a coisa pública administrada por modo ético, moral, probo. Mas esse direito da cidadania tem uma outra dimensão: o cidadão tem o direito de escolher – para a formação dos quadros estatais, em períodos eleitorais – candidatos

de vida pregressa retilínea. É o que diz o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, assim, vernacularmente, posto:

> Art. 14. (...)
> (...)
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

"Outros casos", além daqueles listados pela própria Constituição, "a fim de proteger" – olhe o princípio da proteção aqui. A proteção da confiança – está lá no art. 16 a palavra proteção? Não, está no art. 14, § 9º. A fim de proteger o quê? A probidade administrativa, pressupondo já a investidura nos cargos. "[A] moralidade para o exercício do mandato" – pressupondo disputa em uma fase precedente à investidura. A Constituição cuida da probidade no plano da investidura consumada e da moralidade no plano da disputa pela investidura em cargo político eletivo. E sentando praça do seu propósito de clareza expositiva, nem precisava dizer isso. Mas a Constituição sabe que é muito difícil enterrar ideias mortas. A Constituição previu: "(...) considerada a vida pregressa do candidato". E vida pregressa é vida passada, não é vida futura, considerada a biografia do candidato, o político que não tiver biografia, desfilar pela passarela inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa – ou quase isso –, não pode ter a ousadia de pedir o registro de sua candidatura. Até porque a Constituição trabalhou com esse sentido vernacular de candidato. O que é candidato? Cândido, puro, limpo, eticamente. E candidatura, o que é? Candura, pureza, limpeza, ética, segundo a boa tradição romana.

Então, a Constituição enunciou mais: "(...) e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

É por isso que a Constituição insiste no seu propósito de combater, ministro Joaquim Barbosa – Vossa Excelência lembrou bem –, esse principal ponto de fragilidade estrutural de toda a história do Brasil: a corrupção administrativa. E dispõe o § 10 do art. 14 da Constituição Federal:

> § 10 O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

E, no § 4º – o ministro Lewandowski lembrou bem –, esse é o quarto julgamento do recorrente, ele já foi derrotado em duas instâncias.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Eu me lembro. Gostaria de ressaltar que Vossa Excelência está lendo a Constituição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Consta, salvo engano, que até o recurso especial dele teria sido indeferido.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Foi negado seguimento, parece-me, em agosto, pela ministra Eliana Calmon no Superior Tribunal.

O sr. ministro Ayres Britto: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Foi feita uma soma, que é aquela teoria futebolística a que já me referi: somam-se três ou quatro decisões e, aí, a Corte Suprema não tem mais nada a fazer.

O sr. ministro Ayres Britto: (Cancelado)

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Uma coisa curiosa é que, no julgamento de segundo grau – é por isso que muitos aqui defenderam a aplicação imediata das sentenças criminais –, a questão fática fica absolutamente resolvida.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Não queria ironizar, mas o índice de revisão de sentenças de segundo grau no STJ é muito grande em matéria de improbidade.

O sr. ministro Ayres Britto: Foi nesse sentido. A questão de fato já está ultrapassada, não é? Já não se discute.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Certo, já passou.

O sr. ministro Ayres Britto: Bem, eu prossigo e digo: a Constituição, no § 4º do art. 37 dispõe – ainda uma vez, volto a dizer como a Constituição sabe que é difícil enterrar ideias mortas:

> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão [aí vem a mais severa das penas, diretamente previstas por um texto normativo constitucional, quatro penas] a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A probidade é o principal conteúdo do princípio da moralidade administrativa, porque é a Constituição quem o diz.

Muito bem, então, senhor presidente, eu já me encaminho para o fechamento do voto, dizendo o seguinte: eu não vejo antinomia entre o art. 16 e o art. 14, § 9º, da CF. Entendo o seguinte: no direito eleitoral, tudo é peculiar; até a Justiça Eleitoral é peculiaríssima; é uma Justiça composta por juízes que não têm vitaliciedade, têm mandato; que não têm vencimentos, têm jeton; juízes que respondem a consultas; juízes que fazem da função administrativa, notadamente aquela de realização material da eleição, uma atividade ombreada com a função jurisdicional, atividade administrativa no âmbito da Justiça Eleitoral, porque o processo eleitoral é assim, binariamente administrativo e jurisdicional. A Justiça Eleitoral faz da atividade administrativa, não uma atividade-meio, mas uma atividade-fim; não uma atividade *interna corporis*, endógena, portanto, mas uma atividade exógena, *externa corporis*. Tudo é peculiar. Essa expressão do art. 16, processo eleitoral, é solitária, é única. A Constituição não volta a falar de processo eleitoral. Fala numa única oportunidade: exatamente no art. 16. Deve ser interpretada a expressão – claro que não literalmente –, mas sistemicamente,

em combinação com o art. 14, § 9º. Eu não vejo antinomia. Esse processo eleitoral de que trata a Constituição é aquele apetrechado o bastante para cumprir o conteúdo do § 9º do art. 14, ou seja, legitimidade e normalidade do processo eleitoral, porque assim é que se serve à democracia. Esse processo eleitoral do art. 16 está a serviço da democracia representativa, porque a eleição é o momento mais luminoso e culminante, pinacular da democracia representativa. E o processo eleitoral só pode ter função instrumental, é um instrumento, é serviente. Serviente de quê? Da democracia representativa no plano da sua autenticidade, no plano da legitimidade e no plano da normalidade. Uma coisa servindo a outra. Não é o art. 14, § 9º, que deve ser interpretado à luz do 16; é o 16 que deve ser interpretado à luz do § 9º do art. 14, até porque o art. 16, na atual redação, é fruto da emenda constitucional – acho que número 4 –, mas emenda singela, ao passo que o § 9º do art. 14, foi pela EC 4, emenda de revisão, em data mais nova do que a emenda que alterou a redação do art. 16. Então, quando o § 9º do art. 14 foi redigido já existia o atual art. 16.

Não entendo, *data venia*, como se pode falar da surpresa, porque o art. 14, § 9º, que fala de vida pregressa, de moralidade para o exercício do mandato e de probidade no exercício do cargo, tem dezessete anos. Ele foi regulamentado pela LC 135/2010, dezesseis anos depois, complementando a 64/1990.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas, ministro Ayres Britto, como uma pessoa condenada em três instâncias por se apropriar do bem público pode alegar surpresa por ser impedido de se candidatar?

O sr. ministro Ayres Britto: E eu digo o seguinte, a LC 135 trouxe surpresa, mas que surpresa? Ela chegou com dezesseis anos de atraso.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Mas há três condenações contra ele em três instâncias distintas.

O sr. ministro Ayres Britto: E tem mais, ela só chegou porque a cidadania tomou a iniciativa. Não se diga que ela não tenha maior ou menor merecimento pelo fato de provir de um impulso coletivo popular. Tem merecimento maior, porque o art. 14 da Constituição prevê:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> I – plebiscito;
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Ou seja, a iniciativa popular, aqui, atende a um reclamo, a um chamamento constitucional. É uma forma de democracia direta ou participativa. A representação do povo não se faz plenamente, só se faz em plenitude depois dessa iniciativa, desse impulso popular.

Vossa Excelência disse bem: 1.600.000 pessoas, capitaneadas por mais de sessenta instituições da sociedade civil, produziram uma lei que passou,

por unanimidade, na Câmara dos Deputados e no Plenário do Senado Federal, ungida nessa pia batismal da soberania popular.

O art. 14, *caput*, diz, com todas as letras, que a soberania popular será exercida também pela iniciativa popular.

Então, é uma lei que nasce, no seu processo legislativo, ultralegitimada pela Constituição. Isso faz, sim, a diferença. Para enxergar uma inconstitucionalidade nessa lei é preciso que a inconstitucionalidade seja flagrante, seja patente e, se me permitem, acho que o art. 16 interpretado como a meu sentir deve ser: à luz do § 9º do art. 14, significa simplesmente, processo, como diria Pietro Virga, como uma sucessão ordenada de atos – chamados de fases processuais – preparatórios de um ato final e conclusivo, que é a eleição. E isso começa com quê? Com a postulação das candidaturas. Até então não há candidatos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): O prazo devia ser de seis meses, tem que fazer uma interpretação ablativa, aí a lei modificou a Constituição.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, Excelência. Olha, o que fez a lei? Disseram o ministro Ricardo Lewandowski, a ministra Cármen Lúcia, o ministro Joaquim Barbosa e disse a ministra Ellen Gracie, da última vez, a lei, linearmente, estabeleceu condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade, como prefira se chamar, em igualdade de condições para todos os protagonistas centrais do processo eleitoral: partidos, coligações, candidatos.

Mas eu iria além, se me permitem. Para concluir esse voto, eu iria além.

A lei, além de não ferir o princípio da isonomia entre os protagonistas do processo eleitoral, estabeleceu uma isonomia. Uma isonomia fundamental entre membros do Poder. Porque a Constituição para os juízes exigiu concurso público: um processo seletivo no qual se afere, em primeiro lugar, a vida pregressa do candidato. Então, quando a lei passou a exigir uma vida pregressa isenta de um passivo eleitoral avultado, um passivo processual avultado, seja no campo penal, seja no campo da probidade administrativa, a lei promoveu uma isonomia entre membros do Poder. Membros do poder têm que ter vida pregressa respeitável, porque, no fundo, o § 9º do art. 14 consagra um princípio: o princípio constitucional da respeitabilidade. Quem sai do campo da presentação de si mesmo, que é o campo dos direitos individuais, e se catapulta para o campo da representação de toda uma coletividade, tem que ter respeitabilidade, porque o povo deve ter a possibilidade de escolher entre candidatos de vida retilínea. Isso se chama "autenticidade do regime democrático", qualidade de vida política do País; a qualidade de que mais precisamos: a qualidade de vida política. E essa lei veio para sanear os costumes eleitorais, rimando erário com sacrário pelo modo eficaz de combate à improbidade administrativa: o abuso do poder político e o abuso do poder econômico.

Senhor presidente, acompanho a dissidência iniciada pela ministra Cármen Lúcia, pedindo vênia ao ministro Gilmar Mendes, que, como de hábito, fez um voto estudado, de redação primorosa e denotador das refinadas locubrações.

Sem embargo, peço vênia ao eminente relator e aos que o acompanharam para divergir do seu voto.

Portanto, recebo o recurso extraordinário, porém para desprovê-lo e, assim, manter a decisão recorrida do TSE.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, quero, antes de mais nada, louvar o brilhante voto do eminente relator e também daqueles colegas que o acompanharam e daqueles que certamente nos darão, ainda, as luzes do seu entendimento em posições que o Tribunal já conhece de julgamentos anteriores – ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

O santo, no entanto, não merece tanta vela. Foram muitos votos brilhantes para uma questão que envolve um secretário municipal de serviços públicos, que colocou todos os garis e todos os servidores que estavam a sua disposição na Prefeitura como cabos eleitorais para eleger-se deputado estadual. Mas creio que o muito importante, a partir de agora e da decisão que se entrevê, é que o conteúdo da decisão fique claro, porque existe uma confusão, ministro Gilmar. A própria imprensa a reproduz. Acredito que Vossa Excelência também tenha recebido centenas de e-mails de cidadãos brasileiros preocupados, porque o que se diz é que se está julgando a Ficha Limpa. Ou seja, que a lei não terá mais aplicação. Não é isso. O julgamento vai aproveitar a este cidadão, secretário dos serviços públicos, da municipalidade, e mais uns poucos – o ministro Lewandowski sabe exatamente quantos estão nesta situação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mandamos cerca de trinta e poucos recursos extraordinários para o Supremo.

A sra. ministra Ellen Gracie: Então, trinta e poucas pessoas que concorreram às eleições de 2010 foram eleitas, mas se encontravam nesta situação, e assim foram consideradas pelas instâncias eleitorais é que ficam afastadas dos efeitos da lei. A Lei da Ficha Limpa permanece. O Supremo Tribunal Federal não derrubou a Lei da Ficha Limpa, pelo menos por enquanto. Então, realmente, é muito importante que delimitemos o conteúdo da decisão.

Quanto às razões de direito que eu teria a acrescentar, elas já foram todas alinhadas em votos anteriores, são do conhecimento dos colegas, apenas vou pedir a Vossa Excelência, senhor presidente, a juntada do voto escrito.

Volto, todavia, a reafirmar que o precedente de minha relatoria não deve ser utilizado para este caso. A verdade é que, às vezes, diferentes pessoas entendem coisas diversas da leitura de um mesmo texto. No meu caso, o que se estabeleceu foi apenas que não era possível utilizar o subterfúgio da emenda constitucional para fugir à aplicabilidade do art. 16.

No caso, entendo que – e essa é a divergência central do Tribunal – a inelegibilidade não é nem ato, nem fato do processo eleitoral, mesmo entendido no seu sentido mais amplo. Aqui, creio que ninguém fará injustiça aos ministros

desta Corte de imaginar que estejamos interpretando a expressão "processo eleitoral" apenas como "processo judicial eleitoral": não, nós entendemos que o processo eleitoral se começa até antes do ano da eleição, com a inscrição dos candidatos, enfim, com a filiação partidária e tudo o mais.

Todavia, a inelegibilidade não corresponde a qualquer ato ou a qualquer fato desse processo. Ela fica, então, no meu entendimento, isenta da proibição que se contém no art. 16.

Na minha concepção, o sistema de inelegibilidade é uma desqualificação, que a Constituição atribui a certas pessoas, limitando-lhes o exercício do direito de serem votados. Essa qualificação é dada pela Constituição – e a lição nos vem desde o ministro Néri da Silveira, quando ele, em voto brilhante no RE 129.392, estabeleceu, com muita clareza, quando considerou que a LC 64 apenas era uma explicitação do que já se continha na Constituição.

Da mesma forma, senhores ministros, a LC 135 vem complementar algo que já havia sido incluído no sistema constitucional há dezesseis anos. Ela vem com todo esse atraso para sanar essa lacuna. Mas, afinal, o resultado do julgamento de hoje é bom para a nação brasileira porque, daqui para frente, pelo menos, as pessoas que se encontrarem nessa condição de pouca qualificação para a vida pública, para o exercício dos cargos públicos e para viver em regime republicano não serão mais admitidas às eleições.

Peço vênia ao relator e aos que o acompanharam para negar provimento ao recurso.

VOTO
(Sobre a alegação de ofensa ao art. 16 da Constituição Federal)
(Aditamento)

A sra. ministra Ellen Gracie: O presente recurso extraordinário, interposto por Leonídio Henrique Correa Bouças, insurge-se contra a aplicação, pela Justiça Eleitoral, da hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *l*, da LC 64, de 18-5-1990, introduzida pela LC 135, de 4-6-2010.

O recorrente, no curso das eleições gerais de 2010, teve seu pedido de registro de candidatura ao cargo de deputado estadual indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais após confirmação, por parte da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, de sentença condenatória proferida nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público local.

O acórdão do TJMG, que, entre outros reajustes, reduziu de seis anos e oito meses para cinco anos o prazo da suspensão dos direitos políticos imposta ao ora recorrente, foi publicado em 18-12-2007 e está assim sintetizado (Apelação Cível 1.0702.03.061440-9/005):

Ação civil pública – Comprovação de prejuízo ao erário e de enriquecimento por parte dos agentes que praticaram os atos impugnados – Redução da multa civil – Sentença confirmada em parte. O conjunto das provas dos autos demonstra a ocorrência de enriquecimento ilícito e proveito patrimonial, com o consequente prejuízo direto ao erário público. Especificamente, **comprovou-se a utilização do trabalho de servidores públicos municipais em favor de campanha eleitoral**, de forma a caracterizar a conduta de improbidade administrativa, acarretando prejuízo ao erário público em razão da incompatibilidade com os serviços prestados e os princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade, visto que foi utilizada "de forma direta e exclusiva" a prestação de serviços de servidores municipais em claro prejuízo ao serviço público municipal e, em contrapartida, benefício direto dos réus, ora apelantes.

Alega-se, no presente apelo extremo, ofensa ao art. 16 (princípio da anterioridade da lei eleitoral), ao art. 5º, LVII (princípio da presunção de inocência), e ao art. 15, V, c/c o art. 37, § 4º, todos da Constituição Federal.

Em evidência, portanto, no cotejo de sua compatibilidade com a Constituição, a norma prevista no art. 1º, I, *l*, da LC 64/1990, que, introduzida pela LC 135/2010, está assim redigida:

> Art. 1º **São inelegíveis**:
> I – **para qualquer cargo**:
> (...)
> l) **os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão** transitada em julgado ou **proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa** que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, **desde a condenação** ou o trânsito em julgado **até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena**;

2. Sustenta o recorrente a aplicação do princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Carta Magna, aos novos casos de inelegibilidade surgidos com a edição da LC 135/2010.

A respeito dessa pretensão, manifestei posição contrária recentemente no julgamento plenário dos RE 630.147 e RE 631.102.

Não obstante a invocação que faço de todos os fundamentos por mim já externados, que transcrevo ao final deste voto escrito, peço licença aos meus eminentes pares para tecer algumas considerações, tendo em vista os argumentos deduzidos no presente recurso.

Peço todas as vênias, senhor presidente, aos que possuem entendimento diverso para reafirmar minha convicção no sentido de que o tema das inelegibilidades não guarda, na ordem constitucional vigente, relação direta com o objeto de proteção do art. 16 da Carta Magna, qual seja o processo eleitoral, ainda que tomado em seu sentido mais abrangente.

As inelegibilidades formam um sistema jurídico próprio, de matriz constitucional, e são instrumentos de proteção de valores essenciais à democracia, qualificados por José Afonso da Silva como verdadeiros "fundamentos do regime"

(*Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228). Representam elas mecanismo de resguardo da soberania popular, instituído pela Constituição desde sua promulgação, que se manifesta, entre outras formas, por meio da proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício do múnus público.

O eminente ministro Néri da Silveira, ao tratar, no julgamento do RE 129.392, relator o ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16-4-1993, da aplicação imediata da LC 64, de 18-5-1990, asseverou que "cuidou a Lei Maior de determinados pressupostos básicos a serem respeitados como **elementos** de diretrizes, **de orientação na vida pública** e na eleição dos pretendentes aos mandatos populares". Após concluir que as inelegibilidades não eram, portanto, matéria de natureza eleitoral, mas, sim, de índole genuinamente constitucional, declarou Sua Excelência "não consider[ar] a LC 64 compreendida na restrição do art. 16, no que concerne à possibilidade de sua imediata aplicação".

Como sabemos todos, a não incidência do art. 16 da Carta Magna sobre a LC 64/1990, justificada pela exigência, contida na própria Constituição Federal, de edição de uma lei qualificada que viesse complementar e, portanto, aperfeiçoar o regime de inelegibilidades recém-instaurado, foi o entendimento que prevaleceu naquele julgamento por força dos votos proferidos pelos eminentes ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira, tendo ficado vencidos, na ocasião, os eminentes ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho.

Conforme já me manifestei anteriormente, entendo que o mesmo raciocínio se deu com relação à LC 135/2010, que trouxe ao mundo jurídico novas hipóteses de inelegibilidade **exigidas pela ordem constitucional vigente** há quase dezesseis anos, ou seja, **desde a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão 4, de 7-6-1994**. Tanto na apreciação colegiada do RE 630.147 como na do RE 631.102, ressaltei, nesse sentido, que **é de se ter como plenamente razoável que, diante de tamanha alteração levada a efeito pela atividade do constituinte revisor, a ponto de representar verdadeira reestruturação da esfera de proteção da sistemática das inelegibilidades, tenha a primeira e expressiva lei complementar a ela posteriormente surgida a feição de um diploma integrativo e inovador, a merecer, tanto quanto a LC 64/1990, aplicação imediata**.

Essa inquestionável exigência constitucional, finalmente atendida com a edição da LC 135/2010, afasta, por isso mesmo, qualquer suspeita quanto à existência de motivações casuísticas da maioria parlamentar na elaboração das novas hipóteses de inelegibilidade.

As novas causas de inelegibilidade surgiram, com significativo atraso, na estrita obediência à expressa vontade da Constituição Federal, revelada,

conforme previsto em seu art. 14, § 9º, no comando de proteção da **probidade administrativa** e da **moralidade para o exercício do mandato**, considerada a vida pregressa do candidato.

Por perfilhar, portanto, corrente jurisprudencial que distingue nitidamente as finalidades e o alcance da garantia da anualidade da lei eleitoral e do regime constitucional de inelegibilidades, considero absolutamente inaplicáveis ao presente caso todos os precedentes desta Casa nos quais se averiguou, no exercício do controle concentrado, a ocorrência de violação ao art. 16 da Carta Magna pela aplicação imediata de normas eventualmente capazes de alterar o processo eleitoral.

A ADI 3.685, por exemplo, de que fui relatora, teve como objeto tema fortemente vinculado ao processo eleitoral – **extinção da verticalização das coligações partidárias** –, para o qual a Constituição de 1988, até a promulgação da EC 52/2006, não dispensava uma única linha.

Rejeito, senhor presidente, pelo seu completo desacerto, qualquer ilação que sugira mudança da posição que assumi naquele precedente, considerado o exame que agora fazemos da aplicabilidade imediata da LC 135/2010. Reconheci, tanto quanto a maioria de meus eminentes pares, a ofensa ao art. 16 da Carta Magna quando se examinava, naquele feito, norma marcadamente vinculada ao processo eleitoral, a saber: a formação de coligações partidárias. Diante de novos casos com quadros fático-jurídicos completamente diversos, a posição pela inaplicabilidade do mesmo art. 16 a determinado diploma legal complementar atinente, especificamente, ao regime constitucional das inelegibilidades não representa qualquer incoerência ou vacilação de juízo.

A resistência à imediata aplicação dos novos instrumentos legais de proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato revela, na verdade, vigoroso inconformismo com a existência e a plena efetivação do regime de inelegibilidades instituído pela Constituição Federal. Todavia, é por respeito à soberania popular, corolário máximo da democracia, que a Constituição de 1988 impõe esse mecanismo de barragem, para novos mandatos, em desfavor daqueles que desmereceram da confiança popular no exercício de mandatos eletivos anteriormente assumidos.

Diante da magnitude dos valores aqui envolvidos, nada justificaria a não aplicação de parte do mecanismo constitucional de proteção representado pelas inelegibilidades no cenário de uma eleição realizada em momento posterior à vigência das novas normas (inclusive no que diz respeito ao período destinado à apresentação dos pedidos de registro das candidaturas) e correspondente a mandatos cujos exercícios somente se iniciaram neste novo ano de 2011.

Por todas essas razões, que se somam àquelas já expostas no julgamento dos RE 630.147 e RE 631.102, **rejeito** *in totum* a alegação de ofensa ao art. 16 da Constituição Federal e **reafirmo** a plena aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições gerais de 2010.

Segue o inteiro teor do voto que proferi no julgamento plenário do RE 630.147, acima mencionado:

> Senhor presidente, preliminarmente, reconheço o atendimento, pelos recursos extraordinários ora em exame, dos pressupostos de admissibilidade exigidos pela lei processual civil e pela jurisprudência desta Corte.
>
> Também detecto repercussão geral na matéria constitucional debatida, por sua evidente relevância e pelo grande impacto que tem causado nas eleições gerais em curso neste ano de 2010.
>
> Por isso, **reconheço** a existência de repercussão geral e **conheço** dos recursos interpostos.
>
> 2. Pela primeira vez, o Plenário desta Suprema Corte tem oportunidade, no exercício do controle difuso de constitucionalidade das normas, de pronunciar-se a respeito da LC 135, de 4-6-2010, que, ao promover significativas alterações na LC 64, de 18-5-1990, introduziu novas e mais severas hipóteses de inelegibilidade no regime constitucional estabelecido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna.
>
> O caso especificamente tratado nos autos diz respeito ao indeferimento, pela Justiça Eleitoral do Distrito Federal, de pedido de registro de candidatura de Joaquim Domingos Roriz ao cargo de governador daquela unidade federada, cujo novo ocupante, a ser empossado em 1º-1-2011, deverá ser escolhido nas eleições gerais em curso neste ano de 2010.
>
> A primeira decisão tomada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal – depois mantida, em grau recursal ordinário, pelo Tribunal Superior Eleitoral – foi a de que as regras de inelegibilidade contidas na novel LC 135/2010 possuem aplicabilidade imediata, alcançando, portanto, as eleições de 2010.
>
> Fixada essa premissa, entendeu a referida Corte Regional, em seguida, que o ora recorrente ostenta a situação de inelegibilidade descrita na alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, incluída pela LC 135/2010, por ter ele renunciado ao mandato de senador da República em **4-7-2007**, depois de protocolada perante a Mesa Diretora do Senado Federal, em **28-6-2007**, representação de partido político contendo requerimento de instauração de processo para averiguação da prática de conduta incompatível com o decoro parlamentar.
>
> O Tribunal Superior Eleitoral, ao negar provimento aos recursos ordinários interpostos contra a decisão da Corte Regional acima citada (Recurso Ordinário 1616-60.2010.6.07.0000), confirmou a negativa do registro de candidatura pretendido, em acórdão publicado na sessão de 31-8-2010, cuja ementa, lavrada pelo eminente ministro Arnaldo Versiani, possui o seguinte teor:
>
> > 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 n. 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta n. 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. min. Hamilton Carvalhido).
> >
> > As inelegibilidades da Lei Complementar n. 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 n. 64/90, acrescentada pela Lei Complementar n. 135/2010.

Recursos ordinários não providos.

Em evidência, portanto, no cotejo de sua compatibilidade com a Constituição Federal, a norma prevista no art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990, que, introduzida pela LC 135/2010, está assim redigida:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

(...)

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.

3. A primeira alegação constante do recurso extraordinário interposto por Joaquim Domingos Roriz é a de que a aplicação dos dispositivos previstos na LC 135 às eleições de 2010 ofendeu o princípio da anterioridade da lei eleitoral, assim disposto no art. 16 da Constituição Federal:

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.

Segundo o recorrente, a imediata aplicação da LC 135, vigente a partir de 7-6-2010, por ter representado a imposição de regras capazes de definir, poucos dias antes do início do prazo para a realização das convenções partidárias, aqueles que estarão dentro ou fora da disputa eleitoral, alterou o curso do processo eleitoral em andamento, tanto por meio de normas de cunho material como por meio de normas de natureza processual.

Esforça-se, a partir daí, em demonstrar que esta Suprema Corte, em julgados mais recentes, tem dado interpretação mais ampla ao conceito de processo eleitoral, tendo sido, inclusive, reconhecido como garantia de um devido processo legal eleitoral. Defende, em conclusão, o desacerto do acórdão prolatado pelo Tribunal Superior Eleitoral, ora impugnado, ao não ter estabelecido, em obediência ao art. 16 da Constituição Federal, que as novas regras de inelegibilidade previstas na LC 135/2010 somente poderiam ser aplicadas às eleições que viessem a ocorrer após 7-6-2011.

4. De fato, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos cinco anos, teve pelo menos quatro grandes oportunidades de pronunciar-se a respeito do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral, por meio das quais reafirmou esta

Casa tratar-se de garantia fundamental do cidadão-eleitor – oponível, inclusive, à atividade do legislador constituinte derivado – cuja finalidade é "obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas 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" (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, *DJE* publicado em 20-8-2010).

Assim, esta Corte, no exame de eventuais inconstitucionalidades por violação ao art. 16 da Carta Magna, apreciou emendas constitucionais, lei ordinária e resolução que trataram: **(1)** dos critérios de fixação do número de vereadores nos Municípios (ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgada improcedente em 25-8--2005); **(2)** da formação de coligações partidárias eleitorais (ADI 3.685, rel. min. Ellen Gracie, julgada procedente em 22-3-2006); **(3)** da propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas em campanhas eleitorais (ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgada improcedente em 6-8-2006); e **(4)** da recomposição retroativa à eleição de 2008 do limite máximo de vereadores nas Câmaras Municipais (ADI 4.307-MC, rel. min. Cármen Lúcia, medida cautelar referendada em 11-11-2009). Recordo, por último, que todos esses precedentes foram antecedidos pela ADI 354, rel. min. Octavio Gallotti, julgada improcedente em 24-9-1990, na qual se examinou norma legal de interpretação, na apuração de votos, da real vontade do eleitor, quando discrepantes o candidato e o partido político indicados na cédula eleitoral.

5. Veja-se, portanto, que **absolutamente nenhum desses precedentes** apontados teve como objeto o surgimento, mediante lei complementar, de novas hipóteses de inelegibilidade, matéria que, tal como a anualidade eleitoral, encontra guarida principiológica no texto da Constituição Federal.

Na já mencionada ADI 3.685, de que fui relatora, chegou a ser advogada tese de que o comando previsto no art. 16 da Carta Magna estaria dirigido, restritivamente, à atividade do legislador ordinário. Argumentou-se, nesse sentido, que esta Corte já teria, por exemplo, afastado sua incidência com relação às leis complementares por ter garantido, no julgamento do RE 129.392, a aplicação da LC 64/1990 desde a sua edição.

Afastei o referido raciocínio, primeiramente, lembrando que tal decisão havia sido tomada por força do entendimento majoritário de que era a própria Carta Magna que exigia a elaboração de um diploma inovador que viesse a complementar o novo regime constitucional de inelegibilidades. Asseverei, em seguida, que tal circunstância configurava uma exceção ou uma "**conformação de vontades do próprio constituinte originário**", e que, portanto, não descaracterizava o princípio da anterioridade como garantia fundamental apta a limitar a atividade do legislador constituinte reformador.

A mácula ao devido processo legal eleitoral havida naquele caso se deu pela tentativa de se afastar o óbice imposto pelo art. 16 da Carta Magna pela pretensa força legitimadora que teria uma emenda constitucional. Como se tratava da questão da verticalização das coligações partidárias – **tema inegavelmente atinente ao processo eleitoral** –, supôs o Congresso Nacional que a exigência da anterioridade eleitoral pudesse ser superada caso presente, no próprio texto da Constituição Federal, a norma de alteração pretendida, **cujo tema**, coligações partidárias, **nunca havia alcançado**, até aquele momento, **estatura constitucional**.

Daí a reafirmação que fez este Plenário naquela oportunidade, no sentido de que mesmo a fórmula utilizada pelo legislador constituinte derivado submetia-se à exigência do art. 16 da Carta de 1988, por ser ele revelador das garantias fundamentais da segurança jurídica e do devido processo legal.

Tratou-se, portanto, de um caso patente de interferência extemporânea no processo eleitoral, apenas qualificado pelo veículo de efetivação da mudança normativa pretendida: a emenda constitucional.

Não guarda aquele caso, a meu ver, semelhança alguma com a presente questão, na qual estamos confrontando **dois sistemas de proteção já instituídos na Constituição desde a sua promulgação**: de um lado, a garantia da anterioridade da lei eleitoral, como corolário da segurança jurídica e do devido processo eleitoral e, de outra parte, o regime constitucional de inelegibilidades previsto no art. 14 da mesma Carta, garantidor dos princípios da probidade administrativa, da moralidade, considerada a vida pregressa do candidato, e da soberania popular.

Afasto, portanto, a aplicabilidade, neste caso, do precedente representado pela ADI 3.685, de minha relatoria, pela total discrepância de temas neles tratados.

6. Faço, senhor presidente, essas observações para expor, de forma contextualizada, minha convicção de que sobre a LC 135/2010 não incide o comando do art. 16 da Constituição Federal, uma vez que tratou aquele diploma de matéria que não se volta para o processo eleitoral, mas para sua exclusiva diretriz constitucional, que é o regime de inelegibilidades estabelecido no art. 14 da Carta Magna.

Como visto, as inelegibilidades possuem indiscutível estatura constitucional, pois é a própria Carta Magna quem as estabelece – diretamente ou pela utilização de um mecanismo de complementação de hipóteses expressamente autorizado e exigido do legislador complementar. Possuem as inelegibilidades, segundo o art. 14, § 9º, da Constituição, as seguintes finalidades:

1) proteger a **probidade administrativa**;

2) proteger a **moralidade** para o exercício do mandato, **considerada a vida pregressa do candidato**;

3) proteger a **normalidade e legitimidade das eleições** contra a influência do poder econômico;

4) proteger a **normalidade e legitimidade das eleições** contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

José Afonso da Silva, mesmo manifestando-se defensor de um sistema em que as inelegibilidades permanecessem integralmente restritas ao texto constitucional, não deixou de admitir que os valores presentes no art. 14, § 9º, da Constituição, que devem orientar a criação, por lei complementar, de novos casos de inelegibilidade, constituem verdadeiros "fundamentos do regime" (*Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228).

Por ser explícita manifestação dos princípios constitucionais da **probidade administrativa**, da **moralidade** e da **soberania popular**, é que entendo que o regime de inelegibilidades composto pelo art. 14 e pelas normas complementares por ele expressamente reclamadas devem, num exercício de ponderação de valores constitucionais, coexistir harmonicamente com a garantia prevista no art. 16 da Constituição Federal.

7. No precedente, já referido, em que o Plenário desta Suprema Corte efetivamente apreciou a aplicabilidade do princípio da anterioridade eleitoral à lei complementar de que trata o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, o RE 129.392, relator o ministro Sepúlveda Pertence, julgado nas sessões de 20-2-1991 e 17-6-1992,

prevaleceu, por uma apertada maioria, o entendimento de que o art. 16 da Carta Magna não tinha incidência sobre a LC 64/1990, porque era a própria Constituição Federal que exigia a edição de uma lei qualificada que viesse complementar e, portanto, aperfeiçoar o regime de inelegibilidades recém-instaurado.

Com todo respeito e admiração pelos eminentes ministros que formaram, naquela assentada, a corrente minoritária (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho), filio-me à posição que veio a prevalecer, formada pelos eminentes ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira.

O eminente ministro Sydney Sanches, em seu douto voto proferido na assentada de 20-2-1991, assim se posicionou a respeito da presente questão:

> Não me parece que, com a invocação do art. 16, se possa afastar a implantação do sistema de proteção à lisura das eleições que a LC 64 visou alcançar. Lembro-me que essa questão foi muito debatida no Tribunal Superior Eleitoral. E nos vimos diante desta dificuldade: ou cumpríamos o art. 16 *ipsis litteris*, e deixávamos um campo imenso para as lacunas relativas às inelegibilidades, que a Constituição não tolera, e não tolera expressamente; ou cumpríamos o objetivo maior da Constituição, que quer a lisura da eleição, inclusive com a norma do art. 16. E chegamos à conclusão de que o art. 16 o que quer evitar é que haja abuso legislativo em detrimento dessa lisura. Ao passo que o § 9º do art. 14 quer que toda eleição, inclusive a última que se realizou, seja presidida por uma lei capaz de levar a resultados mais condignos com o espírito que ela quis preservar.

O eminente ministro Moreira Alves, na mesma linha, externou a seguinte conclusão:

> Senhor presidente, a meu ver, a lei complementar a que se refere o § 9º do art. 14 da Constituição Federal não está sujeita à norma do art. 16 da mesma Carta Magna, a qual visa, apenas, a impedir a edição das mudanças abusivas do processo eleitoral que se faziam pouco antes de cada eleição. Não se aplica ela, porém, a essa lei complementar que a própria Constituição determinou, no referido § 9º, fosse editada a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Impecáveis e definitivas, ao meu sentir, foram as seguintes conclusões alcançadas pelo eminente ministro José Néri da Silveira, as quais adoto integralmente:

> Na linha do que já referi anteriormente, penso que a matéria relativa à inelegibilidade não se compreende no âmbito do art. 16 da Constituição.
>
> (...)
>
> Na tradição de nosso direito público, é certo, a inelegibilidade tem sido disciplinada como matéria de direito constitucional. Até a EC 14, de 1965, todos os casos de restrição à elegibilidade estavam postos na Constituição. Não parece alterar, entretanto, a natureza específica de matéria de índole constitucional o fato de, a partir da Emenda 14, de 1965, se ter admitido que uma lei, de rito especial, como é a lei complementar, disponha sobre hipóteses de inelegibilidade. Desde o diploma constitucional mencionado, cuidou a Lei Maior de determinados pressupostos básicos a serem respeitados como elementos de diretrizes, de orientação na vida pública e na eleição dos pretendentes aos mandatos populares. À vista desses princípios, a Constituição

determinou que Lei Especial pudesse discriminar outras hipóteses de inelegibilidade, além das consignadas na Constituição.

(...)

Passou a lei complementar, editada de acordo com previsão da Constituição, a tornar minuciosa a descrição das inelegibilidades, com o intento da realização desses objetivos maiores a serem atingidos.

Compreendo, pois, que a matéria nunca perdeu a natureza constitucional, e, por isso mesmo, quando se cuida de inelegibilidade, o assunto é de índole constitucional, e não se comporta, a meu ver, dessa sorte, no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral, desde o alistamento até a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos.

Não tendo, portanto, a matéria de que se cogita nos autos como de natureza eleitoral, mas, sim, de índole constitucional, não considero a LC 64 compreendida na restrição do art. 16, no que concerne à possibilidade de sua imediata aplicação.

Releva observar, outrossim, que essa lei se editou em momento bem anterior ao do registro dos candidatos, e foi nesse instante que se teve que verificar do preenchimento, por parte dos candidatos, dos requisitos para o deferimento do registro.

8. Poder-se-ia sustentar que a aplicabilidade imediata assegurada à LC 64/1990 – que veio atender, de forma inaugural, a exigência de complementação legislativa disposta no art. 14, § 9º, da Constituição – não daria à LC 135/2010 igual prerrogativa, haja vista a existência de lei anterior que, já inserida na ordem constitucional vigente, integra, há mais de vinte anos, o regime constitucional das inelegibilidades.

Todavia, esse argumento não me convence.

Primeiro, porque da leitura do texto do art. 14, § 9º, da Carta Magna, ao enunciar que "lei complementar estabelecerá **outros casos** de inelegibilidade e os prazos de sua cessação", não se extrai a conclusão de que a Constituição, no que diz respeito às hipóteses de impedimento à capacidade eleitoral passiva, pretendeu ser integrada de uma só vez, por meio de ato legislativo único e definitivo.

Ora, o sistema adotado pela Carta de 1988 buscou exatamente evitar, mediante exigência expressamente dirigida ao legislador complementar, o engessamento dos casos de inelegibilidade frente ao dinamismo do mundo dos fatos. A referida discriminação é completamente incompatível com essa diretriz. Todas as normas complementares qualificadas que se integrarem legitimamente ao regime constitucional de inelegibilidades previsto no art. 14 da Constituição Federal deverão ter a mesmíssima estatura, e delas advirão as mesmas consequências jurídicas; entre elas, pelos motivos já expostos, a inaplicabilidade do princípio da anualidade eleitoral previsto no art. 16 da Carta Magna.

A segunda razão para que não prevaleça o argumento de que apenas a LC 64, de 18-5-1990, dada a sua natureza inaugural no aperfeiçoamento do regime de inelegibilidades, mereceria ter imediata aplicação é a constatação de que, desde a substancial alteração do art. 14, § 9º, da Constituição, promovida pela Emenda Constitucional de Revisão 4, de 7-6-1994, não havia o legislador complementar se desincumbido, até a edição da LC 135/2010, do dever de promover a necessária integração normativa para a proteção dos novos valores constitucionais homenageados pelo legislador constituinte reformador.

Veja-se que o art. 14, § 9º, da Constituição, na sua redação original, apenas protegia, pelo sistema de inelegibilidades, a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Após a Emenda Constitucional de Revisão 4/1994, o mecanismo de proteção foi significativamente ampliado para proteger tanto a probidade administrativa como a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

José Afonso da Silva, ao comentar essas duas novas cláusulas inseridas na esfera de proteção do art. 14, § 9º, da Carta Magna, destaca a maior autonomia dos valores nela consagrados, independentes que são da ocorrência da influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função. Segundo aquele notável constitucionalista, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato "são valores em si mesmos dignos de proteção, porque a improbidade e a imoralidade, aí, conspurcam, só por si, a lisura do processo eleitoral" (*Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228).

A propósito desse específico ponto, assim se manifestou com propriedade o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o eminente ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir, naquela egrégia Corte, voto-vista no julgamento do Recurso Ordinário 433627.2010.606.0000:

> Com efeito, um dos argumentos empregados pelo STF no julgamento do RE 129.392-6/DF, foi o de que, se não fosse dada aplicação imediata à recém editada Lei de Inelegibilidades restaria frustrado o art. 14, § 9º, da Constituição Federal que dispõe, *litteris*:
>
> > Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
>
> Isso porque, como se sabe, a LC 64/1990 não esgotou as hipóteses de inelegibilidades previstas a que alude a Constituição, não tendo regulamentado, por exemplo, o que se deveria entender por "vida pregressa do candidato".
>
> Tal vácuo legislativo, aliás, perdurou por mais de 15 anos, e somente em 2010 o Congresso Nacional houve por bem, por meio da LC 135/2010, aperfeiçoar a Lei de Inelegibilidade, de maneira a integrar por completo o comando constitucional em questão. Com isso, pode hoje a Justiça Eleitoral identificar, de maneira objetiva, aqueles que têm vida pregressa compatível com o exercício de um mandato eletivo.
>
> Ademais, caso não se dê aplicação imediata aos dispositivos da LC 135/2010, restaria fragilizado o controle das inelegibilidades previsto pela Constituição, na medida em que não seria possível afastar, preventivamente, da vida pública aqueles que, por sua vida pregressa desabonadora, colocam em risco potencial a "probidade" e a "moralidade" administrativa.

Assim sendo, é de se ter como razoável que, diante de tamanha alteração levada a efeito pela atividade excepcional do constituinte derivado revisor, a ponto de representar verdadeira reestruturação da esfera de proteção da sistemática das inelegibilidades, tenha a primeira e expressiva lei complementar a ela posteriormente

surgida a feição de um diploma integrativo inovador, a merecer, tanto quanto a LC 64/1990, aplicação imediata.

9. Se é certo que as mudanças nas hipóteses de inelegibilidade foram, nos regimes políticos passados, instrumentos de produção de deploráveis casuísmos, conforme nos lembraram os eminentes ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim nos votos que proferiram, respectivamente, no RE 129.392 e na ADI 3.685, também não seria menos correto afirmar que na ordem constitucional vigente tornaram-se elas indispensáveis aliadas na busca pelo aperfeiçoamento da democracia representativa e pelo aprimoramento do exercício da função pública, sobretudo do cargo político eletivo. E é nesse contexto que as normas complementares reivindicadas pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal assumem imensurável importância. Como hoje qualquer hipótese de inelegibilidade tem como balizas inafastáveis a probidade administrativa, a moralidade ou a soberania popular, qualquer desvio ético na atividade do legislador complementar, em sua interferência no regime constitucional das inelegibilidades, poderá ser prontamente fulminado por ofensa à própria letra do art. 14, § 9º, da Carta Magna.

10. Por último, ainda neste tópico, gostaria de rememorar, para aqueles que, no exercício da interpretação literal, aplicam o comando do art. 16 da Carta Magna à LC 135/2010, a lúcida advertência deixada pelo eminente **ministro Sydney Sanches** ao proferir seu voto na ADI 354. Asseverou Sua Excelência, na já distante sessão plenária de 24-9-1990, "**que não foi [exatamente] o casuísmo que a Constituição quis eliminar, mas, sim, a quebra da ética do processo eleitoral**". **E a LC 135/2010, longe de ser casuística, homenageia, como poucas, a ética no exercício da atividade estatal**.

Por todas essas razões, **rejeito** *in totum* a alegação de ofensa ao art. 16 da Constituição Federal e reafirmo a plena aplicabilidade da LC 135 às eleições gerais de 2010.

11. O recorrente também alega que o acórdão recorrido, ao admitir a incidência da nova hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990, introduzida pela LC 135/2010, sobre ato de renúncia praticado em data anterior à sua vigência, violou a garantia fundamental da intangibilidade do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Sustenta, nesse sentido, que a renúncia, no momento em que foi operada, consubstanciava-se conduta lícita, admitida pelo ordenamento jurídico e moralmente aceita, tratando-se, portanto, de ato jurídico perfeito cujos efeitos se projetaram para o futuro. Argumenta que a referida renúncia não poderia ter sido retroativamente qualificada como causa de inelegibilidade, pois, assim, haveria ela de ser reenquadrada no universo das condutas ilícitas, "que jamais constituirão um ato jurídico perfeito".

Defende, em conclusão, que apenas as renúncias de mandato posteriores ao advento da LC 135/2010 poderão ser causa de inelegibilidade, "porque somente agora a lei está considerando tal conduta como reprovável e ilícita".

Não enxergo, contudo, o alegado desrespeito ao postulado insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

O ato de renúncia praticado pelo recorrente em 4-7-2007, antes que fosse formalmente submetido a processo potencialmente capaz de provocar a perda do mandato que exercia como senador da República, era, de fato, opção lícita de que dispunha o parlamentar naquele momento.

Além de lícito, o ato unilateral de renúncia tornou-se, por certo, juridicamente perfeito.

Após editada a LC 135, vigente desde 7-6-2010, o ato de renúncia praticado pelo recorrente permaneceu lícito e juridicamente perfeito. É que o enquadramento da renúncia ora em questão como causa de inelegibilidade não pressupõe, como quer fazer crer o recorrente, o reconhecimento de sua ilicitude.

Como se percebe, o equívoco do recorrente está em considerar a nova inelegibilidade ora tratada como pena ou sanção que deva recair imediatamente sobre aquele que pratica a conduta ilícita, isto é, vedada pela norma de direito.

Contudo, a renúncia não encontra vedação em qualquer norma do ordenamento jurídico pátrio. Sofre, quando muito, restrição, quanto à produção de seus efeitos, na específica hipótese descrita no art. 55, § 4º, da Constituição Federal.

Portanto, mesmo após o advento da LC 135/2010, a prática da renúncia, seja a que título for, não está proibida, pois não há norma jurídica que preveja, como consequência de sua prática, a aplicação de uma determinada sanção. Aperfeiçoada a renúncia, o ex-detentor do mandato eletivo segue sua vida normalmente, sem que possa ser chamado a responder, no âmbito das esferas civil, penal ou administrativa, pelo ato de abdicação que praticou.

Logo, a aplicação da hipótese de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990, inserido pela LC 135/2010, às renúncias que precederam a vigência deste último diploma não as transmuda em condutas ilícitas e nem as desqualifica da condição de atos jurídicos perfeitos. Aliás, a aplicação da lei de inelegibilidade aos fatos ocorridos antes de sua vigência, conforme já reconhecido pela jurisprudência desta Suprema Corte (MS 22.087, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-5-1996) e do Tribunal Superior Eleitoral (RESPE 9.797, rel. min. Sepúlveda Pertence, publicado em 19-9-1992), fundamenta-se, tão somente, na circunstância de a inelegibilidade não se configurar pena, sendo a ela inaplicável a invocação da irretroatividade da lei.

12. Todavia, o fato de ser lícito o ato unilateral de renúncia praticado na iminência da instauração de processo eventualmente capaz de levar à perda do mandato, por não encontrar vedação em qualquer norma de direito, **nunca** significou que fosse ela moralmente aceita, muito pelo contrário. A renúncia nessas circunstâncias desdenha dos princípios mais caros à democracia, pois ao mesmo tempo em que afronta a soberania popular manifestada nas urnas, frustra, igualmente, a possibilidade de averiguação e de aplicação das consequências político-constitucionais do cometimento de eventuais desvios no exercício da função pública.

Por isso, sendo uma das finalidades constitucionais do regime de inelegibilidades a proteção da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato (CF, art. 14, § 9º), entendeu por bem o legislador complementar instituir hipótese de inelegibilidade consubstanciada na renúncia de mandato de cargo público eletivo levada a efeito após o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição, dado o alto grau de reprovação dessa conduta.

Diante do quilate dos valores aqui envolvidos, nada justificaria que, na deflagração do mecanismo constitucional de proteção de uma eleição **que ainda não ocorreu** e de mandatos cujos exercícios somente se darão no próximo ano, fosse afastada a incidência de determinada inelegibilidade apenas por serem os fatos subsumíveis anteriores à nova lei que a instituiu.

Ganha grande relevo na análise dessa questão o fato de ter sido a LC 135/2010 editada anteriormente ao início do período destinado à apresentação dos pedidos de registro das candidaturas, pois, conforme a previsão contida no art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas, justamente, no momento em que formalizado o pedido de registro da candidatura. Vigente, assim, a LC 135/2010 no momento em que apresentado o pedido de registro formulado pelo recorrente, não havia por que não aplicar as suas disposições aos fatos ora em exame.

13. Ressalto, ainda, a distorcida dimensão que deu o recorrente aos efeitos futuros de seu ato de renúncia. Levando-se em conta a tese defendida, os efeitos futuros do ato jurídico perfeito consistiriam na perene manutenção das mesmas implicações que teve a referida conduta no momento histórico em que foi praticada.

Mas onde a lei fica impedida de interferir, sob pena de ofensa à garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, é na certeza do ato de renúncia em si, perfeito e acabado que foi. Essa certeza é que se prolonga no tempo e que não pode ser abalada.

Aliás, o primeiro pressuposto para a aplicação da hipótese retratada no art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990 é, exatamente, a existência de renúncia validamente exaurida, ou seja, que tenha se tornado ato jurídico perfeito.

O que pretende o recorrente, na verdade, é promover a completa blindagem de seu ato de renúncia a todas as implicações advindas da instituição do novo regime jurídico de inelegibilidades levada a efeito pela LC 135/2010. Todavia, tal pretensão não encontra guarida no ordenamento constitucional pátrio e na jurisprudência desta Suprema Corte.

Por todas essas razões, afastando a ocorrência de violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, manifesto-me pela plena aplicabilidade da LC 135/2010, inclusive aos fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência.

14. Afasto, igualmente, as demais alegações de ofensa ao texto constitucional veiculadas nos recursos extraordinários ora em análise.

A renúncia do recorrente, como já referido, não importou em violação de qualquer norma proibitiva, tendo se constituído ato lícito e juridicamente perfeito. O posterior enquadramento dessa conduta como inelegibilidade, insista-se, pressupôs a sua integral obediência à disciplina constitucional e regimental do exercício da renúncia. Não se sustenta, portanto, alegação de ofensa a esse regramento que balizou a renúncia levada a cabo (art. 55, I, II, § 4º, e art. 2º c/c art. 59, VI, todos da CF), pois a LC 135/2010 não agrediu, de qualquer maneira, a formação ou o aperfeiçoamento desse ato de vontade.

Não tem lugar no presente caso, por outro lado, a alegação de ofensa ao postulado da presunção de inocência. A inelegibilidade que alcançou o recorrente tem como fundamento objetivo o ato em si, por ele praticado, que provocou a prematura cessação de procedimento que averiguaria a eventual ocorrência de conduta incompatível com o decoro parlamentar. É completamente descabida a tese de que a aplicação da referida inelegibilidade dependeria de anterior condenação do recorrente. As restrições impostas à capacidade eleitoral passiva decorrentes do regime constitucional de inelegibilidade não possuem a natureza de pena e não dependem, para sua aplicação, de sentença condenatória transitada em julgado.

Inconsistente, também, é a tese de violação ao devido processo legal por ter criado o legislador complementar hipótese de inelegibilidade que extrapolaria as balizas materiais constitucionais impostas pelo art. 14, § 9º, da Constituição. Como

acentuei anteriormente, o ato de renúncia nas condições descritas pelo art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990 afronta princípios basilares à democracia, pois desvincula-se da vontade popular manifestada nas urnas e aborta os mecanismos políticos de proteção da probidade e da moralidade administrativa. Nada mais sintonizado, portanto, com os valores homenageados pelo regime de inelegibilidades instaurado pelo art. 14 da Constituição.

Afasto, por último, as alegações que julgam a nova hipótese de inelegibilidade ora tratada ofensiva aos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Não vejo ausência de razoabilidade na fixação, pelo legislador complementar, de prazo de inelegibilidade que não ultrapassa o tempo do maior mandato eletivo previsto na Constituição Federal, de oito anos, para o cargo de senador da República (art. 46, § 1º). O período de tempo legitimamente eleito pelo Poder Legislativo buscou dar máxima efetividade à exigência constitucional de proteção aos postulados éticos enumerados no art. 14, § 9º, da Carta Magna. *Lapsos temporais* de menor envergadura teriam o condão de incentivar eventuais juízos de conveniência favoráveis à opção pelo cometimento das condutas que se buscou evitar.

Completamente descabida, ademais, é a alegação de violação ao princípio da isonomia por não ter o art. 1º, I, *k*, da LC 64/1990, estendido a inelegibilidade nela prevista aos demais agentes políticos ou da administração pública, como magistrados e membros do Ministério Público. O dispositivo ora impugnado abarcou **todos** os cargos públicos exercidos mediante **mandato eletivo**: prefeito, governador de Estado, governador do Distrito Federal, presidente da República, vereador, deputado estadual, deputado distrital, deputado federal e senador da República. Os demais agentes públicos não exercem mandato eletivo que possa ser renunciado. Ostentam situação jurídica diversa, não se podendo tratar como iguais aqueles que se encontram em condições desiguais.

15. Ante todo o exposto, senhor presidente, peço todas as vênias aos eminentes colegas que votaram de forma diversa para, acompanhando o relator, o eminente ministro Ayres Britto, também **negar provimento** aos presentes recursos extraordinários.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, quanta pressa em corrigir-se as mazelas do Brasil!

Vivemos sob a proteção de uma Constituição Federal, à qual todos se submetem, indistintamente, inclusive o próprio povo.

Após a Carta de 1988, que recepcionou em parte a Lei Complementar das Inelegibilidades, em 1990, editou-se a LC 64, e esta, contra alguns votos – inclusive o meu e o do ministro Celso de Mello, apenas para citar os que permanecem no Plenário, creio que apenas nós dois participamos do julgamento –, veio a ser placitada sob a argumentação de que existiria um vácuo e haveria de se emprestar eficácia à nova Carta, olvidando-se, a meu ver, que fora recepcionada a lei complementar anterior, recepcionada em parte.

Passaram-se vinte anos para ter-se a LC 135/2010, que, ao que tudo indica, será a panaceia, será a correção definitiva de rumos, e viveremos dias melhores nesta sofrida República! E, então, potencializando-se – com o abandono da interpretação sistemática, interpretação teleológica da Carta da República – o que se contém no art. 14, § 9º, sustenta-se a aplicabilidade imediata dessa lei, aplicabilidade, inclusive, às eleições que se avizinhavam – já com o processo eleitoral em pleno curso há bastante tempo –, às eleições de 2010.

Presidente, não me canso de repetir que a segurança jurídica é cláusula pétrea, quer queiramos, quer não. Revela-se como primeira condição da segurança jurídica, sem dúvida alguma, a irretroatividade da lei, que é editada para viger de forma prospectiva, para o futuro, e não para apanhar o passado.

O texto primitivo do art. 16 em comento talvez tivesse evitado as discussões que são travadas. Previa que a lei que alterasse, de algum modo, sem limitação, o processo eleitoral somente entraria em vigor um ano após.

Mas se quis, com a vigência imediata introduzida pela EC 4/1993, alertar os cidadãos em geral para conhecimento da lei e, então, aquela vigência postergada passou a ser imediata e, nisso, a LC 135/2010 atende ao preceito constitucional no que o art. 5º revela que entrou em vigor na data da publicação, mas guardada a anterioridade que visava preservar o próprio processo eleitoral, considerada a unidade de tempo "ano", que é alusiva ao domicílio e à filiação partidária.

Desde a primeira hora, presidente, não tive qualquer dúvida quanto à incidência do art. 16. A abordagem do tema, como prejudicial do mérito, é, a meu ver, de grande valia, porque estaremos decidindo de forma linear, sem levar em conta a situação deste ou daquele interessado que ainda tenha pendência no Judiciário. E não podemos olvidar que, em direito, de qualquer maneira – e por isso vivemos em uma sociedade democrática –, o meio justifica o fim e não o fim o meio.

Presidente, farei juntar ao voto o que sustentei quando, no Tribunal Superior Eleitoral, respondemos a uma consulta, em dia em que o Partido Verde realizou convenção, contrariando inclusive a prática de, começado o processo eleitoral, os atos principais do processo eleitoral, não se responder mais a consulta. Reafirmo a posição inicial – muito embora, na resposta à consulta, pelo menos, tenha sido voz isolada no Colegiado do Tribunal Superior Eleitoral – e, também, o que veiculei em dois julgamentos: no alusivo ao caso Roriz e no – penso que este último ainda está em aberto, porque não conheço sequer o acórdão do Tribunal a respeito – relativo ao caso Jader Barbalho.

Subscrevo os votos proferidos pelos colegas que me antecederam, especialmente o voto do ministro Gilmar Mendes – que escancarou o fato de não ocuparmos, no Supremo, cadeira voltada a relações públicas, nem cadeira voltada simplesmente a atender aos anseios populares, mas cadeira voltada a preservar a Carta da República –, o voto que, muito embora, na sequência, tenha sido o segundo, mas, preservadas as posições primitivas nos dois casos a que me referi,

será o voto de desempate, o voto do ministro Luiz Fux, e também o voto do ministro Dias Toffoli, que trouxe à balha exemplos.

Digo que o leque das inelegibilidades, ou das condições de elegibilidade, fica ao sabor de opção político-normativa e que nada impede que, por isso ou por aquilo, se venha a concluir pela inconveniência da fixação de uma condição de elegibilidade, afastando-a do cenário jurídico, pela conveniência de afastar-se, até mesmo, um fator conducente à inelegibilidade.

Juntarei a justificativa de voto. Acompanho o ministro Gilmar Mendes apontando que a LC 135/2010 não veio a suprir vácuo normativo, nem mesmo a Lei 64/1990, porque havia lei complementar recepcionada, como disse, pela Carta de 1988.

Não temos, presidente, qualquer culpa pelo fato de o Congresso Nacional somente ter editado essa lei no ano das eleições, incidindo o disposto no art. 16 da Constituição Federal.

Acompanho, portanto, o relator. Entendo que incide, na espécie, e se não incidir, não sei em que caso normativo incidirá – cheguei até mesmo a consignar que, em sã consciência, ninguém poderia asseverar que esta lei não modificou o processo eleitoral –, o art. 16 da Constituição Federal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Vossa Excelência me permite? Se nós adotarmos o critério das convenções, na verdade estaremos modificando, por lei e por interpretação, o art. 16.

Estamos encurtando o prazo, dizendo que é de seis meses, de cinco...

Veja, é disso que se cuida e é preciso que se perceba o absurdo de se conhecer. Se se trata de fato, se o limite é a convenção partidária, então nos tornamos...

O sr. ministro Marco Aurélio: E o preceito está em bom vernáculo, ao revelar que a lei que altere o processo eleitoral não se aplica às eleições que se realizem dentro de um ano.

O sr. ministro Ayres Britto: O Supremo já disse tantas vezes que esse processo começa com as convenções.

Agora, eu estou trabalhando com a categoria de um devido processo eleitoral substantivo, que incorpora a dimensão tradicional do contraditório e da ampla defesa, mas incorpora também essa dimensão igualmente substancial do direito que tem o eleitor de escolher candidatos de vida passada retilínea.

Entendo que é nessa perspectiva que devemos interpretar o 16.

O sr. ministro Marco Aurélio: Por último, presidente, digo que é muito bom quando há coincidência entre o convencimento do juiz e o anseio popular. Ele é enaltecido, ele tem o perfil ressaltado, mas, quando não há essa coincidência, realmente as críticas vêm à balha. Porém, ocupamos cadeira vitalícia, justamente, para atuarmos segundo a ciência e a consciência possuídas. Disse um doutrinador, certa vez, que há mais coragem em ser justo parecendo injusto do que em ser injusto para salvaguardar as aparências de justiça.

Eis o que consignei na Consulta 1120-26.2010.6.00.0000, do Tribunal Superior Eleitoral:

> (...) estive a questionar-me: que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, tendo em conta os anseios da sociedade. Costumo dizer que, havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou menos a situação presente.
>
> Não me impressiona, Senhor Presidente, a iniciativa do projeto, o fato de ter-se logrado um milhão e seiscentas mil assinaturas quanto ao teor do que veio a ser aprovado pelas duas Casas do Legislativo. Não me impressiona por uma razão muito simples: o povo também se submete à Carta da República, a menos que, evidentemente – e não temos clima para isso –, vire a mesa e proceda a uma revolução, rasgando-a.
>
> (...)
>
> (...) temos o envolvimento, na espécie, de um diploma que possui implicações de toda ordem, inclusive quanto à aplicação normativa no tempo, considerados os fatores já existentes da inelegibilidade, a inelegibilidade de oito anos e os períodos também menores do que oito anos. Trata-se de diploma a requerer amadurecimento maior, crivo de órgãos do Judiciário e reflexão sobre o que nele se contém.
>
> (...)
>
> (...) digo que o crivo, já verificado no âmbito do Supremo, que mais se aproxima com a situação concreta foi o do julgamento do Recurso Extraordinário n. 129.392-6, como ressaltado pelo Ministro Marcelo Ribeiro. Naquela oportunidade, questionou-se a aplicação imediata, e, portanto, o artigo 27 da Lei Complementar n. 64/1990, no que dispunha a respeito, distanciando-se – sob a óptica da minoria formada – do disposto no artigo 16 da Carta da República.
>
> Na mesma ocasião, proferi voto no sentido de acompanhar o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Votei a seguir a Sua Excelência, porque devia ser o mais novo no Tribunal, e, em seguida, votaram, também acompanhando Sua Excelência, os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho. Na corrente majoritária, verificando-se um escore que não foi, evidentemente, acachapante, mas muito apertado, de seis votos a cinco, formaram os Ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira. E há um detalhe interessantíssimo: nenhum daqueles que formaram a corrente majoritária compõem atualmente o Tribunal, enquanto, relativamente à corrente minoritária, estamos lá eu próprio e o Ministro Celso de Mello.
>
> Senhor Presidente, subscrevo o que colocado pelo Ministro Arnaldo Versiani. O preceito do artigo 16 da Constituição Federal é linear, e é princípio de hermenêutica e aplicação do direito o de que, onde a lei não distingue – e pouco importa a envergadura da lei –, não cabe ao intérprete fazê-lo.
>
> Consta, categoricamente, no artigo 16 da Constituição Federal: a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação. Antes da Emenda Constitucional n. 4/1993, havia a *vacatio* projetada, considerada a unidade de tempo "ano" – só entrava em vigor um ano após a publicação –, mas a cláusula que importa é a final: "não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência".
>
> Indaga-se: no caso, a Lei versando inelegibilidade altera o processo eleitoral? Creio que ninguém se atreve a responder de forma negativa, porque, se dissermos

que não altera, estaremos desconhecendo o ato primeiro do processo eleitoral propriamente dito, o registro da candidatura. E, evidentemente, a Lei de Inelegibilidade afasta ou dá base ao Judiciário Eleitoral para concluir no sentido da glosa da candidatura.

Como disse, há realmente o anseio popular de avançar, mas tivemos, até a vinda à balha da Lei Complementar n. 135/2010, a vigência, durante vinte anos, da Lei Complementar n. 64/1990, que não veio – ao contrário do que sinalizado naquele julgamento do recurso extraordinário – a preencher vácuo algum, porque a norma da Constituição Federal apenas viabiliza o surgimento de outras condições de inelegibilidade por força da atuação do legislador comum complementar. A Lei então em vigor – Lei Complementar n. 5/1970 – foi, em grande parte, recepcionada pela Carta de 1988. De qualquer forma, a Lei Fundamental de 1988 cogitou de situações jurídicas geradoras da inelegibilidade apenas viabilizando o surgimento de outras situações mediante lei complementar.

Ora, Senhor Presidente, assentada essa premissa, não posso potencializar o objetivo a ser alcançado, em detrimento do meio. Não consigo, simplesmente, em um ato de vontade – reconheço que é o interpretativo, no tocante ao artigo 16 –, estabelecer, como se legislador constituinte fosse, nesse mesmo artigo, a exceção não contemplada.

A cláusula vedadora é categórica: não se aplicando, desde que altere o processo eleitoral – e para mim, a mais não poder, a nova Lei, quanto à escolha e quanto ao deferimento de registro a candidatos, modifica o processo eleitoral –, à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Costumo dizer, Senhor Presidente, que se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, e esse preço é módico: o respeito às regras estabelecidas e, principalmente, às constantes da Constituição Federal.

Não posso, como guarda dessa mesma Constituição, quer ocupando a cadeira que ocupo neste Tribunal, quer no Supremo, simplesmente entender que, ante os parâmetros dessa Lei, o aplauso geral – e não digo da turba ou do populacho, mas da sociedade –, no caso, deve ficar o artigo 16 da Constituição Federal em verdadeiro *stand by,* para ser pinçado em situações, não esta, em que há realmente a pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção de rumos.

Por isso, peço vênia ao Relator e àqueles que o acompanharam, para entender que incide, na espécie, o disposto no artigo 16 da Constituição Federal e que, portanto, a recente Lei Complementar n. 135/2010 entrou em vigor imediatamente, como previsto na primeira parte do citado artigo, mas não alcança a eleição que se avizinha, a de 2010, principalmente porque o processo eleitoral já está em pleno curso, tendo em vista a escolha dos candidatos.

Acompanho o relator, portanto, conhecendo e provendo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: **O exame** da presente causa – **em cujo âmbito renova-se** o debate **a propósito** *da aplicabilidade imediata* da LC 135/2010 (**CF**, art. 16) **e** *de outros* temas **pertinentes** *às graves restrições* que *esse novo* diploma legislativo **impôs** *a certos* direitos fundamentais (**como** a liberdade de participação política) – **justifica**, *uma vez mais*, **notadamente** em face *do magnífico voto* proferido pelo eminente ministro GILMAR MENDES, **algumas**

reflexões, *que ainda considero imprescindíveis*, **em torno da exata** compreensão **e da adequada** análise da controvérsia jurídico-constitucional **motivada** pela edição **da denominada** "*Lei da Ficha Limpa*", *tal como tive o ensejo* de expor **quando** da realização do julgamento do "*caso Roriz*" (**RE** 630.147/DF) **e**, *também*, do "*Caso Jader Barbalho*" (**RE** 631.102/PA).

I – A desejável (e necessária) convergência entre ética e política como substrato legitimador do exercício democrático do poder

Salientei, *então*, senhor presidente, **em referidos** julgamentos plenários, **que a desejável** convergência **entre** ética **e** política *nem sempre tem ocorrido* ao longo do processo histórico brasileiro, **cujos atores**, *ao protagonizarem episódios lamentáveis e moralmente reprováveis*, **parecem** haver feito uma **preocupante** *opção preferencial* **por práticas** de poder **e** de governo **que se distanciam**, *gravemente*, **do necessário respeito** aos valores de probidade, de decência, de impessoalidade, de compostura **e** de integridade pessoal e funcional.

Tais comportamentos, **porque motivados** por razões obscuras, por desígnios inconfessáveis **ou** por interesses escusos, **em tudo incompatíveis** com a causa pública, **são guiados e estimulados** por exigências *subalternas* resultantes de um **questionável** pragmatismo político, que, **não obstante o profundo desvalor ético** dos meios empregados, **busca justificá-los**, *assim mesmo*, **em face** de uma suposta **e** autoproclamada legitimidade dos fins visados pelos governantes.

Os membros de Poder, quando assim atuam, **transgridem** as exigências éticas **que devem** pautar e condicionar a atividade política, **que só se legitima quando efetivamente respeitado** o princípio da moralidade, **que traduz** valor constitucional de observância necessária na esfera institucional *de qualquer* dos Poderes da República.

A ordem jurídica **não pode permanecer indiferente** a condutas de **quaisquer** autoridades da República que hajam eventualmente incidido **em censuráveis desvios éticos** no desempenho da elevada função de representação política do povo brasileiro.

O sistema democrático **e** o modelo republicano **não admitem**, **nem podem tolerar** a existência de regimes de governo **sem** a correspondente noção de fiscalização **e** de responsabilidade, **que representam** fatores de preservação da ordem democrática **e que constituem** elementos de concretização da ética republicana, **por cuja integridade** todos, *sem exceção*, devemos velar, **notadamente** aqueles investidos – **ou que pretendam** investir-se – em mandatos representativos, **quer** no âmbito do Poder Executivo, **quer** na esfera do Poder Legislativo.

II – A gestão republicana do poder e a preservação dos postulados ético-jurídicos da probidade e da moralidade

Presente tal contexto, senhor presidente, **torna-se essencial** reconhecer que a Justiça Eleitoral **tem** o dever-poder **de obstar** candidaturas de pessoas **desprovidas** de idoneidade **e destituídas** de probidade **e que**, *por isso mesmo*, **hajam incidido** em situações **configuradoras** de inelegibilidade, **desde que**

compatíveis com a ordem constitucional, **em ordem a viabilizar**, ao cidadão, **o exercício** do direito **de escolher** *pessoas dignas* **e** *probas* **para o desempenho** do mandato eletivo.

Na realidade, **a gestão republicana** do poder, **a composição** dos corpos legislativos **e a escolha**, em processo eleitoral, dos órgãos de direção política do Estado **expõem-se**, *em plenitude*, aos postulados ético-jurídicos da probidade e da moralidade **e representam** exigência incontornável **imposta** pela ordem democrática.

Inquestionável, *desse modo*, a alta importância *da vida pregressa* dos candidatos, **pois** a probidade pessoal **e** a moralidade administrativa **representam** valores **que consagram** a própria dimensão ética em que **necessariamente** se deve projetar a atividade pública.

Sabemos todos que o cidadão *tem o direito de exigir* que o Estado seja dirigido *por administradores íntegros*, *por legisladores probos e por juízes incorruptíveis*, que desempenhem as suas funções **com total respeito** aos postulados ético-jurídicos **que condicionam** o exercício legítimo da atividade pública. **O direito ao governo honesto** – *nunca é demasiado reconhecê-lo* – **traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania**.

Tenho reconhecido, *por isso mesmo*, que a probidade **e** a moralidade **traduzem** pautas interpretativas **que devem reger** o processo de formação **e** composição dos órgãos do Estado, **observando-se**, *no entanto*, **as cláusulas constitucionais** cuja eficácia subordinante **conforma e condiciona**, *qualquer que seja* a dimensão de sua atuação, **o exercício** dos poderes estatais.

A defesa dos valores constitucionais da probidade administrativa **e** da moralidade para o exercício do mandato eletivo **traduz** medida **da mais** elevada importância **e** significação para a vida política do País.

Eis porque o sistema democrático **e** o modelo republicano **consagram**, como fórmula **legitimadora** do exercício do poder, **o direito do cidadão** à plena informação sobre a vida pregressa dos candidatos, **especialmente** se se tratar da escolha, **em processo eleitoral**, daqueles que irão, **como** membros do Poder Legislativo **ou** do Poder Executivo, **coparticipar** da regência **e** da direção superior do Estado, **incumbindo** à Justiça Eleitoral, **com apoio** em legislação **compatível** com a Constituição, **impedir** que se transgridam os postulados da probidade e da moralidade.

A plena submissão de todos os candidatos aos princípios que derivam da ética republicana **e a integral exposição** de seu comportamento individual, profissional e social, **inclusive** de sua vida pregressa, **a amplo** escrutínio público **qualificam-se** como requisitos essenciais à própria legitimidade do processo eleitoral, **ao mesmo tempo** em que se permitirá à Justiça Eleitoral **a efetivação** dos comandos legais e constitucionais **que obstem** o registro de candidaturas de pessoas **desprovidas** de idoneidade.

III – As questões constitucionais suscitadas pelo julgamento emanado do E. Tribunal Superior Eleitoral: alegada transgressão aos postulados *da anterioridade eleitoral*, *da presunção de inocência* **e** *da inafastabilidade do controle jurisdicional*

Assentadas tais premissas, *que põem em especial destaque* **a probidade administrativa e a moralidade** para o exercício do mandato representativo, **qualificados** como vetores **que asseguram** a normalidade **e garantem** a legitimidade das eleições, **cabe examinar** a controvérsia ora suscitada **na presente** sede recursal extraordinária.

Trata-se, *como já referido neste julgamento*, de recurso extraordinário **interposto** por Leonídio Henrique Correa Bouças **contra** decisão, que, **proferida** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, em processo de que foi relator o eminente ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. ART. 1º, I, "l", DA LC N. 64/90, COM REDAÇÃO*** *DA LC N. 135/2010.* ***CONSTITUCIONALIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONSTITUI PENA. INOVAÇÃO*** *DAS TESES RECURSAIS.* ***NÃO PROVIMENTO.***
>
> ***1. O Tribunal Superior Eleitoral firmou o entendimento*** *de que a Lei Complementar n. 135/2010* ***é constitucional e se aplica às eleições de 2010. Precedente.***
>
> ***2. A inelegibilidade não constitui pena****, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente.* ***Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção*** *de suspensão dos direitos políticos,* ***prevista*** *para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa.* ***Precedente.***
>
> *3. Agravo regimental* ***não*** *provido.*
>
> (**RO 4.995-AgR/MG**, rel. min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR – **Grifei**.)

Esse acórdão **veio a ser mantido** pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, **que rejeitou** os embargos de declaração *então* opostos:

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU OBSCURIDADE. REJEIÇÃO.***
>
> ***1. Incabível a veiculação de teses novas*** *em embargos de declaração, como forma de suplementar agravo regimental que sobre elas não tratou.*
>
> ***2. O acórdão recorrido não padece*** *de omissão ou obscuridade quanto à matéria atinente* ***à suposta violação*** *ao art. 16 da Constituição Federal,* ***que somente foi suscitada*** *nas razões de agravo regimental, consistindo em indevida inovação recursal.*

*3. **É incabível** a pretensão de mero prequestionamento de dispositivos constitucionais **se não houver** na decisão embargada omissão, obscuridade ou contradição. Precedentes.*

*4. Embargos de declaração **rejeitados**.*

(**Grifei**.)

O ora recorrente **busca** o reconhecimento **da inaplicabilidade**, *à espécie*, do art. 1º, I, "**l**", da LC 64/1990, **na redação** dada pela LC 135/2010, **que incluiu**, *dentre outras causas de inelegibilidade*, **a condenação** à suspensão dos direitos políticos proferida *por órgão judicial colegiado*, **motivada** por ato doloso de improbidade administrativa que implique lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, **independentemente** do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Sustenta-se, na presente sede processual, *dentre outras alegações*, que o Tribunal Superior Eleitoral **teria violado os princípios constitucionais** *da anterioridade da lei eleitoral* (**CF**, art. 16), *do estado de inocência* (**CF**, art. 5º, LVII) **e** *da inafastabilidade do controle jurisdicional* (**CF**, art. 5º, XXXV).

Alega-se, *no recurso extraordinário ora em exame*, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao julgar aplicáveis**, *às eleições de 2010*, **as inelegibilidades** introduzidas pela LC 135/2010, sob o fundamento de que *referido diploma legislativo* **não teria alterado** o processo eleitoral, **ofendeu** o postulado da anterioridade da lei eleitoral inscrito **no art. 16** da Constituição da República, **que assim dispõe**:

*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**.*

(**Grifei**.)

IV – O princípio constitucional da anterioridade eleitoral: garantia contra abusos resultantes "*do dirigismo normativo das forças dominantes*" **em determinado ciclo histórico**

Tenho para mim, senhores ministros, *tal como já o fizera* no julgamento **do RE** 630.147/DF **e do RE** 631.102/PA, **que se registra**, *na espécie*, **com** a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, **efetiva transgressão** à cláusula constitucional **que consagra** o princípio da anterioridade eleitoral.

Como se sabe, o legislador constituinte, **atento à necessidade** de coibir abusos **e** casuísmos **descaracterizadores** da normalidade **ou** da própria legitimidade do processo eleitoral **e sensível** às inquietações da sociedade civil, **preocupada e indignada** *com a deformante* **manipulação legislativa** das regras eleitorais, **operada**, *arbitrariamente*, **em favor** de correntes político-governamentais **detentoras** do poder, **fez inscrever**, no texto constante **do art. 16** de nossa Carta Política, **um postulado** de irrecusável importância ético-jurídica, **tal como tem sido reconhecido e proclamado** por esta Suprema Corte (**ADI 353-MC/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **ADI 3.345/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Torna-se imperioso reconhecer que a norma consubstanciada **no art. 16** da Constituição da República, **que consagra** o postulado da anterioridade eleitoral (**cujo precípuo destinatário** é o Poder Legislativo), **vincula-se**, em seu sentido teleológico, **à finalidade ético-jurídica de obstar** a deformação do processo eleitoral **mediante** modificações que, **casuisticamente** introduzidas 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 – *como aquelas* que definem **novas** hipóteses de inelegibilidade (**que provocam a exclusão** de candidaturas) –, **a garantia básica** *de igual competitividade* que deve, *sempre*, prevalecer nas disputas eleitorais.

O texto normativo **veiculado** nessa regra constitucional, **ao dispor** como o fez, *diferiu*, no tempo, **o início da eficácia** da legislação **inovadora** do processo eleitoral.

Na realidade, 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 publicação, **não se aplicará** às eleições que ocorrerem **em até um ano** contado da data de sua vigência, **inibindo-se**, desse modo, **a imediata plenitude eficacial** das leis que, **independentemente** de seu conteúdo material **ou** processual, **alterarem** o processo eleitoral.

Vê-se, *portanto*, que a norma inscrita **no art. 16** da Constituição **impõe** a análise de algumas categorias fundamentais da teoria geral do direito, que distingue, **referentemente** aos atos normativos – **pois é** o Congresso Nacional **o destinatário precípuo** do princípio da anterioridade eleitoral –, **três planos** em que se desenvolvem noções básicas a propósito do tema: (*a*) *o plano da existência da lei*, que se instaura, *segundo alguns*, **com a promulgação** desse ato estatal (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de direito constitucional**", p. 314, 11. ed., 1989, Saraiva) **ou**, *segundo outros*, **com a sanção** do respectivo projeto (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, "**Lei complementar tributária**", p. 40, 1975, **RT**/EDUC); (*b*) *o plano da validade da lei*, cuja aferição decorre da compatibilidade, formal e material, dessa espécie normativa com a Constituição *e* (*c*) *o plano da eficácia da lei*, que se traduz em sua aptidão de gerar e produzir todas as suas consequências de ordem jurídica.

Nesse contexto, o preceito referido, **consubstanciado** no art. 16 da Carta Política, **não impede**, *na matéria em questão*, **a instauração** do processo de formação de leis **nem obsta** a própria edição desses atos estatais, **cuja eficácia jurídica**, *no entanto*, **ficará paralisada** até que se opere o decurso do lapso de um ano **a contar** de sua vigência.

Daí a correta observação de FÁVILA RIBEIRO ("**Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**", p. 93, 1990, Fabris Editor), **para quem esse contingenciamento de ordem jurídico-temporal** imposto à atividade normativa **do Poder Legislativo**, no plano do direito eleitoral, **justifica-se** plenamente:

> *As instituições representativas* ***não podem ficar expostas a flutuações*** *nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais,* ***a que não fiquem*** *ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período,* ***alterando-se as leis*** *sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso,* ***para impedir*** *que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes.*
> (**Grifei**.)

O que me parece irrecusável, desse modo, senhor presidente, **reafirmando**, aqui, *uma vez mais*, o que **precedentemente** já acentuei, **é que a norma inscrita no art. 16** da Constituição da República **foi enunciada** pelo constituinte – **como o reconhece a própria doutrina** (PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1, p. 317, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1, p. 134, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. II, p. 1123, 1989, Forense, *v.g.*) – **com o declarado propósito de impedir** a deformação do processo eleitoral **mediante** alterações **casuisticamente** nele introduzidas pelo Poder Legislativo, **aptas a romper a igualdade de participação** dos que nele atuam como protagonistas relevantes (as agremiações partidárias **e** os próprios candidatos), **lesando-lhes**, assim, com inovações **abruptamente** fixadas, **a garantia básica** *de igual competitividade* **que deve sempre prevalecer** nas disputas eleitorais.

A teleologia da norma constitucional em causa **foi bem ressaltada** por CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/596-597, 1989, Saraiva):

> *A preocupação fundamental consiste* ***em que a 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.*
>
> ***É****, portanto,* ***a "vacatio legis"*** *contida neste art. 16,* ***medida saneadora e aperfeiçoadora*** *do nosso processo eleitoral.*
> (**Grifei**.)

Para os autores já mencionados, **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).

Cabe referir, ante a **precisão** de seu entendimento, **a observação** de WALTER CENEVIVA ("**Direito constitucional brasileiro**", p. 118, item n. 15, 3. ed., 2003, Saraiva):

> ***Sempre*** *com o mesmo objetivo,* ***há norma especial*** *destinada a evitar o chamado "casuísmo",* ***consistente*** *no impedimento de modificações* ***da lei*** *que, criando obstáculos à desejável rotatividade do seu exercício, beneficiem os detentores do poder.*
>
> (...)
>
> ***A norma constitucional****, na versão de 1993, excluiu o período obrigatório de suspensão da vigência da lei,* ***mas manteve o duplo objetivo de impedir mudanças constantes e de tornar conhecida a regra do jogo eleitoral*** *com suficiente antecedência,* ***de modo a igualar*** *as oportunidades dos disputantes.*
>
> (**Grifei**.)

V – Contingenciamento jurídico-temporal (**CF**, **art. 16**) **e fases do processo eleitoral**: *do momento inaugural* **da fase pré-eleitoral** (convenções partidárias e escolha de candidaturas) **até** *o estágio final* **da fase pós-eleitoral** (*diplomação*)

Se o princípio da anterioridade eleitoral, *portanto*, **tem por destinatário precípuo** o próprio Poder Legislativo da União, **pois visa a diferir**, *no tempo*, **a própria** carga eficacial **do ordenamento** eleitoral **regularmente** positivado, **cabe acentuar**, por necessário, **que a função inibitória** desse postulado **só** se instaurará **quando** o ato normativo editado pelo Congresso Nacional, **ainda** que veiculador de regras de direito material, **importar em alteração** *do processo eleitoral*, **pois o sentido maior** de que se acha impregnado **o art. 16** da Constituição **reside na necessidade de preservar-se** uma garantia básica assegurada, **não só** aos candidatos, **mas**, também, **destinada** aos próprios cidadãos, **a quem assiste** o direito de receber, **do Estado**, o necessário grau de segurança **e** de certeza jurídicas **contra** alterações *abruptas* das regras – materiais **ou** formais – **inerentes** à disputa eleitoral.

Cabe rememorar, *neste ponto*, **que o processo eleitoral**, que constitui sucessão ordenada de atos **e** estágios causalmente vinculados entre si, **supõe**, em função dos objetivos que lhe são inerentes, **a sua integral submissão** a uma disciplina jurídica que, **ao discriminar** os momentos que o compõem, **indica as fases** em que ele se desenvolve: (**a**) **fase pré-eleitoral**, que, **iniciando-se** com a realização das convenções partidárias **e** a escolha de candidaturas (**ainda** que, *para alguns*, **esse momento inaugural** possa reportar-se à data *da própria* filiação partidária **e** fixação do domicílio eleitoral), **estende-se** até a propaganda eleitoral respectiva; (**b**) **fase eleitoral propriamente dita**, **que compreende** o início, a realização **e** o encerramento da votação **e** (**c**) **fase pós-eleitoral**, **que principia** com a apuração **e** contagem (**ou** totalização) de votos **e termina** com a diplomação dos candidatos eleitos, **bem assim** dos seus respectivos suplentes.

Para ANTONIO TITO COSTA ("**Recursos em Matéria Eleitoral**", p. 113, item n. 7.2, 4. ed., 1992, **RT**), **o processo eleitoral** em si mesmo considerado – **que**

tem, **na diplomação**, "*o ponto culminante de todo um sucessivo complexo de atos administrativos-judiciais*" – **constitui**, na globalidade **das etapas** que o compõem, **um** "***iter***" que "*vai* ***desde*** *a escolha dos candidatos em convenção partidária,* ***até*** *sua eleição, proclamação e diplomação*" (**grifei**).

JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de direito constitucional positivo**", p. 377, item n. 20, 23. ed., 2004, Malheiros), **ao definir** o alcance **e** a extensão **do procedimento eleitoral** (e das fases que o compõem), **assinala**:

> ***O procedimento eleitoral compreende*** *uma sucessão de atos e operações encadeadas com vista à realização do escrutínio e escolha dos eleitos.* ***Desenvolve-se*** *em três fases basicamente: (****1****)* ***apresentação*** *das candidaturas; (****2****)* ***organização*** *e realização do escrutínio; (****3****)* ***contencioso*** *eleitoral.*
> (**Grifei**.)

Definido, assim, *de um lado*, o sentido jurídico-constitucional da expressão *processo eleitoral* – **que se inicia** com as convenções partidárias **e** a apresentação das candidaturas (**havendo alguns**, *no entanto*, que fazem recuar essa fase **pré**-eleitoral ao momento *da própria* filiação partidária **e** à fixação do domicílio eleitoral *dos futuros* candidatos) **e termina** com o ato de diplomação – **e identificada**, *de outro*, a "*mens*" que deve orientar o intérprete **na exegese** *do princípio constitucional da anterioridade da lei eleitoral* **proclamado no art. 16** da Carta Política (**a necessidade** de impedir a utilização abusiva **e** casuística **do processo de elaboração** das espécies normativas como instrumento de manipulação **e** deformação dos pleitos eleitorais), **torna-se forçoso concluir** que a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, *no caso ora em exame*, à regra de inelegibilidade **fundada** na alínea "**l**" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, **introduzida** pela LC 135, de 4-6-2010, **fazendo-a** aplicável, *desde logo*, às eleições de 2010, **implicou vulneração** à cláusula constitucional em questão.

VI – Interpretação *inconstitucional*, **por parte do E. Tribunal Superior Eleitoral**, **da LC 135/2010**, **que**, *embora vigente* **na data de sua publicação**, *ainda sofre paralisação* **de sua eficácia jurídica**, *porque diferida no tempo* **a respectiva aplicabilidade (CF, art. 16)**

Com efeito, **tenho para mim** que a LC 135, de 4-6-2010, **que alterou** *regras materiais* **e** *formais* **inerentes** ao processo eleitoral, **foi alcançada** *pela incidência restritiva* do postulado da anterioridade eleitoral, **eis** que mencionado diploma legislativo – **que entrou** em vigor **na data** de sua publicação (**7-6-2010**) – foi editado **dentro** do período constitucionalmente vedado, **dentro**, *portanto*, do período a que alude **o art. 16** da Carta Política. **Só** se fez aplicável, *desde logo*, **com plena** carga eficacial, **no curso** do processo eleitoral, **por força** da interpretação *inconstitucional* que lhe deu o E. Tribunal Superior Eleitoral, *eis que sequer decorrido*, quanto a tal diploma legislativo, **o prazo** de um ano **a que se refere** o art. 16 da Constituição da República.

Qualquer que seja o marco temporal **a ser considerado** na espécie – **início** das convenções partidárias **para escolha** de candidatos (**10-6-2010**) **ou**, *até mesmo*, **o dia** da realização das eleições (**3-10-2010**) –, **o fato** é que esses

dois momentos, **que integram** o conceito de *processo eleitoral* **como estágios** que lhe compõem a estrutura, **situam-se há menos** de um ano da data em que publicada a LC 135 (**7-6-2010**), **editada**, *portanto*, **apenas** 3 (três) dias **antes do início** das convenções partidárias **ou** 116 (cento e dezesseis) dias da data em que realizadas as eleições, **a significar**, *desse modo*, que **não** se observou, **quanto** às ***profundas*** alterações introduzidas no estatuto das inelegibilidades, **a exigência constitucional** da anualidade.

Tenho para mim, *considerados os fins* a que se refere **o art. 16** da Constituição Federal, *e tal como compreendo* o processo eleitoral **e** os diversos estágios em que ele se desenvolve, *que o seu momento inaugural* **reside na data a partir da qual** se permite, a **qualquer** partido político, **promover a escolha**, *em convenção partidária*, dos seus respectivos candidatos.

Todos sabemos que a Lei Geral das Eleições (Lei 9.504/1997) **dispõe** que "***A escolha*** *dos candidatos pelos partidos* ***e a deliberação*** *sobre coligações* ***deverão ser feitas no período*** *de 10 a 30 de junho do ano* ***em que se realizarem*** *as eleições,* ***lavrando-se*** *a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral*" (art. 8º, "*caput*" – **grifei**).

Foi por tal razão que o E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao expedir** a Instrução 126, **consubstanciada** na Resolução 23.089, **aprovou** o Calendário Eleitoral para as eleições de 2010, **definindo o dia 10 de junho de 2010**, quinta-feira, **como sendo** o termo inicial da fase **pré**-eleitoral, **ou seja**, a "*Data* ***a partir*** *da qual é permitida a realização de convenções destinadas a deliberar sobre coligações e escolher candidatos a presidente e vice-presidente da República, governador e vice-governador, senador e respectivos suplentes, deputado federal, estadual ou distrital* (...)" (**grifei**).

O cotejo entre os marcos temporais juridicamente relevantes – **a data** de vigência da LC 135/2010 (**publicada** em 7-6-2010), *de um lado*, **e a data** em que instaurado o processo eleitoral, **com a possibilidade** de realização das convenções partidárias para escolha dos respectivos candidatos (**10-6-2010**), *de outro* – **leva-me a reconhecer consumada** a transgressão, **por parte** do acórdão recorrido, **ao princípio** da anterioridade eleitoral **inscrito** no art. 16 da Constituição da República.

É por tal razão, **e coerente** com o entendimento que **expus** nesta Suprema Corte, **no julgamento plenário** do RE 129.392/DF, **não obstante** *vencido*, na honrosa companhia dos eminentes ministros MARCO AURÉLIO, ALDIR PASSARINHO, SEPÚLVEDA PERTENCE e CARLOS VELLOSO, **que tenho por inteiramente aplicável**, à LC 135/2010, **a cláusula** de restrição temporal **fundada no art. 16** da Constituição da República, **pois** o princípio da anterioridade eleitoral **também incide** sobre diplomas legislativos, *como o de que ora se trata*, **que estabeleçam**, *em caráter inovador*, normas eleitorais **de conteúdo material** (*e não apenas* aquelas que veiculem regras de caráter meramente ritual).

VII – *Caráter fundamental* **da anterioridade eleitoral** (**postulado** *que preserva* **a segurança jurídica** *e garante* **a integridade do** *devido processo eleitoral*): **oponibilidade desse princípio** *ao poder de reforma* **do Congresso Nacional**

Afigura-se-me inquestionável, senhor presidente, que **qualquer** estatuto legislativo **que introduza** alterações – e alterações *tão significativas* – **no regime jurídico** de inelegibilidades, **como o fez** a novíssima LC 135/2010, **interfere**, *de modo direto*, no processo eleitoral, **na medida** em que viabiliza a exclusão **e/ou** a inclusão de candidatos na disputa por mandatos eletivos, **submetendo-se**, *por isso mesmo*, **à restrição** de seu conteúdo eficacial, **quando** ainda **não** decorrido o prazo de um ano **estabelecido** pelo art. 16 da Constituição da República.

O significado da cláusula da anterioridade eleitoral **mostra-se tão relevante** que *nem mesmo* o Congresso Nacional, **pelo exercício** de seu poder de reforma, **dispõe** de autoridade para, **mediante** emenda à Constituição, formular regras **que transgridam o art. 16** da Constituição da República, **como já advertiu** o Supremo Tribunal Federal, **ao julgar a ADI 3.685/DF**, rel. min. ELLEN GRACIE, em decisão **consubstanciada**, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52****, DE 8-3-2006.* ***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. ARTS****. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF.*
>
> (...)
>
> ***2. A inovação trazida pela EC 52/2006*** *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 de 12-2-1993).*
>
> ***4. Enquanto*** *o art. 150, III, b, da CF* ***encerra*** *garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, DJ de 18-3-1994),* ***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 4/1993 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 52/2006 somente seja aplicada após decorrido** um ano da data de sua vigência.*

(**Grifei**.)

A conclusão a que esta Suprema Corte chegou, quando do julgamento plenário **da mencionada** ADI 3.685/DF, **foi a de que** o Congresso Nacional **não pode**, *mesmo* no exercício de seu poder de reforma, **alterar** a Constituição, **para**, *nela*, **introduzir** prescrições que modifiquem, restrinjam **ou** afetem o alcance da norma inscrita **no art. 16** da própria Lei Fundamental, **pois**, *se assim não fosse*, **estar-se-ia permitindo** que a instituição parlamentar **transgredisse** as garantias fundamentais **inerentes** à segurança jurídica **e** ao *devido processo eleitoral*.

VIII – O significado político-jurídico *das cláusulas pétreas* **e a proteção** *do núcleo axiológico* **que confere identidade e essência ao texto constitucional**

Assentado, *desse modo*, **que** *mesmo* **as emendas à Constituição não podem transgredir** *a cláusula de salvaguarda* **que protege** as matérias referidas **no § 4º** do art. 60 do estatuto constitucional (**nestas incluída** a regra **fundada no art. 16** da Carta Política, **como** esta Corte **reconheceu** na ADI 3.685/DF), **cabe advertir** que, **em ocorrendo** tal ofensa às cláusulas pétreas, **legitimar-se-á a intervenção tutelar** do Poder Judiciário, cuja função precípua – **presente** tal contexto – **consiste em fazer prevalecer** a vontade soberana do constituinte originário, **mantendo íntegro** o núcleo consubstanciador das decisões políticas fundamentais adotadas no âmbito do Estado **e cuja inobservância compromete** o alto significado que deve representar, **nas sociedades democráticas**, o texto da Lei Fundamental, **que não pode ser conspurcado** em sua essência, **que não pode ser vulnerado** em seu espírito, **sob pena** de tal desrespeito acarretar-lhe um irreparável *déficit* de legitimidade político-social.

Nisso consiste a alta finalidade **de que se revestem as cláusulas pétreas**, **que não podem** ser reduzidas à subalterna condição de fórmulas antidemocráticas, **consideradas** as próprias razões de ordem histórica e política **que justificaram** a sua consagração nas Constituições elaboradas sob a égide do princípio democrático.

Isso significa, *portanto*, que, **longe de afetar** os fundamentos em que se assenta o Estado Democrático de Direito, **a razão subjacente** às cláusulas pétreas **traduz** a necessidade de preservar, de modo especial, a permanente **intangibilidade** dos valores, que, **erigidos** à condição de elementos **determinantes** da própria identidade constitucional, **merecem**, *por isso mesmo*, **a qualificada** proteção que lhes deu a Constituição, **sob pena** de a transgressão a esse sistema de valores **romper** a própria unidade da Constituição, **degradá-la** em sua irrecusável supremacia, **atingir-lhe** a coerência interna **e**, assim, **comprometer** a integridade do núcleo axiológico **que anima e dá significação material** à Lei Fundamental, **convertendo-a**, arbitrariamente, em um instrumento

normativo **incapaz** de manter-se fiel aos compromissos **que justificaram**, em determinado momento histórico, **a sua soberana formulação** por uma Assembleia Constituinte **investida** de poderes originários.

Vê-se, *desse modo*, **consideradas** as razões expostas **a respeito** do caráter juridicamente **subordinado** do poder reformador, **que não se revela legítima** qualquer deliberação do Congresso Nacional, **ainda** que em sede de emenda à Constituição, **que atinja o núcleo essencial consubstanciador** das decisões políticas fundamentais **subjacentes** ao estatuto constitucional.

É imperioso advertir, *por isso mesmo*, que o núcleo essencial – **precisamente por conferir identidade** ao texto constitucional – **não pode** expor-se, **quanto** a seus elementos fundamentais, **a manipulações e a mutações impostas** pelo órgão investido da competência **para reformar** a Carta Política.

Com maior razão, **torna-se inadmissível reconhecer** que *qualquer* diploma legislativo *de caráter infraconstitucional*, **como** a LC 135/2010, **disponha** de força normativa **superior** àquela **que emana** de uma emenda à Constituição.

Isso significa que as inovações que a LC 135/2010 **introduziu** no processo eleitoral **estão sujeitas**, *antes de mais nada*, **à rígida observância** do que impõe **o art. 16** da Constituição da República.

Sabemos, senhor presidente, **que nada compensa a ruptura** da ordem constitucional. **Nada recompõe** os gravíssimos efeitos que derivam do gesto **de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte** KONRAD HESSE ("**A Força Normativa da Constituição**", p. 22, 1991, **tradução** de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

É que uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder **e** de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática**, pois representa a expressão **mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais **e** do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

A defesa da Constituição **não** se expõe **nem** deve submeter-se, *por isso mesmo*, a **qualquer** juízo de oportunidade **ou** de conveniência, **muito menos** a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A **relação** do Poder **e** de seus agentes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de respeito**.

A supremacia da Constituição **traduz**, *desse modo*, **na experiência concreta** das sociedades democráticas, **um fator referencial** da mais significativa importância. **Enquanto peça fundamental** no processo **de edificação** do Estado **e de preservação** das liberdades públicas, **a Constituição não é** simples obra de circunstância, **destinada** a ser manipulada, *de modo irresponsável e inconsequente*, pelos detentores do Poder, pelas instituições **ou** por qualquer pessoa, agente ou autoridade da República.

Reconheço, senhor presidente, **que a garantia** da anterioridade eleitoral **ganha** relevo **e assume** aspecto de fundamentalidade, **subsumindo-se** ao âmbito de proteção das cláusulas pétreas, cujo domínio – **a partir** de exigências inafastáveis **fundadas** no princípio da segurança jurídica **e apoiadas** no postulado **que consagra** *a proteção da confiança* do cidadão no Estado – **impede** que **qualquer** ato estatal, **ainda** que se trate de emenda à Constituição (**ou**, *até mesmo*, de interpretação judicial), **descaracterize** o sentido **e comprometa** a própria razão de ser do postulado inscrito **no art. 16** da Constituição da República.

Há a considerar, *pois*, **no contexto** em exame, **uma garantia básica**, impregnada de caráter fundamental, **que se mostra amparada**, *por isso mesmo*, pelas cláusulas pétreas **e cuja incidência** importa, **como aqui já se enfatizou**, em clara limitação material ao exercício, pelo Congresso Nacional, de seu poder de reforma.

Refiro-me à garantia *do devido processo eleitoral*, **cujos elementos** – **concebidos para viabilizar a igual competitividade** entre os candidatos **e** respectivas agremiações partidárias, *de um lado*, **e projetados para assegurar**, em favor dos cidadãos eleitores, e, **também**, dos candidatos e respectivos partidos políticos, **a certeza da estabilidade** das regras do jogo eleitoral, *de outro* – **objetivam**, *em última análise*, **dar sentido e efetividade** a um valor essencial, **fundado** na segurança jurídica **e que visa**, no plano das eleições, **a preservar** a confiança **que deve sempre prevalecer** na esfera das relações **entre** os indivíduos **e** o Estado, **para que a mudança abrupta** da disciplina normativa do processo eleitoral **não se transforme** em instrumento vulnerador de princípios constitucionais cuja supremacia se impõe, *até mesmo*, ao Congresso Nacional, **ainda que no exercício** de seu poder de reforma.

Já se disse, nesta Suprema Corte, que o Congresso Nacional, **em matéria** de sua competência, *pode muito*, **mas não pode tudo**, pois, **acima do poder** que se reconhece ao Legislativo (e, **também**, ao Judiciário), **situa-se a autoridade incontrastável** da Constituição da República, cujo art. 60, § 4º, **estabelece** incontornáveis limitações materiais explícitas ao poder reformador daquele órgão da soberania nacional, **a significar** que a Câmara dos Deputados **e** o Senado Federal **não podem transgredir**, **quer** mediante leis de iniciativa popular (como na espécie), **quer** por intermédio de emendas à Constituição, o núcleo da Constituição, **sob pena** de tais Casas legislativas **perpetrarem lesão gravíssima** aos postulados **que refletem** o espírito **e que permitem** preservar *a própria identidade* do texto constitucional.

IX – Anterioridade eleitoral, proteção das minorias e *função contramajoritária* da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

Vale enfatizar, *por isso mesmo*, senhor presidente, **o alto significado** de que se reveste **o postulado** da anterioridade eleitoral, **cuja formulação** *também objetiva conferir* proteção **aos grupos minoritários** que atuam na arena política, **circunstância que permite** por em destaque *a inquestionável vocação protetiva*

de que se acha impregnada essa relevante *garantia constitucional* **de amparo às minorias**.

Isso significa que o princípio da anterioridade, **tal como delineado** no art. 16 da Constituição, **busca inibir** manipulações legislativas, que, **engendradas** *por grupos majoritários* **no âmbito** do Parlamento, **objetivam** *frustrar*, *dificultar* **ou** *obstar* o exercício, *pelas minorias*, do direito de participação política, **a denominada** *liberdade-participação.*

O sentido de fundamentalidade *de que se reveste* essa liberdade pública **permite** afirmar **que as minorias** *também titularizam*, **sem** qualquer exclusão **ou** limitação, **o direito de disputar**, *sem restrições discriminatórias*, **o processo eleitoral**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos **e** de suas reivindicações.

Tais reflexões em torno *dessa outra dimensão* do princípio da anterioridade eleitoral **põem em evidência** *a função contramajoritária* do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando**, *em casos de transgressão* à cláusula **inscrita** no art. 16 da Lei Fundamental, a análise do tema concernente à *proteção das minorias* **na perspectiva** *de uma concepção material* de democracia constitucional.

Na realidade, senhor presidente, **esse tema** acha-se *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao *relevantíssimo* papel *que ao Supremo Tribunal Federal* incumbe desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger** *as minorias* **contra** *eventuais* excessos *da maioria* **ou**, *até mesmo*, **contra** abusos perpetrados *pelo próprio* poder público **e** seus agentes.

Tal situação, *se admitida* a transgressão à cláusula **inscrita** no art. 16 da Constituição da República, **culminaria por gerar** um quadro *de submissão* de grupos minoritários *à vontade hegemônica* da maioria, **o que comprometeria**, *gravemente*, **por reduzi-lo**, *o próprio coeficiente de legitimidade democrática* das instituições do Estado, **pois**, *ninguém o ignora*, **o regime democrático não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

Cabe enfatizar, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, *muitas vezes*, **decisões** *de caráter nitidamente contramajoritário*, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e** valores **que identificam** *os grupos minoritários* **expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão **e** de abuso contra os seus direitos.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação

institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção** *às minorias* **e** *aos grupos vulneráveis* **qualifica-se**, *na verdade*, **como fundamento imprescindível** *à plena legitimação material* do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido** *tutela efetiva*, **por parte** desta Suprema Corte, **quando grupos majoritários**, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** *medidas arbitrárias* **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Lapidar, *sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

> *A Constituição* ***verdadeiramente*** *democrática* ***há de garantir*** *todos os direitos* ***das minorias e impedir toda prepotência****, todo arbítrio, toda opressão* ***contra elas****.* ***Mais que isso*** *– por mecanismos que assegurem representação proporcional –,* ***deve atribuir*** *um relevante papel institucional* ***às correntes minoritárias*** *mais expressivas.*
>
> (...)
>
> ***Na democracia****, governa a maioria,* ***mas*** *– em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo,* ***não pode oprimir a minoria****.* ***Esta exerce também função política importante****, decisiva mesmo:* ***a de oposição institucional****, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.*
>
> ***O principal papel da oposição*** *é o de formular propostas alternativas às ideias e ações* ***do governo da maioria*** *que o sustenta.* ***Correlatamente****, critica,* ***fiscaliza****, aponta falhas e censura a maioria,* ***propondo-se****, à opinião pública, como alternativa.* ***Se*** *a maioria governa, entretanto,* ***não é dona do poder****, mas age* ***sob os princípios*** *da relação de administração.*
>
> (...)
>
> ***Daí a necessidade*** *de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência,* ***liberdade de ação*** *e influência* ***da minoria****, para que se tenha verdadeira república.*
>
> (...)
>
> ***Pela proteção e resguardo das minorias*** *e sua necessária participação no processo político,* ***a república faz da oposição instrumento institucional de governo****.*
>
> (...)
>
> ***É imperioso*** *que a Constituição* ***não só garanta a minoria*** *(a oposição),* ***como ainda lhe reconheça direitos e até funções****.*
>
> (...)

> ***Se a maioria souber que*** *–* ***por obstáculo constitucional*** *–* ***não pode prevalecer-se*** *da força,* ***nem*** *ser arbitrária* ***nem*** *prepotente,* ***mas deve respeitar a minoria****, então os compromissos* ***passam*** *a ser meios* ***de convivência*** *política.*
> (**Grifei**.)

Também o eminente e saudoso professor PINTO FERREIRA ("**Princípios gerais do direito constitucional moderno**", tomo I/195-196, item n. 8, 5. ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – *com fundamento em irrepreensíveis considerações* de ordem doutrinária – **que a essência democrática** *de qualquer* regime de governo **apoia-se** na existência *de uma imprescindível harmonia* **entre** a "*Majority rule*" **e** os "*Minority rights*":

> *A* ***verdadeira*** *ideia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e* ***dominação da maioria****,* ***com a correlativa proteção às minorias políticas****, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.*
>
> *A* ***dominação majoritária*** *em si, como o centro de gravidade da democracia,* ***exige esse respeito às minorias políticas*** *vencidas nas eleições.* ***O princípio majoritário*** *é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.*
>
> ***O princípio democrático não é****, pois,* ***a tirania do número****,* ***nem a ditadura*** *da opinião pública,* ***nem tampouco a opressão das minorias****, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas* ***com o devido respeito aos direitos das minorias políticas****, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.*
>
> *A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: "Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro". Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas "Considerations on Representative Government", quando fala da verdadeira e da falsa democracia ("****of true and false Democracy****"): "A falsa democracia é só representação da maioria,* ***a verdadeira é representação de todos****,* ***inclusive das minorias****. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante* ***entre*** *maioria* ***e*** *minoria".*
> (**Grifei**.)

É importante advertir, senhor presidente, **que grupos majoritários** *não podem submeter*, **à hegemonia** de sua vontade, **a eficácia** de direitos fundamentais (**como a garantia** proclamada pelo art. 16 da Constituição) **que se revestem** *de nítido caráter contramajoritário*, **especialmente** se analisado esse tema **na perspectiva** *de uma concepção material* de democracia constitucional.

O Estado de Direito, *concebido e estruturado* em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, *em nosso sistema jurídico*, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra**: **ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República (**MS 24.831/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *Pleno*), **cujo texto** confere, *aos direitos fundamentais*, **um nítido** *caráter contramajoritário*.

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha importante papel** no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão**, **a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** a liberdade de participação política **e** o direito de não ser surpreendido *pela edição abrupta* de legislação veiculadora **de novas** hipóteses de inelegibilidade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Desse modo, **e para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar**, *às minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (**CF**, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades **e** garantias fundamentais *em favor das minorias*, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "**Fundamentos de direito constitucional**", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

Tenho por irrecusável, *bem por isso*, senhor presidente, **que o desrespeito** ao postulado da anterioridade eleitoral **pode afetar**, *gravemente*, **a própria** noção de pluralismo político, **que se qualifica** *como fundamento estruturante* do Estado democrático de direito **e que preserva**, *por tal razão*, **na abrangência** de seu alcance, **a esfera** daqueles que, *militando em grupos minoritários*, **pretendem** exercer *o seu legítimo direito de oposição* aos detentores do poder.

É preciso reafirmar, *no ponto*, **anterior** julgamento do Supremo Tribunal Federal **no sentido** de que "***Existe**, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas* (...) ***devem ser preservadas** pelo Poder Judiciário, **a quem incumbe***

proclamar *o alto significado que assume,* ***para o regime democrático****, a essencialidade* ***da proteção jurisdicional*** *a ser dispensada ao direito de oposição,* ***analisado*** *na perspectiva* ***da prática republicana*** *das instituições parlamentares* (...)" (**MS 24.849/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, *Pleno*).

Essa percepção do tema – **que reconhece**, *por exemplo*, no direito à efetiva instauração do inquérito parlamentar, **uma garantia instrumental** constitucionalmente atribuída às minorias legislativas, **por efeito** *da imanência do direito de oposição* **em face do** próprio modelo democrático de Estado que entre nós prevalece – **encontra pleno suporte** no mais autorizado magistério doutrinário (J. M. SILVA LEITÃO, "**Constituição e direito de oposição**", 1987, Almedina, Coimbra; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito constitucional e teoria da Constituição**", p. 309/312, 1998, Almedina, Coimbra; DERLY BARRETO E SILVA FILHO, "**Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário**", p. 131/134, item n. 3.1, 2003, Malheiros; JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação**", p. 169/170, item n. 2.1.2, 2004, Fabris; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Comissão Parlamentar de Inquérito**", p. 216, item n. 5, 2001, Saraiva; MANOEL MESSIAS PEIXINHO/RICARDO GUANABARA, "**Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípios, Poderes e Limites**", p. 76/77, item n. 4.2.3, 2001, Lumen Juris, *v.g.*).

Sob tal perspectiva, *a manipulação* das regras **inerentes** ao processo eleitoral, *especialmente* daquelas que definem *novas hipóteses* de inelegibilidade, **promovida** *com transgressão* ao princípio da anterioridade, **representará**, *de um lado*, **instrumento** *de indevida perpetuação* dos detentores do poder nas posições de comando do aparelho de Estado **e significará**, *de outro*, *a arbitrária marginalização* **dos grupos minoritários** no processo de conquista do poder político, eis que, *afastada a minoria*, **comprometer-se-á**, *com evidente lesão* à legitimidade da ordem democrática, *a garantia do dissenso*.

Daí a necessidade de impedir, *em sede jurisdicional*, que o Estado, **dominado** *por estamentos majoritários*, **subverta** as regras do processo eleitoral **e imponha**, *muitas vezes casuisticamente*, normas legais **destinadas a afastar** *grupos de oposição* da disputa pelo poder político, *como sucederia* **se** esta Suprema Corte permitisse, *por absurdo*, **a transgressão** ao postulado da anterioridade eleitoral **consagrado** no art. 16 da Constituição da República.

X – A inelegibilidade, *que se qualifica* **como instituto de direito material**, **tem natureza jurídica** *de sanção,* **quando se tratar** *de inelegibilidade cominada*

Analiso, *agora*, **outra impropriedade** em que incidiu a Alta Corte Eleitoral **no julgamento** da controvérsia que lhe foi submetida.

Com efeito, o E. Tribunal Superior Eleitoral, **no acórdão** ora recorrido, **também proclamou**, *equivocadamente*, que "*A inelegibilidade* ***não constitui*** *pena* (...)".

Tenho para mim, *não obstante* o julgamento plenário do MS 22.087/DF, **que a inelegibilidade**, em situações como a prevista **na alínea** "**l**" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, **na redação** dada pela LC 135/2010, **qualifica-se** como sanção, **configurando**, *sob tal perspectiva*, **a denominada** *inelegibilidade cominada*.

Extremamente correta, no ponto, **a crítica** expendida pelo eminente professor ADRIANO SOARES DA COSTA ("**Teoria da inelegibilidade, ficha limpa e registro de candidatura: novas – velhas – considerações teóricas**") **a propósito** do entendimento que o E. Tribunal Superior Eleitoral manifestou **na Consulta** 1.147-9 **e na Consulta** 1.120-26 **e reafirmou** no julgamento objeto **do presente** recurso extraordinário:

> ***Os exemplos citados*** *por Versiani* ***para afirmar*** *que a inelegibilidade não é uma sanção em si mesma* ***são****, à toda evidência,* ***de inelegibilidade inata****,* ***é dizer****,* ***inelegibilidade*** *que decorre* ***da ausência*** *das condições de elegibilidade, próprias ou impróprias.* ***É a inelegibilidade comum*** *a todos os brasileiros* ***que não têm registro*** *de candidatura,* ***em razão*** *do déficit dos pressupostos constitucionais* ***ou*** *legais para obtê-lo.* ***Desde 1998****, chamo a atenção, em minhas obras,* ***que nem toda*** *inelegibilidade* ***tem natureza sancionatória****.* ***As inelegibilidades*** *que decorrem da ausência de elegibilidade são lícitas, é dizer, efeitos do fato jurídico negativo da ausência de registro de candidatura.*
>
> ***Ocupar um cargo*** *de magistrado* ***ou ser irmão*** *de algum ocupante do mandato de Governador* ***não é*** *fato jurídico ilícito.* ***São situações jurídicas*** *que ingressam no mundo jurídico no plano da licitude, da conformidade ao Direito.* ***Por razões de conveniência****, como o de buscar a paridade de armas entre os nacionais que desejam disputar uma eleição,* ***é que a Constituição ou leis*** *ordinárias ou complementares estabelecem requisitos positivos e negativos ao nascimento do direito ao registro de candidatura.* ***Entre*** *os requisitos está a necessidade de desincompatibilização de determinados cargos ou funções públicas;* ***o estar incompatível é estar inatamente inelegível****.*
>
> ***A desincompabilização*** *de determinados cargos ou funções com a finalidade de zelar pelo equilíbrio do pleito é condição de elegibilidade, portanto. O ato de desincompatibilizar-se é fato jurídico lícito; o estar incompatível é situação jurídica lícita que impede a obtenção do registro de candidatura pela ausência do preenchimento de uma das condições de elegibilidade.*
>
> (...)
>
> ***Na apreciação*** *do pedido de registro de candidatura* ***deve-se também analisar****, destarte,* ***se há alguma inelegibilidade cominada decorrente*** *de algum fato* ***ilícito*** *eleitoral anterior.* ***Ou seja****,* ***se*** *houver alguma* ***sanção de inelegibilidade****,* ***decretada*** *por decisão judicial anterior (hoje, inclusive, pouco importando se transitada em julgado ou se apenas advinda de órgão colegiado),* ***não se poderá deferir*** *validamente o registro de candidatura.* ***Essa sempre foi****, e continuará a ser,* ***o regime da inelegibilidade cominada****, não havendo nenhuma mudança introduzida pela LC 135, salvo a desnecessidade de trânsito em julgado da decisão que a decreta.* ***Note-se****:* ***a execução*** *("rectius", cumprimento)* ***imediata do efeito mandamental****, que vem colado à eficácia preponderante constitutiva negativa,* ***ínsita*** *à decisão que decreta a inelegibilidade (hoje, independentemente do trânsito em julgado),* ***nada mudou da natureza da inelegibilidade cominada potenciada****:*

***continua a ser o que sempre foi**: **sanção** a atos ilícitos eleitorais (...). Ou seja, o fato de se cumprir imediatamente a ordem de cassação do registro, em razão de decisão de órgão colegiado, não desnatura ou modifica o conceito de inelegibilidade. **Inelegibilidade é instituto de direito material**; adiantamento dos efeitos da decisão, independentemente da formação de coisa julgada, é tema de direito processual. Não se pode, pois, encambulhar os planos, que são distintos.*

(...)

***Ora**, **como já demonstramos**, um dos momentos pertinentes **para a apreciação** da existência **da prévia cominação** de inelegibilidade é o do pedido de registro de candidatura. **O outro momento** é logo após a diplomação, ainda assim **em relação** a inelegibilidades supervenientes ao registro ou de natureza constitucional. **Assim**, **o pedido do registro de candidatura sempre foi**, **e continua sendo**, **o momento apropriado para a aferição da existência de alguma sanção de inelegibilidade aplicada ao candidato**. Não houve nenhuma mudança de regime jurídico quanto ao ponto.*

***Outra questão importante** (...) é que as hipóteses de inelegibilidade previstas na LC 64/90 eram já para proteger a probidade, a moralidade e levando em conta a vida pregressa, cumprindo o preceito do art. 14, § 9º, da CF/88. Aliás, eram assim já na CF 67, com a EC 1/69. **A LC 135/2010 apenas ampliou e uniformizou o tempo da sanção de inelegibilidade** para 8 anos, **além de tornar desnecessário** o trânsito em julgado das decisões judiciais que a decretem. **Houve exacerbação**, portanto, **do caráter sancionatório da inelegibilidade**; **a sanção tornou-se mais dura**, chegando em alguns casos à insensatez.*

***É dizer**, todas as hipóteses de inelegibilidade, ao tempo da LC 64/90 e, **agora**, **sob a vigência da LC 135/2010**, **são sanções** que visam a proteger a probidade, a moralidade, **inclusive** levando em conta a vida pregressa. **Não há exceção**; nunca houve!*

*(...) **Ora**, **a inelegibilidade cominada é sempre** efeito de um fato jurídico **ilícito**, decretada por decisão judicial de eficácia preponderante constitutiva negativa. A decisão judicial que a decreta tem relevante efeito declaratório da ocorrência do fato jurídico ilícito.*

***É por isso** que, no momento da apreciação do momento do registro de candidatura, o juiz **não constitui** a inelegibilidade cominada; **ele a declara** existente no mundo jurídico, **como efeito** de um fato jurídico **ilícito** anterior, que levou à sua decretação judicial, também ela anterior ao pedido de registro.*

(...)

***Sempre insisti nesse ponto**, descurado por muitos: uma coisa é o direito subjetivo ao registro de candidatura, nascido do fato jurídico complexo do preenchimento das condições de elegibilidade; outra coisa, porém, é o direito de ser votado, a elegibilidade, nascido do fato jurídico do registro de candidatura. **A inelegibilidade cominada potenciada obsta o exercício** daquele direito ao registro de candidatura, como sanção pela prática de algum fato ilícito.*

***Assim**, quando o ordenamento prescreve que não se pode registrar candidato inelegível está simplesmente dando concretude **à natureza sancionatória da inelegibilidade cominada**. Aliás, a única finalidade da inelegibilidade cominada potenciada é obstar o exercício do direito ao registro, se existente antes do pedido de registro, ou cancelá-lo, se superveniente.*

***Essas lições estão em meus escritos desde 1998. A LC 135 nada mudou nesse sentido, não alterando em nada a natureza sancionatória** da inelegibilidade, bem como a sua função obstativa ao registro de candidatura.*

*(...) **E não se sustenta**, ademais, porque esqueceu de observar o regime jurídico do tempo em que o fato ilícito, que fez nascer a inelegibilidade, se deu. **Se o ilícito ocorreu antes da LC 135, como aplicá-la em retroversão** para o passado, retroativamente, **gravando** situações jurídicas **já** consolidadas?*

(**Grifei**.)

A inelegibilidade cominada, *como sabemos*, **tem** natureza de sanção, **como o reconhece** o magistério da doutrina (JOSÉ JAIRO GOMES, "**Direito eleitoral**", p. 141, item n. 3, 2008, Del Rey; RUI STOCO e LEANDRO DE OLIVEIRA STOCO, "**Legislação Eleitoral Interpretada: Doutrina e Jurisprudência**", p. 147, item n. I, 2. ed., 2006, RT; ADRIANO SOARES DA COSTA, "**Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**", p. 148, item n. 1, 1998, Del Rey **e** TORQUATO JARDIM, "**Direito eleitoral positivo conforme a nova lei eleitoral**", p. 68, item n. 47, 2. ed., 1998, Brasília Jurídica; ANTONIO CARLOS MENDES, "**Introdução à Teoria das Inelegibilidades**", p. 109/110, item n. 145, 1993, Malheiros) **e torna inequívoco** o próprio texto normativo constante da LC 64/1990, **seja** em sua redação originária, **seja** naquela introduzida pela LC 135/2010, **em prescrições** nas quais tais diplomas legislativos **expressamente** referem-se à "*sanção de inelegibilidade*" (art. 22, XIV).

Mesmo que não se considere a inelegibilidade como sanção (**o que se concede** *como mero favor dialético*), **o fato irrecusável** é que ela **traduz** *gravíssima limitação* **ao direito fundamental** de participação política, **pois impõe** *severa restrição* à capacidade eleitoral passiva do cidadão, **o que o priva e destitui** "*do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais*", **como adverte** JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de direito constitucional positivo**", p. 329, 5. ed., 1989, RT).

Trate-se, *portanto*, **de sanção** (*como efetivamente o é* nas hipóteses de *inelegibilidade cominada*) **ou cuide-se** de restrição a um direito fundamental (**a denominada** *liberdade-participação*), **a inelegibilidade está sujeita** a um regime **que não admite** interpretações ampliativas (FÁVILA RIBEIRO, "**Direito eleitoral**", p. 106, item n. 286, 1976, Forense), **resultando**, *daí*, **a impossibilidade** de fazê-la incidir sobre fatos pretéritos.

XI – A eficácia irradiante *da presunção constitucional de inocência* **e a possibilidade de sua extensão ao processo eleitoral**: *o valor e o significado da autoridade da coisa julgada*

Há, *finalmente*, senhor presidente, *outro fundamento* juridicamente relevante **a ser considerado** no julgamento da presente causa.

Refiro-me *à alegação do ora recorrente* de que o acórdão **emanado** do e. Tribunal Superior Eleitoral **transgrediu o postulado constitucional** *do estado de inocência*, **ao reputar válida**, *em referido julgamento*, **a cláusula** inscrita no art. 1º, I, "l", da LC 64/1990, **na redação** que lhe deu a LC 135/2010, **que tornou**

dispensável, *para efeito* de definição de hipótese de inelegibilidade, **a exigência** do trânsito em julgado, **desde** que a condenação à suspensão dos direitos políticos, "*por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*", **resulte**, *como sucedeu na espécie*, **de decisão** que, **embora** "*proferida por órgão judicial colegiado*", **esteja sendo** impugnada em sede recursal.

Quanto a esse último aspecto, **tenho presente** a decisão **que esta** Suprema Corte **proferiu** no julgamento **da ADPF 144/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **e que restou consubstanciado**, *no ponto*, em acórdão assim ementado:

> *(...) **MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE** PROCESSOS JUDICIAIS, **SEM QUE NELES** HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, **E O EXERCÍCIO**, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA – **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 (...)*
>
> *– **PROBIDADE 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) (...)*
>
> *(...) – **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 **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 8.429/1992 (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** (...)*
(**ADPF 144/DF**, rel. min. CELSO DE MELLO, **Pleno**.)

Com efeito, *sabemos todos* que a presunção de inocência – **que se dirige** ao Estado para lhe impor **limitações** ao seu poder, **qualificando-se**, *sob tal perspectiva*, **como típica garantia** de índole constitucional, **e que também se destina** ao indivíduo **como direito fundamental** por este titularizado – **representa** uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua **permanente** luta **contra** a opressão do poder.

O postulado do estado de inocência, **ainda** que não se considere como presunção em sentido técnico, **encerra**, em favor **de qualquer** pessoa, *notadamente* sob persecução penal, **o reconhecimento** *de uma verdade provisória*, com caráter probatório, **que repele** *suposições* **ou** *juízos prematuros* de culpabilidade, **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em favor** da pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, *portanto*, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir do qual se descaracteriza** a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** o trânsito em julgado da condenação. **Antes** desse momento – *insista-se* –, o Estado **não pode** tratar os indiciados ou réus **como se** culpados fossem. **A presunção** de inocência **impõe**, *desse modo*, ao poder público, **um dever** de tratamento **que não pode** ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** *progressivamente*, **à medida em que se sucedem** os graus de jurisdição, **a significar** que, **mesmo** confirmada a condenação, *especialmente* aquela de índole penal, por um Tribunal **de segunda** instância (**ou** por qualquer órgão colegiado **de inferior** jurisdição), **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, que **só** deixa de prevalecer – ***repita-se*** – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória.

Disso resulta, *segundo entendo*, **que a consagração constitucional** da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa **há de viabilizar**, *sob a perspectiva da liberdade*, uma hermenêutica *essencialmente emancipatória* dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, **para todos e quaisquer** efeitos, **deve atuar**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação judicial, **como uma cláusula de insuperável bloqueio** à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou que restrinjam**, *seja* no domínio civil, *seja* no âmbito político, **a esfera jurídica** das pessoas em geral.

Nem se diga *que a garantia fundamental de presunção da inocência* **teria** pertinência e aplicabilidade **unicamente** restritas ao campo do direito penal **e** do direito processual penal.

Torna-se importante assinalar, *neste ponto*, que a presunção de inocência, **embora** historicamente vinculada ao processo penal, **também irradia** os seus efeitos, **sempre** em favor das pessoas, **contra** o abuso de poder **e** a prepotência do Estado, **projetando-os** para esferas processuais **não** criminais, **em ordem a impedir**, dentre **outras** graves consequências no plano jurídico – **ressalvada a excepcionalidade** de hipóteses previstas **na própria** Constituição –, **que se formulem**, *precipitadamente*, contra **qualquer** cidadão, **juízos morais** fundados em situações juridicamente **ainda não** definidas (**e**, por isso mesmo, **essencialmente instáveis**) **ou**, então, **que se imponham**, ao réu, **restrições** a seus direitos, **não obstante inexistente** condenação judicial **transitada** em julgado.

O que se mostra relevante, *a propósito do efeito irradiante* da presunção de inocência, **que a torna aplicável** a processos de natureza **não** criminal, **é a preocupação**, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, **prematuramente**, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, **desde logo**, **indevidamente** tratadas, pelo poder público, **como se** culpadas fossem, **porque presumida** – *por arbitrária antecipação* **fundada** em juízo **de mera** suspeita – **a culpabilidade** *de quem figura*, em processo penal **ou** civil, *como simples réu***!**

Cabe referir, *por extremamente oportuno*, **que o Supremo Tribunal Federal**, em julgamento plenário (**RE 482.006/MG**, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI), **e interpretando** a Constituição da República, **observou**, em sua decisão, essa **mesma** diretriz – **que faz incidir** a presunção constitucional de inocência **também** *em domínio extrapenal* –, **explicitando** que esse postulado constitucional **alcança quaisquer** medidas **restritivas** de direitos, **independentemente** de seu conteúdo **ou** *do bloco* que compõe, **se** *de direitos civis* **ou** *de direitos políticos.*

A exigência de coisa julgada – **que representa**, *na constelação axiológica* **que se encerra** em nosso sistema constitucional, **valor** de essencial importância **na preservação** da segurança jurídica – **não colide**, *por isso mesmo*, com a cláusula de probidade administrativa **nem** com a que se refere à moralidade para o exercício do mandato eletivo, **pois a determinação** de que se aguarde a **definitiva** formação da autoridade da "*res judicata*", **além de refletir** *um claro juízo de prudência* do legislador, *quer se trate* do legislador constituinte (**CF**, art. 15, III), *quer se cuide* do legislador comum (**LC 64/1990**, **art. 1º**, I, "**d**", "**g**" e "**h**"), **encontra** plena justificação **na relevantíssima** circunstância de que **a imposição**, *ao cidadão*, **de gravíssimas** restrições à sua capacidade eleitoral *deve condicionar-se ao trânsito em julgado* da sentença, **seja** a que julga procedente a ação penal, **seja** aquela **que julga procedente** a ação civil por improbidade administrativa (**Lei 8.429/1992**, art. 20, "*caput*").

Mostra-se relevante acentuar o alto significado **que assume**, em nosso sistema normativo, **a coisa julgada**, **pois**, *ao propiciar* a estabilidade das relações sociais, *ao dissipar* as dúvidas motivadas pela existência de controvérsia jurídica ("*res judicata pro veritate habetur*") **e** *ao viabilizar* a superação dos

conflitos, **culmina** por consagrar a segurança jurídica, **que traduz**, *na concreção de seu alcance*, **valor** de transcendente importância política, jurídica e social, **a representar** *um dos fundamentos estruturantes* **do próprio** Estado Democrático de Direito.

Veja-se, *desse modo*, *que a privação temporária* (**suspensão**) dos direitos políticos – **de que resulta** a perda da elegibilidade **como consequência** de condenação criminal **transitada** em julgado (**CF**, art. 15, III) **ou** da procedência **definitiva** da sentença **que julga** a ação civil de improbidade administrativa **ou** a representação em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político (**Lei 8.429/1992**, art. 20, "*caput*", **c/c** a **LC 64/1990**, art. 1º, I, "**d**", "**g**" e "**h**") – **acha-se condicionada** *à estrita observância* **do trânsito** em julgado do respectivo ato sentencial.

Essa **exigência** *de irrecorribilidade* **atende** à própria racionalidade do sistema de direito positivo, **considerados** os fundamentos **que justificam** a coisa julgada **como um dos valores estruturantes** do Estado Democrático de Direito.

Presente esse contexto, **não vejo como possa o respeito ao instituto** da coisa julgada **traduzir** transgressão **à exigência** de probidade administrativa **e** de moralidade para o exercício do mandato eletivo.

Inexiste, *na realidade*, **qualquer** situação de antinomia **entre** esses valores constitucionais, **pois eles convivem**, *harmoniosamente*, em nosso sistema normativo, **na medida em que a observância** *do trânsito em julgado* de sentenças, **cujos efeitos afetam e restringem**, *gravemente*, **a esfera jurídica** de quem é condenado, **apenas confere** certeza **e prestigia** a segurança jurídica, **que também se qualifica** como valor constitucional a ser preservado.

Esse, *pois*, **o sentido de racionalidade** que se mostra **ínsito** às cláusulas, que, **fundadas** na Constituição **e** na legislação comum, **condicionam** a eficácia *supressiva* da elegibilidade **de qualquer** cidadão **à prévia** consumação **do trânsito** em julgado da sentença, penal **ou** civil, que contra ele foi proferida.

A perda da elegibilidade **constitui** situação **impregnada** de caráter excepcional, **pois inibe** o exercício da cidadania passiva, **comprometendo** a prática da liberdade em sua dimensão política, **eis que impede** o cidadão de ter efetiva participação na regência e na condução do aparelho governamental.

O "*status poenalis*" **e** o estatuto de cidadania, *desse modo*, **não podem sofrer** – **antes** que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação criminal – **restrições** que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular.

Essa opção do legislador constituinte (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas**, **de que ninguém** – *absolutamente ninguém* – **pode** ser presumido culpado em suas relações com o Estado, **exceto** se já existente sentença **transitada** em julgado. **É por isso** que este Supremo Tribunal Federal **tem repelido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de

ordem jurídica, **somente justificáveis** em face **da irrecorribilidade** de decisões judiciais.

XII – Conclusão

Em suma: **tenho para mim**, senhor presidente, que se mostra plenamente acolhível a pretensão recursal **deduzida** nesta causa, **considerados**, *para tanto*, **os fundamentos** concernentes, *quer à violação* do princípio da anterioridade eleitoral (**CF**, art. 16), *quer à ofensa* ao postulado do estado de inocência (**CF**, art. 5º, LVII), **cuja transgressão**, *no caso*, **resultou** de interpretação judicial, *proferida* pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, *evidentemente* **lesiva** à integridade da Lei Fundamental da República.

Sendo assim, em face das razões expostas **e reafirmando** o voto por mim **anteriormente** proferido no julgamento **do RE** 630.147/DF **e do RE** 631.102/PA, **peço vênia** para conhecer **e dar provimento** ao presente recurso extraordinário, **assegurando**, *desse modo*, ao candidato recorrente, **o direito ao registro** de sua candidatura.

É o meu voto.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Celso de Mello: **Antes** de mais nada, senhor presidente, **desejo reafirmar** *o conteúdo* **e** *os fundamentos* **que dão suporte** ao voto que venho de proferir, no qual atribuí especial ênfase *ao sentido de fundamentalidade* de que se reveste, em nosso ordenamento positivo, o postulado da anterioridade, que, **por inibir**, *até mesmo*, o exercício do poder de reforma do Congresso Nacional, **também** se revela insuscetível de ser afetado, **dada** *a sua preeminência constitucional*, **por simples** legislação comum, **ainda** que de natureza complementar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Vossa Excelência me permite uma consideração? Vossa Excelência veja que tentar fazer esta apreensão e esta interpretação, de modo a dizer que há uma tensão dialética entre o art. 16 e o princípio da moralidade, para afirmar que, então, preside o princípio da moralidade, me parece absolutamente indevido. O que se está a propor, simplesmente, é que se façam as modificações que forem devidas, mas se observe este princípio, tal como já ficou muito claro.

Portanto, na verdade não há esta incompatibilidade, não há a necessidade de se fazer esse juízo de ponderação, até porque ele leva a um resultado absurdo, porque ele revoga o art. 16.

O sr. ministro Celso de Mello: **Além** de provocar um resultado absurdo, **essa abordagem hermenêutica** *vulnera o caráter fundamental* da anterioridade eleitoral, **que representa** expressão de um postulado *que preserva* a segurança jurídica *e garante* a integridade do *devido processo eleitoral*, **revelando-se oponível**, *por isso mesmo*, **ao próprio** poder de reforma do Congresso Nacional,

tal como este Tribunal teve o ensejo de proclamar **quando** do julgamento **da ADI** 3.685/DF.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Ele é ablativo do art. 16. Em termos hermenêuticos, ele é um absurdo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Teríamos preceitos inclusive do texto primitivo de hierarquia diversificada!

O sr. ministro Ayres Britto: Eu tive o cuidado de dizer que não vejo antinomia entre os dois dispositivos. O art. 16 está a serviço do art. 14, § 9º. Basta isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Na verdade, se se quer fazer alguma alteração, que se siga o catálogo.

De qualquer forma, veja que, a toda hora, a sociedade se depara com problemas seriíssimos no campo, por exemplo, da criminalidade. Nós tivemos a edição da Lei do Crime Hediondo, mas ninguém imaginava lhe dar efeito retroativo. E veja, quando este Tribunal declarou que havia inconstitucionalidade no art. 2º, mandou aplicar retroativamente. E depois, quando sobreveio uma nova lei, mandou aplicar aos novos crimes. Portanto, isso não está em jogo. Quer dizer, o juízo de reprovabilidade desse fato não está em jogo. Trata-se de um processo civilizatório.

O sr. ministro Ayres Britto: Ministro, e a expressão vida pregressa, como fica?

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Claro que é vida pregressa a partir de fatos conhecidos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então não há necessidade da LC 135/2010. Teríamos a eficácia da Carta. E cada qual a interpretaria fixando as balizas que hoje estão na citada lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, a Carta foi que usou vida pregressa.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Não é pregressa à lei, ministro.

O sr. ministro Ayres Britto: É pregressa ao registro da candidatura.

O momento de aferir a respeitabilidade do candidato é quando do pedido do registro de candidatura.

Vida pregressa a partir de que marco temporal objetivo? O pedido de registro de candidatura. Porque candidatura é isso. É candura mesmo. Ético.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Ministro Celso, veja então que aqui não há possibilidade de se fazer uma interpretação segundo os cânones da hermenêutica constitucional, que não leve, realmente, a entender que esta norma, na verdade, ela condiciona todo esse processo. E nem é preciso fazer um juízo de consequência, porque, se se admite a possibilidade de modificação, no período eleitoral, não há mais mãos a medir. Porque, como eu já disse em outro julgamento, hoje é conveniente o julgamento de segundo grau, mas, daqui a pouco, basta o de primeiro. Ou se o fato for reprovável, basta um inquérito.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas, Excelência, nós estamos lidando...

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Porque, a rigor, como não tem parâmetro constitucional, basta uma notícia.

O sr. ministro Ayres Britto: Mas o valor com que estamos lidando é moralidade. Não se puxa moralidade pela cauda para dizer: você só entra em vigor daqui a dois anos, a três anos. Isso é uma incongruência.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Veja que, quando se trata de crime, a Constituição estabelece o princípio da anterioridade. Quando se trata de crime! De crimes graves!

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que é mais grave do que moralidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): A sociedade lida com isto. Isto é padrão civilizatório!

O sr. ministro Ayres Britto: Mas crime é matéria de direitos e garantias individuais, Excelência.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Isto diferencia civilização de barbárie.

O sr. ministro Ayres Britto: Não, não, não. Direito individual no campo da presentação do indivíduo. Direito político é o campo da representação da coletividade, diferente.

O sr. ministro Celso de Mello: *A liberdade-participação*, que se exterioriza **na dimensão** dos direitos políticos, **não** se descaracteriza como expressão *de um direito individual* **outorgado** ao cidadão **e que lhe confere** a prerrogativa de influir na formação *dos corpos representativos* **e**, *até mesmo*, **na condução** dos negócios governamentais.

Tais atributos resultantes do "*status activae civitatis*" **não afetam** a qualificação dessa prerrogativa fundamental do cidadão *como típico direito individual*.

Tratando-se de valores fundamentais, **como o direito** de participação política, **não pode** ele ser afetado, *muito menos* inviabilizado, **senão** nos termos previstos **e** autorizados **pela própria** Constituição da República, **que estabelece** mecanismos **de preservação** da incolumidade de determinadas situações jurídicas.

Refiro-me ao fato de que a nossa Lei Fundamental **protege a intangibilidade** de situações jurídicas *definitivamente consolidadas* **tanto quanto impede**, **tratando-se** de crime (cuja prática **transgride**, *de modo muito mais intenso e lesivo*, o postulado da moralidade), que o Estado faça incidir, *prospectiva* **ou** *retroativamente*, lei penal *mais gravosa* sobre fatos delituosos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Exatamente. E veja, há fatos, nós estamos já falando em juízos reprováveis.

O sr. ministro Ayres Britto: E com isso tenho concordado, porque estamos no campo dos direitos individuais. Estatuto penal do indivíduo. Aqui não, aqui é cidadania.

O sr. ministro Celso de Mello: O que tenho por relevante, no exame da questão ora em julgamento, é o fato de que **direitos e garantias individuais** *são oponíveis* ao Estado, **pois**, além de exprimirem *poderes jurídicos* reconhecidos às pessoas (e, *também*, aos cidadãos), **representam** limitações significativas à *potestade pública*.

Isso significa, *considerado o princípio da anterioridade* **inscrito** no art. 16 da Constituição, que essa cláusula constitucional **encerra**, em favor *de qualquer* cidadão, **o direito de ver observada**, *pelas instituições do Estado*, **a garantia** do *devido processo eleitoral*, **pois**, *nesse domínio*, há de prevalecer, *quer* **em face** *da normalidade* dos pleitos eleitorais, *quer* **em razão** *da legitimidade* dos resultados deles advindos, **a exigência** *de estabilidade normativa* decorrente **do respeito estatal** ao *postulado da não surpresa*.

O sr. ministro Ayres Britto: É o eleitor.

O sr. ministro Celso de Mello: **Esta** Suprema Corte, senhor presidente, **deve** repudiar **qualquer** *ensaio hermenêutico* que, *não obstante* o justo propósito de quem o empreende, **culmine** por traduzir, em sua **concreta** expressão, *desapreço manifesto* ao postulado fundamental *do devido processo eleitoral*, **tal como** este Supremo Tribunal já o proclamou (**ADI** 3.685/DF).

Por isso, senhor presidente, **reafirmo** o voto que anteriormente proferi **e**, acompanhando *o magnífico voto* do eminente ministro GILMAR MENDES, **peço vênia** para conhecer **e** dar provimento ao presente recurso extraordinário, **assegurando**, *desse modo*, ao candidato ora recorrente, **o direito** ao registro de sua candidatura.

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Transcrevo o voto que proferi na sessão plenária de 23-9-2010, no julgamento do **RE 630.147**, rel. min. **Ayres Britto**:

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Eu vou pedir escusa a Vossas Excelências e a todos aqueles que estão ainda atentos à decisão da Corte, mas, dada a relevância do caso, eu não posso, a despeito do adiantado da hora, deixar de fazer algumas considerações que considero pertinentes, muitas das quais já foram objeto de lúcidas manifestações.

Mas eu gostaria, a despeito de, de certo modo, ser desnecessário reafirmar que nenhum dos ministros desta Corte, e tenho impressão que falo por todos e, por conseguinte, também por esta Corte, não está, no caso, a julgar pessoas – até porque me parece que não é esta a função do Judiciário, a de julgar pessoas; o Judiciário

julga atos; julga atos, não julga pessoas – e, portanto, não está lançando nenhum juízo ético ou moral sobre o passado de candidatos, que são coisas não relevantes no caso, e, muito menos, está ou estamos a negar os bons e altos propósitos que ditaram a proposta legislativa que redundou na edição da LC 135. Somos todos favoráveis – e a vida de cada ministro aqui o demonstra – à moralização dos costumes políticos, do respeito aos valores éticos nas disputas eleitorais; somos todos favoráveis às pretensões legítimas de aprimoramento do processo político eleitoral. Enfim, com tudo aquilo que concorra para solidificação do processo democrático, pois a democracia é também processo e é por isso aprendizado permanente, com tudo aquilo que concorra para o refinamento do espírito humano na sua objetivação histórica, estamos todos de acordo.

O que a mim me parece particularmente, e isto digo apenas em relação à minha própria consciência, é que não me comovem pressões provindas da opinião pública, ou de opinião publicada, ou de segmentos do povo, ou de instituições, por mais respeitáveis que sejam. Eu digo que, nesse ponto, a função de uma corte constitucional, como a função de qualquer magistrado, não é atender às vontades contingenciais e conjunturais de segmentos do povo, mas é atender àquilo que o povo, na sua vontade permanente de identidade histórica, positivou na sua Constituição.

Noutras palavras, a mim me parece, com o devido respeito, e, mais uma vez, isso digo em relação a mim mesmo, que um tribunal que atenda a pretensões consideráveis da população ou de segmentos da população, segmento do povo, mas ao arrepio da Constituição, é tribunal no qual nem o povo pode confiar!

Em segundo lugar, tampouco me parece seja função do Poder Judiciário usurpar ao povo o que é dever elementar do mesmo povo: escolher os seus governantes. Não se pode transferir essa tarefa ao Poder Judiciário! É o povo que deve avaliar a idoneidade dos candidatos, independentemente das condições de elegibilidade.

E, por isso, recordo que estamos apenas, no caso, examinando uma questão jurídica à luz da Constituição. E, que, a despeito de não pretender ressuscitar nenhum debate, estou a expor, mais uma vez, e claramente, a minha motivação, a minha convicção a respeito da inconstitucionalidade formal, em cujo tema fico vencido, mas, mais do que nunca, não convencido.

A mim me parece, com o devido respeito, que o Tribunal tem, sim – como aliás já o demonstrei em vários precedentes –, não apenas o poder, mas o dever de examinar a causa, ainda que em processo de caráter subjetivo, como é o recurso extraordinário, perante a totalidade da Constituição, da qual esse Tribunal é guardião. Por quê? Porque qualquer juiz de primeiro grau, qualquer magistrado de primeiro grau tem por dever primário, depois de apurados os fatos da causa, examinar se a norma que se aplicaria ao caso é, antes de tudo, conforme com a Constituição. Isso é dever básico do magistrado. Nenhum magistrado pode furtar-se ao dever de, depois de apurados os fatos, verificar primeiramente se a norma está de acordo com a Constituição. E, para isso, não depende, nem precisa da provocação de ninguém, porque é tarefa inerente ao seu dever jurisdicional. Não posso conceber que algum juiz, muito menos posso conceber que uma corte constitucional abdique o dever jurídico de examinar, primariamente, se a norma que deva aplicar ao caso, ou que esteja revendo quando aplicada ao caso, se está ou não conforme à Constituição.

O eminente senador Demóstenes Torres, que é modelo de cortesia e de elegância, manifestou certa preocupação sobre minha referência, ontem, a título de metáfora objetiva, porque não me referia a nenhuma pessoa, e muito menos ao Senado, e, muitíssimo menos, às pessoas dos nobres senadores, a nenhum deles me

referi, era metáfora realmente objetiva, quando disse que uma lei, que não completa o seu ciclo constitucional de produção, não chega a ser, a meu ver, uma lei, mas é simples arremedo de lei! Quero tranquilizar Sua Excelência, esse nobilíssimo senador, que aliás pertence também ao Ministério Público e honra o Ministério Público, como honra a política, de que não foi minha intenção manifestar ofensa de caráter pessoal, até porque, em todas as minhas decisões de mais de quarenta anos de magistratura, em nenhuma delas ninguém encontrará jamais referência depreciativa a nenhuma pessoa. Eu me limito a julgar atos e fatos.

Mas não posso deixar de insistir em que a mudança de redação mostrava, já por si, a necessidade de retornar à Câmara. Por quê? Porque se invocou, agora, o disposto no art. 11, I, da LC 95, sob pretexto de que se trataria de emenda meramente redacional, que atenderia ao disposto no inciso I, na letra *d*. O que esse inciso I reza?

Reza o seguinte:

> Art. 11. (...)
>
> I – para a obtenção de clareza:

A pergunta é: o texto que veio da Câmara era, de algum modo, obscuro? Não. Ele dizia, clara e textualmente, que, nas hipóteses dos tipos, "aqueles que tenham sido condenados", "aqueles que tenham sido demitidos", etc. Isso era obscuro? Isso necessitava de alguma nova redação que o tornasse mais claro? Não. Era já claríssimo. O art. 11 diz: "para obtenção de clareza." E não era o caso de clareza usar uniformidade do tempo verbal, dando preferência a tempo presente ou ao futuro simples do presente.

Evidentemente, não havia nada para ser esclarecido, nem havia necessidade alguma de alterar a redação, se a emenda em si já não trouxesse, independentemente do propósito do seu autor e do propósito dos senadores que o aprovaram, uma questão grave. Qual era essa questão grave? Era aquela que aponta para o termo de incidência da lei, voltada sempre para o futuro, na sua natural prospectividade. A lei governa o futuro. Portanto, quando se alterou a redação dos incisos, e foram de apenas alguns incisos, isso significava que havia necessidade de reexaminar se tal modificação não tornava clara a questão da irretroatividade da lei. Tratava-se, pois, de alguma coisa que, a meu juízo, devia ser submetida novamente à Câmara, até para deixar incontroversa e indiscutível a questão da irretroatividade.

Vejam Vossas Excelências como a explicação dada se enche de contradição, porque, alegando tender à uniformidade exigida pela Lei 95, ao alterar os tempos verbais de vários incisos, a emenda deixou de alterar o segundo deles, mantendo a redação originária, que dizia:

> (...) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente.

Por que não se pôs "os que tiverem"?

Eu me pergunto se certas lições – desculpem, mas a esta altura precisamos distrair-nos um pouco para não dormir –, se certas interpretações valem para os que "já tenham sido" ministros do Supremo, para os que "são" ministros do Supremo, ou para os que "forem" ministros do Supremo! Noutras palavras, a mim me parece, com o devido respeito, que o texto tinha de retornar à Câmara, e, por isso, não tendo retornado, não obstante vencido e respeitando o ponto de vista contrário, permaneço convicto de que, no caso, houve violação ao art. 65, parágrafo único, da Constituição da República.

Em segundo lugar, gostaria também de ressalvar que não examino a constitucionalidade das outras alíneas do art. 1º, I, da Lei 94, com a redação da LC 95,

daí por que não vou sequer descer à questão da sua compatibilidade, ou não, com o art. 5º, LVII, da Constituição, que diz respeito ao princípio chamado de presunção da inocência, que a mim me parece não incidente no caso.

Tampouco vejo qualquer inconstitucionalidade no art. 5º da Lei, que não faz senão repetir o que diz o art. 16 da Constituição: que a lei entra em vigor na data da sua publicação. É isso que diz o art. 5º. Não há inconstitucionalidade nenhuma no art. 5º. Uma coisa – como já demonstrou, e não vou insistir nisso, o ministro Celso de Mello – é a vigência da lei, outra é a sua eficácia.

Daí por que o art. 16 da Constituição, a meu ver – e isso também já foi acentuado –, limita o alcance do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve que a lei terá efeito imediato e geral. Na verdade, estabelece que a lei que altere o processo eleitoral tem seus efeitos e, portanto, a sua aplicabilidade e a sua eficácia diferidos para um ano depois, em caso de eleição. Isso aponta, a meu ver, para duas situações importantes: primeiro, essa norma traz, em si, um maior grau de prospectividade imanente a toda norma jurídica *stricto sensu*. E qual é a razão? A primeira delas é de dar estabilidade ao processo eleitoral; e, o segundo, é de garantir que a lei, em certas normas, não retroaja para não atingir situações consolidadas no passado e não ferir, por isso mesmo, o princípio da segurança jurídica, até porque nenhuma lei se presume retroativa, a despeito de o sistema admitir, em certos limites, retroatividade de lei. E, no caso, a nova redação dos incisos só confirma a presunção de que nem sequer a lei complementar poderia retroagir sem dizê-lo expressamente.

O art. 16 remete-nos a uma questão básica, que é a de saber o que significa "processo eleitoral" no corpo dessa norma.

Quando se fala em processo, a primeira ideia é que talvez a lei quisesse referir-se ao processo jurisdicional. Nós sabemos hoje – e Carnelutti, de certo modo, já o tinha visto – que o processo jurisdicional é chamado apenas processo pela sua relevância. Carnelutti dizia que o processo jurisdicional, nesse sentido, é apenas o processo por antonomásia. O que é, por obra sobretudo de administrativistas, não de processualistas, perante a teoria geral do direito, o processo como categoria geral?

O processo é palavra que, em várias línguas, sobretudo nas línguas neolatinas, mas também na língua anglo-saxã que herdou palavras do vocabulário romano, se usa com o mesmo sentido no direito e fora do direito. O que é um processo? O que é um processo eleitoral?

Na **ADI 3.685**, fiz essas considerações que vou repetir, porque me parecem importantes para justificar a interpretação do art. 16. Eu dizia que:

> A racionalidade desse artigo, entendida como correspondência a exigências historicamente condicionadas, é intuitiva: resguardar, contra alterações casuísticas ditadas por interesses de grupos políticos, segundo conveniências de momento, às vésperas de eleições, a justa expectativa de candidatos, dirigentes partidários, eleitores e demais atores do sistema político, enfim, preservar as condições de competitividade e representatividade, sem surpresas, etc.

E, na **ADI 4.307**, na sua liminar, repeti as mesmas noções e, por isso, concluí:

> O processo eleitoral é aquele que se inicia na convenção, com a escolha dos candidatos, e termina com a posse dos eleitos. Tudo isso compõe o processo eleitoral.

A partir do conceito que já havia antecipado, exatamente, na **ADI 3.605**, que a palavra processo, na teoria geral do direito, significa o conjunto dos atos necessários para a produção de efeito ou de conjunto de efeitos jurídicos que não podem ser obtidos por um ato único ou por um ato instantâneo. Assim, em exemplo escolar, como a movimentação ou ativação de um interruptor produz o efeito da iluminação, nós dizemos que isso não é um processo, porque o efeito aparece a partir da prática de um único ato.

Quando o produto a que se visa não pode ser obtido com a prática de um único ato, mas exige um conjunto de atos coordenados em sequência, segundo uma lei lógica, dizemos, dentro do direito e fora do direito, que isso é um processo. Assim se fala em processo de produção de automóveis, em processo de produção de qualquer bem material, etc., como se fala nos processos de produção de sentença, de produção de leis e de produção de outros efeitos jurídicos.

Quando, portanto, a Constituição se refere a processo eleitoral, evidentemente, a meu ver, com o devido respeito, não se está referindo a processo jurisdicional em sentido estrito, porque, se o tivesse, não teria nenhum significado. Primeiro, porque, segundo a sua própria natureza, toda modificação legislativa processual *stricto sensu* tem por pressuposto sua incidência imediata. Não precisaria invocar, como se fez aqui, *Frederico Marques* para dizer que as leis do processo se aplicam imediatamente.

A segunda pergunta é: por que a Constituição se preocuparia em dar tratamento especial a uma lei que modificasse o processo jurisdicional eleitoral? Para proteger o quê? Qual seria a objetividade jurídica dessa suposta norma? Não teria nenhum significado.

O que o art. 16 quer proteger – e isso não sou eu que digo, dizem-no todos os ministros, o Tribunal Superior Eleitoral e a própria jurisprudência histórica desta Corte – é o equilíbrio da competitividade, a estabilidade do processo, a previsibilidade do processo eleitoral no seu conjunto. E a que tende esse conjunto? É à produção dos efeitos jurídicos de eleger os mandatários do povo, diplomá-los e dar-lhes posse. Como isso não pode ser obtido mediante um único ato, como se fosse mágica, isso só se obtém mediante um processo. Que processo? O processo eleitoral. Daí por que fiz pequena observação, *a latere*, de que, diante do disposto no art. 16 da Constituição Federal, a data em que se inicia o processo eleitoral, concebido e entendido nesses termos, é absolutamente irrelevante, pois basta que a lei interfira em qualquer fase do processo, antes ou depois do início de vigência da lei, para estar proibida pela Constituição. O art. 16 não permite que, no ano em que haja eleição, no ano da lei, nenhuma das fases do processo eleitoral, compreendido no seu exato sentido, possa ser alterada para não quebrar a segurança jurídica, a estabilidade, a previsibilidade, enfim, para evitar o dirigismo, o casuísmo, a que todos se referem como fatos contrários à boa ordem dos trabalhos eleitorais.

Ora, se todos estamos de acordo em que o art. 16 visa a manter a estabilidade do processo, a norma que altere as condições da elegibilidade é aquela, com já se acentuou no **RE 120.392**, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, que tem a maior capacidade de atingir a correlação de forças político-eleitorais. Por quê? Porque atinge o elemento mais peculiar, mais sensível, mais delicado do processo eleitoral, que é o quadro subjetivo dos competidores, que é o quadro da competição, em torno do qual todos os demais elementos, todas as demais fases do processo giram como pressupostos absolutamente necessários. Na verdade, o quadro das

elegibilidades concerne ao campo específico dos abusos casuísticos que o art. 16 da Constituição buscou erradicar, coisa sobre a qual ninguém tem dúvida.

Diz-se – não sem razão, reconheço – que a inelegibilidade não é pena. Realmente a palavra inelegibilidade, no caso, poderia não ser entendida como pena. Mas, como já relembrou o ministro Celso de Mello, é preciso que se recoloque a discussão do significado de certas causas de inelegibilidade no quadro da teoria geral do direito, onde a palavra "sanção" é polissêmica, plurissignificativa, não é equívoca, pois tem vários significados. Mas aqueles que nos interessam aqui dizem respeito a consequências normativas do cumprimento ou do descumprimento de norma. Nesse sentido se fala, a meu ver, com certa impropriedade, mas se fala em "sanção de ordem premial" como sanção positiva e "sanções propriamente ditas", de caráter negativo.

Com o sentido negativo, sanção implica sempre a ideia de dano, de gravame. Tem sempre, portanto, caráter gravoso. Não existe, nesse sentido negativo, sanção que signifique recompensa. E, nesse sentido, é também classe ou um gênero, do qual a pena e a sanção em sentido estrito são espécies. A pena é simplesmente sanção que tem natureza aflitiva. E as outras sanções *stricto sensu* são sanções que têm natureza danosa ou gravosa, mas não aflitiva. Todas têm, portanto, em comum o fato de serem consequências de um ato ilícito ou de um ato que, embora lícito, seja objeto de juízo de reprovabilidade jurídica.

A pergunta aqui, portanto, está em saber se a causa prevista no inciso I, letra *k*, como outras, é, ou não, sanção em sentido estrito. A mim, parece-me que o é, porque subtrai um direito cívico como consequência de ato que pode não ser ilícito, mas que é sempre ato juridicamente censurável ou juridicamente reprovável. Ela é adotada para reprimir ato que evitou uma punição, ou seja, o uso da renúncia como ato ilícito para obter resultado prático censurável ou reprovável pela ordem jurídica, e que consiste em evitar a sanção correspondente ao termo de um processo de cassação, ou de coisa semelhante no âmbito legislativo.

É evidente que paira sobre a palavra "renúncia" juízo de reprovabilidade jurídica e, por isso, sua prática implica a consequência gravosa da inelegibilidade, que só pode corresponder ao conceito de sanção *stricto sensu*. Daí a doutrina, como também já foi relembrado aqui várias vezes, distinguir entre as chamadas "causas de inelegibilidades inatas", que não são consequências de nenhum ato ilícito – por exemplo, as relações de parentesco etc. – e que eu chamaria de "causas puramente condicionais ou condicionantes", cuja previsão está ligada à ideia de equilíbrio na disputa etc., sem nenhuma conotação de reprovabilidade ética ou jurídica, porque o fato de ser parente, por exemplo, não implica nenhuma reprovabilidade. E, do outro lado, as chamadas "inelegibilidades" ou "causas de inelegibilidades cominadas", estas, sim, são consequências de ato ilícito ou de atos que, embora lícitos, são, no ordenamento, objeto de juízo de reprovabilidade. E digo que estas causas de inelegibilidade são causas sancionadoras, pois correspondem a sanções estritas, e, aliás, é isto o que diz claramente a lei no art. 22, XIV, com a redação dada pela LC 135, ao preceituar que o Tribunal comina a "sanção de inelegibilidade". É a lei que o diz, e o diz, textual e rigorosamente, que é sanção, sanção de inelegibilidade!

Ora, como sanção de inelegibilidade, a causa evidentemente não pode retroagir, por várias razões. Mas também me parece – para além daquelas razões que já foram antecipadas –, por aplicação analógica do disposto no art. 5º, XL, da Constituição, que alude a norma de caráter penal, que só pode retroagir para beneficiar o réu. Suas razões jurídicas são aproveitáveis àquelas sanções que guardem

conteúdo analógico ao de uma verdadeira pena. Elas provêm de normas de caráter penal por analogia, e, na sua interpretação, devem intervir os mesmos critérios que ditaram a edição da específica garantia constitucional da não retroatividade das normas de caráter penal.

E entro aqui em dois aspectos que me parecem fundamentais para este caso.

Em primeiro lugar, é preciso, nessa correspondência, distinguir as condições pessoais que não dependem de ato de vontade. Nós sabemos, na teoria geral do direito, que a classe dos chamados direitos absolutos compreendem direitos que nascem independentemente da vontade do sujeito, como, por exemplo, o poder parental. A pessoa pode pretender, por mero ato de vontade, adquirir esse direito, mas a lei não lhe permite, a não ser que ele se insira numa situação familiar da qual surgirá automaticamente o poder parental.

Em correspondência, temos condições pessoais cujo aparecimento independe da prática de ato de vontade. Elas aparecem pela força solitária, pela só força da lei. E neste caso estão não só as relações de parentesco, mas também outros efeitos jurídicos.

Por outro lado, conforme o ministro Marco Aurélio relembrou, embora falando rapidamente, temos os chamados "fatos-atos" cujas consequências jurídicas levam em conta, e não podem deixar de levar em conta, a vontade do agente, como sucede, por exemplo, na noção de crime e de outros atos tidos como reprováveis pela ordem jurídica. Entra aqui o ato de renúncia tal como prevista como causa de inelegibilidade.

Quando a Constituição – isto me parece fundamental – alude à probidade e à moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, como diz o art. 14, § 9º, deixa evidentíssimo que supõe, de modo inequívoco, juízo de reprovabilidade jurídica, que está ligado à ideia de culpabilidade. Mas como imputar-se um ato tido por imoral a quem já não pode evitá-lo? Como pensar-se, como conceber-se que a ordem jurídica se refira a ato de improbidade administrativa sem remeter-se a um juízo de reprovabilidade que suponha capacidade de evitar o ato tido como de improbidade?

É, portanto, indispensável, na interpretação da Constituição, distinguir entre causas de inelegibilidade, que independem da vontade do agente, e causas de inelegibilidade que dependem de vontade do agente e que, portanto, ele possa evitar para não incidir na restrição.

Nesse sentido, recorro à ideia que antecipei. O que é lei em sentido estrito? É norma que, escolarmente, se diz que é de caráter geral, abstrato, que aponta para o futuro. É geral, porque apanha qualquer situação que corresponda à *fattispecie*, e abstrata, porque abstrai pessoas, bastando que qualquer pessoa entre na situação que prevê. Portanto, aponta sempre para o futuro. Daí não se compatibilizar com a ideia de norma que vá apanhar, no passado, algum fato para qualificá-lo de modo negativo.

O que temos neste caso, segundo a interpretação que, com o devido respeito, foi dada no acórdão recorrido?

Tenho, para mim, como um dos casos mais manifestos de casuísmo, que nega à lei a própria qualidade de norma jurídica, pois visaria a produzir, e me valho, aqui, da palavra da própria expressão usada pelo ministro Ricardo Lewandowski, quando disse hoje que o art. 16 o quer evitar, "propósito casuístico". A interpretação dada alcança uma classe reduzida e fechada de pessoas determinadas e identificadas, que renunciaram a mandato desde o oferecimento de representação ou petição capaz de

autorizar-lhes abertura de um processo, coisa que é exatamente a hipótese da letra *k*. Por quê? Porque apanha no passado atos que já não podem ser evitados, mas que são agora imputáveis a pessoas determinadas. Apresenta, pois, sentido de "lei" personalizada, destinada a atingir pessoas determinadas, pessoas certas. É mais do que casuísmo!

O que me ocorre para deixar essa ideia clara é suscitar uma hipótese: suponhamos tivéssemos como causa de inelegibilidade, ao lado da renúncia, por exemplo, o fato de mandatário ter violado o sistema de votação do Senado. Isto atingiria a quem? Diante de fato notoriamente conhecido, a pessoas determinadas, uma das quais, aliás, já falecida!

O que se pode dizer de uma lei destinada a apanhar pessoas determinadas? Significa deixá-las sem alternativa para escapar da sanção, diversamente das hipóteses de parentesco, em que não há restrição ligada a nenhum juízo de culpabilidade, de reprovabilidade. Quando se alude a fato que é tomado poro censurável, o mínimo que o sistema jurídico civilizado tem de assegurar é que a pessoa que eventualmente possa cair sob o alcance do tipo legal, possa evitar o ato previsto. A pergunta é: uma renúncia operada no passado, à qual não correspondia, então, nenhum efeito jurídico prejudicial no sentido de lhe causar a inelegibilidade, deixa o renunciante em que situação? Digo que o deixa em situação de menor dignidade. E nisso ofende a dignidade humana como substrato da Constituição, porque lhe retira toda possibilidade de evitar a sanção, e com isso a pessoa se torna um objeto para a ordem jurídica, porque não lhe é dada a oportunidade de escapar à sanção! Isso só pode afastado, se a lei, como deve ser, incidir apenas sobre fatos posteriores a seu início de eficácia. Quando, tendo caráter sancionatório, retroverte para alcançar o passado, a lei ganha manifesto caráter de personalização que torna a pessoa menos digna e, por isso, a faz menos pessoa, porque lhe retira, exatamente, a possibilidade de exercitar o livre arbítrio!

Por todas essas razões, vou pedir a máxima vênia a todos os votos em sentido contrário, a partir do brilhantíssimo voto do eminente relator, para acompanhar a dissidência e estabelecer que, a despeito de esse inciso como tal não violar nenhuma norma constitucional, só pode tolerar interpretação de que alcança fatos que venham a suceder depois de um ano de entrada em vigor da lei, e, ainda assim, fatos praticados depois do seu início de vigência.

A meu ver, não pode, de forma alguma, retroagir, porque, retroagindo, viola vários direitos de ordem constitucionais, os quais podiam ser resumidos, do meu ponto de vista, na proteção da dignidade da pessoa humana e nos seus consectários, como a irretroatividade normativa em certas situações, a irretroatividade de sanção penal, etc.

Essas as razões pelas quais eu peço vênia a todos os votos dissidentes e também dou provimento ao recurso.

VOTO
(Aditamento)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A minha posição é bastante conhecida.

Vou pedir vênia aos votos dissidentes, para acompanhar inteiramente o voto do eminente relator, insistindo nesta vênia aos brilhantes votos dissidentes.

Em primeiro lugar, suponho que falo em nome de todo o Tribunal, estamos todos concordes com as apreciações que Vossa Excelência fez sobre o anseio comum, do qual o Supremo Tribunal Federal e todos os ministros não podem deixar de participar, de progresso, de moralização, de probidade e de ética na vida política. Estamos todos de acordo a respeito. Somente má-fé ou propósitos menos nobres podem imputar aos ministros do Supremo ou à decisão do Supremo Tribunal Federal que não estejamos todos a favor da moralização dos costumes políticos.

Mas a observação, e aqui peço vênia aos eminentes votos dissidentes, é que, como já afirmei certa feita, também esse progresso ético e moral da vida pública tem, no Estado Democrático de Direito, de fazer-se com observância estrita da Constituição. Já o afirmei, e torno a afirmar: um tribunal constitucional que, para atender a anseios legítimos do povo, decida ao arrepio da Constituição, é tribunal em que o próprio povo não pode confiar.

Neste caso, estou aplicando o art. 16, cuja fundamentação já foi exaustivamente tratada por todos os votos convergentes com o do ministro relator, e, também, considero a irretroatividade de norma que, na verdade, implica sanção grave, a exclusão da vida pública. E aqui cito apenas dois fatos para mostrar, com o devido respeito, como a interpretação pode levar a excessos: eu estava pensando no caso do senador Antônio Carlos Magalhães. Se ele fosse vivo ainda, e tendo praticado ato intitulado de renúncia – que hoje seria, à luz da lei, causa de inelegibilidade –, nós teríamos o seguinte absurdo: após a prática do fato, ele era elegível, foi eleito e cumpriu o mandato de oito anos; se estivesse vivo e tentasse agora concorrer, a interpretação contrária o impediria mediante o mecanismo de reviver o fato passado, para impedi-lo de lograr o mandato posterior. O segundo fato: quando se aplica lei que tem tipicamente caráter penal, para aplicar uma sanção grave como esta – a exclusão da vida pública – a fatos já acontecidos antes do início de sua vigência, isto, a rigor, não pode ser considerado lei.

O sr. ministro Ayres Britto: Se Vossa Excelência me permite, esses outros aspectos não constaram do voto do eminente relator que se contentou com o fundamento da inaplicabilidade da lei para as eleições de 2010, com base no art. 16. Por isso que, no meu voto, eu deixei de considerar, por exemplo, o caráter de não pena, de não penalidade, de não reprimenda da inelegibilidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Nosso ponto de vista é absolutamente divergente. Nós ambos, nos julgamentos anteriores, já manifestamos pontos de vista opostos. Eu estou defendendo minha posição, meu ponto de vista. A mim me parece que essa exclusão da vida pública, com base em fatos acontecidos antes do início de vigência da lei, é uma circunstância histórica que nem as ditaduras ousaram promover. Porque as ditaduras, quando, a título de resguardo da probidade, da moralidade e da ética na vida pública, queriam excluir algum cidadão ou algum político, não deixavam dúvida, cassavam-no. Nunca foi, durante a ditadura, editada lei que, a pretexto de fatos praticados, cometidos antes do início de sua vigência, excluísse algum cidadão da vida pública.

O sr. ministro Ayres Britto: Na ditadura não havia lições de moral para dar a ninguém.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isto, com o devido respeito, a mim me parece, não poderá ser considerado lei, se for interpretada nesse sentido.

O sr. ministro Ayres Britto: Eu não falo nem da brasileira, eu falo de toda ditadura. Não tem como dar lições de moral.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Isto é, lei destinada a alcançar pessoas certas, com base em fatos certos, acontecidos antes do início de sua vigência, não é lei a rigor.

Farei juntar cópia do voto proferido no **RE 630.147**.

Estas são as razões pelas quais, com o devido respeito e com todas as vênias devidas, não posso acompanhar a dissidência, razão pela qual eu vou, mais uma vez pedindo escusas aos votos divergentes, acompanhar o eminente relator e proclamar o resultado.

VOTO[49]

O sr. ministro Ayres Britto (relator): Conforme visto, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, em julgamento plenário, deram pela constitucionalidade da alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, inclusive quanto à imediata aplicabilidade de tal dispositivo à particularizada situação do primeiro recorrente, Joaquim Domingos Roriz. Logo, somente a declaração incidental de inconstitucionalidade desse preceito legal-complementar é que se põe como **a causa de pedir** dos recursos extraordinários sob exame. Já o pedido, propriamente, consiste ele no deferimento do registro da candidatura de Joaquim Domingos Roriz ao cargo de governador do Distrito Federal. Pelo que, atento aos limites materiais do apelo extremo, as demais causas de inelegibilidade, veiculadas pela versão atualizada da LC 64/1990, não serão examinadas nesta oportunidade.

9. Muito bem. Se a causa de pedir dos presentes recursos extraordinários é a declaração incidental de inconstitucionalidade da alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, importa de logo observar que tal alínea faz parte de um conjunto de regras explicitamente comprometidas com a concretização de um determinado comando constitucional: o dispositivo que se lê no § 9º do art. 14 da nossa Magna Carta Federal. Dispositivo assim vernacularmente posto:

> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

---

[49] Voto prolatado no julgamento do RE 630.147/DF (rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio), mandado juntar por Sua Excelência o ministro Ayres Britto. (NE)

10. Esta a razão pela qual a ementa da originária LC 64/1990, de par com a própria ementa e mais o art. 1º da LC 135/2010, falam que a sua edição não teve outra finalidade que não a de atender àquela convocação constitucional que se fez pelo § 9º do art. 14, há pouco transcrito. Pelo que se trata de lei previamente requestada para dispor sobre o instituto da inelegibilidade. Mas a inelegibilidade enquanto mecanismo de proteção (o verbo "proteger" consta da redação constitucional) de excelsos valores que a própria Constituição verbalizou: "a probidade administrativa", "a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato", "e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

11. Ora, se é assim, vale dizer, cuidando-se de alínea figurante de uma lei complementar expressamente requisitada pela Constituição para ampliar o rol das inelegibilidades já impostas no próprio Texto Magno, o que nos cabe fazer como intérpretes da Magna Carta? Ver até que ponto a alínea em foco se manteve fiel aos propósitos convocatórios da Constituição mesma.

12. É como perguntar: a LC 135, pela nova alínea que fez embutir no corpo normativo da LC 64, podia considerar como causa de inelegibilidade, para os fins que erigiu, a renúncia que tem por único objetivo impedir a abertura de processo político-administrativo por falta de decoro parlamentar? A resposta é afirmativa. Primeiramente, porque a falta de decoro parlamentar se manifesta mais gravemente pelo "abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional", ou pela "percepção de vantagens indevidas" (atos de corrupção, entenda-se), nos precisos termos do § 1º do art. 55 da CF. Depois, porque, para o representado abrir mão do contraditório e da ampla defesa – que foi o caso do primeiro recorrente –, é preciso que o renunciante esteja convicto de que nem assim debaixo dessas duas altaneiras garantias constitucionais conseguirá convencer terceiros de que não incorreu em quebra de decoro. Operando ela mesma, canhestra renúncia para o fim de bloqueio processual, como atípica modalidade de confissão. Um claro ou inescondível atestado de que o parlamentar sob tal acusação não tem como dela se safar, e por isso é que faz uso de uma renúncia que tecnicamente se traduz numa prerrogativa, é certo, mas limitada à tecnicalidade mesma do aborto de um processo *interna corporis*. Não como expressão de *blindagem* contra sua eventual qualificação, por lei, enquanto fato gerador de inelegibilidade, sobretudo porque:

I – quando da renúncia do primeiro recorrente – fato que se deu nos primeiros sete meses do seu mandato –, a atual redação do § 9º do art. 14 da Constituição já existia. Logo, o risco de o renunciante ter a sua renúncia qualificada como causa de inelegibilidade era factível;

II – as imputações de quebra de decoro parlamentar por parte do primeiro recorrente se apresentavam com as vestes da gravidade superlativa. Confira-se o seguinte trecho da representação que o mesmo PSOL fez chegar ao presidente do Senado Federal:

No dia 14 de junho do corrente ano foi executada a denominada Operação Aquarela. Foi uma operação conjunta da Polícia Civil, da Receita Federal e do Ministério Público Federal do Distrito Federal e Territórios e resultou na prisão de 19 pessoas em São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Paraná suspeitas de participarem de uma suposta quadrilha que desviava verbas públicas. Entre os presos estava Tarcísio Franklin de Moura, ex-presidente do BRB (Banco de Brasília).

Além das prisões, a polícia apreendeu 130 computadores, 95 relógios avaliados em cerca de R$ 1 milhão, US$ 200 mil em espécie, além de pedras preciosas e centenas de documentos. Duas das prisões foram em flagrante, por porte ilegal de armas.

Os suspeitos estavam sendo investigados há vários meses por crime contra a administração pública, fraude em licitação, peculato, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.

O esquema revelado na Operação Aquarela tinha a participação de instituições financeiras, empresas e organizações não governamentais, que, segundo a investigação, eram especializadas em lavagem de dinheiro.

No dia 24 de junho a Revista *Veja* publicou a transcrição de escutas telefônicas feitas pela Polícia Civil do Distrito Federal, todas com autorização judicial, que registraram conversa do senador Joaquim Roriz com o senhor Tarcísio Franklin de Moura. Abaixo transcrevemos parte da referida reportagem:

> Ele foi fisgado numa operação da policial civil de Brasília que prendeu uma quadrilha que desviava recursos do BRB, o banco estatal do Distrito Federal. Na semana passada, *Veja* teve acesso à gravação de diálogos, em que um dos presos na operação, Tarcísio Franklin de Moura, ex-presidente do banco e amigo do senador, aparece combinando com Roriz a entrega de 2,2 milhões de reais em dinheiro vivo ao senador. Os diálogos sugerem que o dinheiro, supostamente sacado da conta do empresário Nenê Constantino, dono da Gol Linhas Aéreas, seria entregue em casa ao senado em um carro-forte. Antes disso, o senador Roriz, o preso Tarcísio e pessoas ainda não identificadas negociaram sobre a melhor forma de receber o butim e reparti-lo.

A referida revista transcreve parte dos diálogos captados pelas escutas telefônicas:

> Roriz: Alô.
>
> Tarcísio: Oi, Chefe.
>
> Roriz: Recebeu aí?
>
> Tarcísio: Recebi e já estou resolvendo. Lá pelas 4 horas vai ser entregue para o Major o valor total.
>
> Roriz: Sei, sei.
>
> Tarcísio: *Lá na MSPQ* (refere-se à sigla SMPW, que designa a região da residência de Roriz em Brasília).
>
> Roriz: Não, mas o, o... Mas pode ser separado.
>
> Tarcísio: Não, mas o melhor era tirar de uma vez só, porque não tem jeito de o cheque ficar no caixa.
>
> Roriz: Ah, sei. Não tem, não?
>
> Tarcísio: Não. Não tem como tirar o dinheiro e pôr o cheque na compensação, e pronto.
>
> Roriz: Não pode tirar? Tiraram tudo?
>
> Tarcísio: Tudo. (...)

Roriz: Então tá... Mas aí não dá pra entregar assim porque... Mas... Se você... Na hora que tiver com você, você avisa pra mim.

Tarcísio: Não, não vai estar na minha mão, não. O dinheiro vai da tesouraria, vai direto. Vai num carro.

Roriz: *Ah, não. Aí não quero, não.*

Tarcísio: Não?

Roriz: Não.

Tarcísio: Uai, então...

Roriz: *Desse jeito, não.*

Tarcísio: *E como eu vou transportar esse dinheirão todo?*

Roriz: O que que eu faço?

Tarcísio: (Pigarreia)

Roriz: Mas não quero, não.

Tarcísio: Não? Então eu vou voltar lá.

Roriz: Hein?

Tarcísio: Então eu vou ter que... Porque não tem jeito, não tem como... Onde é que vai pôr esse dinheiro?

Roriz: Não tem cofre, tesouraria?

Tarcísio: Saiu da tesouraria tem que entregar para alguém.

Roriz: Não tem um cofre, não?

Tarcísio: Mas para isso tudo não tem, não. (Risos)

Roriz: Então vamos esperar, ver o que faz.

Tarcísio: Tá.

Roriz: *Eu não sei, eu não sei como é que faz... Assim eu não gostaria, não.*

Tarcísio: Não?

Roriz: *O dinheiro é de muita gente.*

Tarcísio: Ahã. Pois é. O problema é que tinha que centralizar num lugar e fazer (refere-se à planilha). Porque depósito mesmo é só um, de 200 e poucos mil (refere-se ao fato de que apenas uma pessoa receberia o dinheiro na forma de depósito). E como é que entrega os outros? Não tem jeito. Tinha que entregar num lugar, pra naquele lugar dividir. Eu imaginei que podia levar lá.

Roriz: Não, não convém, não.

Tarcísio: Então vamos ver outro lugar.

Roriz: Vou pensar e te falo daqui a pouco.

E transcreve ainda mais uma parte do diálogo entre o senador e o ex-presidente do BRB:

Tarcísio: Oi, senador.

Roriz: Oi.

Tarcísio: Posso sugerir um negócio?

Roriz: Pode.

Tarcísio: Por que a gente não leva lá para o escritório no Nenê (refere-se a Nenê Constantino, dono da Gol)?

Roriz: Era pra isso mesmo.

Tarcísio: E de lá sai cada um com o seu.

Roriz: Era para ser isso mesmo, mesmo porque lá não tem dúvida nenhuma. É pra isso mesmo.

Tarcísio: Exatamente.

Roriz: Eu já tô pegando o endereço dele já.

Tarcísio: Então tá ótimo. Nós pensamos a mesma coisa.
Roriz: (Risos).
Tarcísio: Então tá bom.

A Revista *Época* do dia 25 de junho do corrente ano também ofereceu aos seus leitores o acesso de parte da transcrição das escutas telefônicas e afirma:

De acordo com um relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, no mesmo dia 13 de março Constantino sacou R$ 2,2 milhões do BRB. Segundo o MP, esse dinheiro foi transferido num carro-forte até o escritório de Constantino, onde teria sido repartido entre Roriz, Tarcísio e uma terceira pessoa que aparece nas gravações. Depois de falar com Roriz, Tarcísio ligou para um homem não identificado pelo MP, a quem tratou por "chefe". "E aquela minha parte?", disse o "chefe". "Vai tudo no bolo", afirmou Tarcísio. O MP diz não saber a origem do dinheiro.

Procurador por *Época*, Roriz escalou o assessor Valério Neves para dar esclarecimentos. Segundo Neves, o "chefe" mencionado por Moura seria Benjamim Roriz, primo do senador e ex-secretário de seu governo. Em dois dias, Neves deu também duas versões sobre o negócio fechado no escritório de Constantino e sobre a origem do dinheiro. Na noite da quinta-feira, disse que Roriz não recebeu dinheiro de Constantino. Apenas teria, segundo Neves, prestado a ele o favor de descontar um cheque do BRB, operação executada por Moura.

Na sexta-feira, a história mudou. "O senador estava apertado e pediu um empréstimo de R$ 300 mil ao Constantino para comprar parte de uma bezerra nelore na Universidade de Marília" disse Neves. "Pagou R$ 271 mil e repassou R$ 29 mil ao Benjamim, que também estava com dificuldade financeira. O resto dinheiro teria ficado com Constantino".

O mencionado Sr. Franklin, ex-presidente do Banco de Brasília, esteve preso na Operação Aquarela, justamente acusado em inquérito policial da prática de atos ilícitos contra a administração pública e financeira do BRB e junto à Associação Nacional de Bancos – Asbace.

Já o Sr. Constantino Oliveira, por intermédio de grupo comercial e financeiro de sua família, possui relações contratuais e financeiras com o governo do Distrito Federal, recentemente chefiado pelo Representado. A família do dono do cheque sacado é proprietária de algumas das maiores empresas concessionárias de transporte público urbano em Brasília (por exemplo é dona da Viação Pioneira e da Viação Planeta), dono de uma das maiores frotas de ônibus urbanos do país e conhecida concessionária de serviço público de transporte no Brasil. Segundo o Sindicato dos Trabalhadores Rodoviários do Distrito Federal e conforme noticiado pelo jornal *Folha de São Paulo*, as empresas controladas pela família do Sr. Constantino possuem cerca de 30% das concessões de exploração do transporte público no Distrito Federal.

A transcrição da conversa sugere fortemente uma combinação entre o Representado, do empresário de transporte público e o Sr. Franklin para o fim escuso da entrega e distribuição de mais de dois milhões de reais em dinheiro. O dinheiro teria sido sacado da conta do concessionário público Constantino de Oliveira, com cheque do Banco do Brasil descontado no BRB, banco presidido por Tarcísio Franklin, e a ser entregue ao Representado. As conversas sugerem também que a repartição do dinheiro poderia ser na casa do senador Representado ou no escritório do concessionário Constantino por sugestão e concordância de Tarcísio Franklin. É forte o indício de que o Representado, homem de reconhecidas posses,

poderia ter usufruído facilidade de mobilização na realização do "negócio", vez que, na anterior condição de governador do Distrito Federal, teria nomeado o presidente do Banco distrital e firmado o contrato de concessão para as empresas do emissor do cheque.

13. Seguindo esse mesmo itinerário metodológico de saber até que ponto a lei convocada pela Constituição atendeu aos termos e limites do seu explícito chamamento, é de se perguntar: a questionada alínea *k* pode produzir imediatamente os efeitos a que se preordenou, tal como determinado pelo art. 5º do diploma complementar com que nasceu? Apanhando, então, fatos e condutas anteriores à data da sua publicação? Afirmo que sim, e o faço com estes fundamentos:

I – foi o Texto Magno mesmo que, ao falar da inelegibilidade num contexto de proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato popular, **mandou que a lei complementar considerasse a vida pregressa do candidato**. E claro que vida pregressa é vida passada (o publicista José Sérgio Monte Alegre bem o diz, até em compreensível tom irônico). Histórico de vida ou vida biográfica, a partir de um marco temporal que só pode ser a data do pedido de registro de uma dada candidatura. Data que as leis todas, mais a doutrina e jurisprudência, têm como o momento certo para saber se o candidato preenche os requisitos de elegibilidade e não desatende às causas de inelegibilidade. À semelhança de um concurso público (eleição popular não deixa de ser um concurso ou competição pública), que tem na formalização do pedido de inscrição dos candidatos a data precisa para a aferição do preenchimento das condições exigidas pelo respectivo edital. Numa frase, vida pregressa não é vida futura, e o fato é que a lei convocada não podia desatender aos próprios termos da sua convocação. Estava, pois, proibida de desconsiderar, para o fim de inelegibilidade, a vida pretérita dos candidatos a cargo político-eletivo. *Mutatis mutandis*, é de se ler o seguinte acórdão da Segunda Turma deste STF, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio:

> *Concurso público – Inscrição – Vida pregressa – Contraditório em ampla defesa*. O que se contém no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, a pressupor litígio ou acusação, não tem pertinência à hipótese em que analisado o atendimento de requisitos referentes à inscrição de candidato em concurso público. O levantamento ético-social dispensa o contraditório, não se podendo cogitar quer da existência de litígio, quer de acusação que vise a determinada sanção.
> (RE 156.400.)

II – ao fazer uso de "candidato" e sua "vida pregressa", no mencionado contexto de probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato, a Constituição por certo que teve em mira resgatar o significado original do termo, sabido que a palavra "candidato" vem de cândido, puro, limpo, num sentido ético. Tanto quanto "candidatura" vem de candura, pureza, limpeza igualmente ética. Com o que a nossa Lei Maior termina por aumentar a altura do seu voo axiológico para resgatar a própria dignidade da Política, entendida esta como a arte e a ciência de governar; de bem servir ao povo todo e por todo o tempo.

Nessa medida, a mais imprescindível das atividades humanas. Urgindo, no entanto, criar instituições e institutos – como o da inelegibilidade – que tornem os políticos dignos da Política. Ou que salvem a Política dos políticos avessos aos princípios da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato e da não incidência em abuso do poder político, ou econômico;

III – valores como os da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, uma vez concretizados por lei de expressa requisição constitucional, não comportam procrastinação ou *quarentena*. Por definição, aplicam-se desde logo ao cotidiano das instituições e da cidadania, porque a transigência com eles é de molde a acarretar os mais graves e irreparáveis prejuízos à saúde republicana do País e até mesmo à autoestima de toda uma coletividade, aqui e alhures. Daí a fala constitucional para que se considere a vida pregressa do candidato como elemento de sua própria condição de elegibilidade. Evidência de que a lei complementar em debate já nasceu com o signo distintivo da imediata aplicabilidade, de modo a ter a seu obsequioso serviço o próprio comando que se lê no art. 16 da Constituição;

IV – o típico da lei é entrar imediatamente em vigor, produzindo os respectivos efeitos, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, além da regra da anterioridade em matéria penal e tributária (incisos XXXVI e XL do art 5º, mais a alínea *a* do inciso III do art. 150, todos da Constituição). Isto porque a lei somente é elaborada para acudir a uma situação de discórdia ou tensionamento social que, pela sua perdurabilidade no tempo e seu alastramento geográfico, tenha a força de instabilizar temerariamente as relações intersubjetivas, ou intergrupais. Dizendo ao reverso: onde e quando houver concórdia social, ou dissenso administrável nos marcos da conciliação entre partes, não há necessidade de lei. No caso, havia um pomo de fragilidade estrutural no País, que era urgente desfazer por via de lei complementar. O pomo do apoderamento ou do domínio crescente do poder por parte de políticos renitentemente de costas para as normas constitucionais e leis eleitorais de exaltação do regime democrático-representativo de que trata o parágrafo único do art. 1º da CF. Autenticidade ou legitimação que passa pela rigorosa observância da regra da "paridade de armas" ou equivalência de meios na disputa eleitoral, além da irrestrita submissão aos referidos princípios do § 9º do art. 14 da mesma Carta Republicana. E foi por efeito da saturação ou cansaço de toda a sociedade civil com esse estado deletério de coisas, de acabrunhante sentimento de desencanto com a péssima qualidade de vida política do Brasil ("a banalização do mal é pior que o próprio mal", já sentenciava Hanah Arendt), que veio à tona a LC 135. Uma lei decorrente de iniciativa popular (mais de um milhão e meio de assinaturas), de logo intitulada de "Lei da Ficha Limpa" e com essa *marca registrada* da urgência-urgentíssima quanto à sua aplicabilidade. Mas publicada em data anterior à das convenções partidárias. O que já significa dizer que também o art. 16 da CF teve sua letra e espírito preservados, pois os partidos políticos e seus filiados tiveram tempo suficiente para deliberar em igualdade de condições quanto à escolha dos respectivos candidatos. Não sendo outra a nossa jurisprudência

senão a de que o processo eleitoral, como referido pelo citado art. 16 da CF, se inicia com as convenções partidárias (cf. ADI 354, ministro Moreira Alves; ADI 3.345, de relatoria do ministro Celso de Mello; ADI 4.307, de relatoria da ministra Cármen Lúcia; entre outras).

14. Com efeito, o art. art. 5º da LC 135 em nada se antagoniza com o artigo constitucional de número 16, sabido que – bem interpretou o Exmo. Sr. procurador-geral da República – a razão de ser desse artigo foi evitar casuísmos em data próxima a da eleição popular. Fisiológicas mudanças de última hora e em sentido contrário aos princípios da autenticidade da nossa democracia representativa e dos padrões ético-igualitários da competição eleitoral. Despontando meridianamente claro que nem a comentada alínea *k* em particular nem a LC 135 como um todo introduziram o elemento surpresa, menos ainda surpresa oportunística, arbitrária, ou maliciosa, na competição eleitoral de 2010. Bastando lembrar que o chamamento da lei complementar para introduzir no sistema jurídico brasileiro novas causas de inelegibilidade a partir da vida pregressa dos candidatos remonta a 7 de junho de 1994. Que foi a data de edição da Emenda Constitucional de Revisão 4. A legitimar o juízo de que, em verdade, essa positivação infraconstitucional de certos aspectos da vida pregressa como causa de inelegibilidade chegou com dezesseis anos de atraso. Que surpresa, então, ou inopinada legiferação é de se debitar ao Congresso Nacional?

15. Acresce que a presente redação do § 9º do art. 14 da CF é posterior à emenda de que resultou a atual estrutura vernacular do citado art. 16. Importando recordar que esse art. 16 foi alterado em sua redação por emenda constitucional singela (Emenda 4, de 14-9-1993); ao passo que a alteração do § 9º do art. 14 se deu por emenda de revisão (cuja data é de 7 de junho de 1994); ou seja, emenda posterior ao plebiscito sobre a forma e o sistema de governo do País e voltada para melhor ajustar a ordem constitucional ao resultado daquela consulta plebiscitária. Consulta que, em primeiro plano, confirmou a nossa forma republicana de governo, com seus clássicos elementos conceituais da eletividade como forma de investidura nos cargos parlamentares e nas chefias do Poder Executivo; da temporariedade na titulação dos respectivos mandatos; da responsabilidade pessoal dos governantes e administradores públicos; da tripartição dos Poderes do Estado em bases independentes e harmônicas; da supremacia da lei e sua aplicação por modo impessoal, moral, público e eficiente. Em segundo plano, o presidencialismo como sistema de governo, a demandar especiais cuidados com a sua histórica propensão para os abusos do poder político e suspeitosas parcerias com o poder econômico.

16. Ora pois, assim dotado de maior envergadura sistêmica e densificador de valores vistosamente ético-democrático-republicanos, o § 9º do art. 14 é que se impõe à interpretação do art. 16 da nossa Lei Fundamental, e não o contrário. Este como preceito de caráter instrumental e aquele como expressão de normatividade finalística. Daí o acórdão exarado pela composição plenária deste Supremo Tribunal Federal, *verbis* (RE 129.392, de relatoria do ministro Pertence):

> (...) prevalência da tese, já vitoriosa no Tribunal Superior Eleitoral, de que, 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.
> (**RE 129.392**, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-6-1992, Plenário, *DJ* de 16-4-1993.)

17. Seja como for, violação inexistiu ao art. 16, quer por se tratar a alínea *k* de uma nítida norma de direito material, quer por não se dotar (a mesma alínea) de aptidão para alterar o processo eleitoral. Processo eleitoral que, repito, segundo a jurisprudência desta Casa de Justiça, "se inicia na convenção, com a escolha dos candidatos", na dicção do ministro Cezar Peluso (voto proferido na ADI 4.307). No mesmo sentido, os pronunciamentos do ministro Marco Aurélio, na mesma ADI 4.307, e do ministro Celso de Mello, na ADI 3.345.

18. Analiso, agora, a alegação de que o acórdão recorrido maculou a garantia constitucional do ato jurídico perfeito (inciso XXXVI do art. 5º). Donde sustentarem os recorrentes que "um ato jurídico perfeito que não fosse causa de inelegibilidade não poderia transformar-se em causa de inelegibilidade, porque os efeitos dele decorrentes se operam no momento da sua realização e se projetam para o futuro". E o fato é que a LC 135/2010 estaria a desconstituir os "efeitos futuros" do ato de renúncia. Ademais, ainda segundo os recorrentes, a alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 não afetaria o primeiro recorrente porque o ato de renúncia, antes da LC 135/2010, era considerado lícito. E "para que [a renúncia] pudesse ser considerada como causa de inelegibilidade haveria, necessariamente, de passar a ser considerada como conduta ilícita".

19. Não é como penso, por estar convencido de que os fundamentos apontados pelos recorrentes decolam de premissas falsas (digo-o com todo respeito). Explico. A primeira delas é a de que a LC 135/2010 desconstituiu os "efeitos futuros" do ato de renúncia. **Ora, a renúncia ao mandato de senador da República não tem por efeito imunizar o renunciante contra a incidência de causas de inelegibilidade**. Como bem expôs o ministro Arnaldo Versiani, no Tribunal Superior Eleitoral, não há direito adquirido à elegibilidade. As garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º), é bem verdade, retiram do campo de incidência do direito-lei a disciplina prejudicial de situações jurídicas ativas já consolidadas. Para que elas incidam, porém, é preciso saber qual o direito subjetivo, qual o ato jurídico e qual o provimento judicial a serem protegidos. O que se faz pela identificação **do que lhes seja imanente**. Ao reverso, desconstituir um ato jurídico, por óbvio, é desfazer os efeitos **próprios** desse ato (sua impressão digital). E quais os efeitos próprios de uma renúncia parlamentar? Resposta: fazer o renunciante decair do mandato e simultaneamente impossibilitar o juízo correcional da própria Casa Legislativa quanto a uma possível violação do decoro parlamentar. Só e só. Dando-se que, entre os efeitos caracterizadores do ato de renúncia, não figura o de garantir a futura elegibilidade do renunciante. Noutras palavras, não integra a substância do ato de renúncia ao mandato parlamentar a

imunidade contra a eventual incidência de causas de inelegibilidade. Logo, não cabe falar dos efeitos futuros a que alude o recorrente e que tornariam inconstitucional a encarecida alínea *k*. Até porque a renúncia, contrariamente do que sucede com o ato de posse em cargo público, põe fim a uma relação jurídica e, portanto, se caracteriza como causa de cessação (e não de geração) de efeitos futuros. É ainda falar: o ato de renúncia produz instantaneamente todos os seus efeitos, exaurindo-se no ato mesmo de sua publicação, conforme expressa enunciação regimental (art. 29 do RI do Senado Federal).

20. Daqui se segue que, assim como não há efeitos futuros supostamente violados pela LC 135/2010, também não me parece verdadeira a assertiva de que "somente uma conduta ilícita poderia ser objeto de tipificação como causa de inelegibilidade". **É que, para fins de inelegibilidade, a licitude ou ilicitude do ato ou da situação jurídica é irrelevante**. Confiram-se, por ilustração, os §§ 4º, 6º, 7º e 8º do art. 14 da Constituição Federal, cujas causas de inelegibilidade nada têm de ilícitas. O mesmo ocorre nas hipóteses do § 9º do mesmo art. 14 da Constituição. Já na redação originária da LC 64/1990, entre alguns atos considerados ilícitos pela ordem jurídica, há outros que, embora lícitos, constituem, igualmente, causas de inelegibilidade. Basta ler os incisos II a VII do art. 1º para se chegar à devida comprovação. Daí por que o fato de a renúncia do primeiro recorrente constituir ato lícito, em linha de princípio, não impede sua previsão como causa de inelegibilidade. Exatamente como votado de forma unânime pelo Plenário deste STF no MS 22.087, de relatoria do ministro Carlos Velloso, em cujo acórdão se lê:

> Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64/1990, a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

21. Salto para o enfrentamento da alegação de que o acórdão impugnado maltratou os arts. 2º e 59, ambos da Constituição Federal, na medida em que desconsiderou o seguinte fato relevante: a não suspensão, pelo Senado, dos efeitos da renúncia do primeiro recorrente. Vale dizer, o Senado deixou de aplicar à renúncia de Joaquim Domingos Roriz a condição suspensiva a que se refere o § 4º do art. 55 da Constituição. E, se não o fez, foi pela singela razão de que a imputação formalizada contra o primeiro recorrente não tinha a força de acarretar perda de mandato parlamentar. Do que decorre a exclusão de incidência da alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 (introduzida pela LC 135/2010).

22. Ainda uma vez, desfundamentado é o raciocínio de ambos os recorrentes, peço vênia para dizê-lo. É que a própria formalização da renúncia foi protocolada anteriormente à instauração de processo administrativo. Impedindo, destarte, qualquer juízo de valor por parte do Senado Federal (conforme o documento de fl. 437, no dia 4 de julho de 2007, em sessão da Mesa do Senado, concluiu-se por enviar a representação em causa à Comissão de Ética e Decoro Parlamentar, mas o cumprimento de tal diligência foi abortado pela subitânea

renúncia do primeiro recorrente já no dia seguinte; ou seja, em 5 de julho de 2007).

23. Ora bem, segundo consignei no julgamento do MS 25.594, o processo político-disciplinar somente se inicia quando a Comissão de Ética e Decoro Parlamentar pratica os atos descritos no § 4º do art. 14 do Código de Ética e Decoro Parlamentar, correspondente ao art. 15 da Resolução 20, de 1993, do Senado Federal. Mas no caso, como assentado no tópico anterior, a aligeirada renúncia do representado se antecipou à chegada do processo à competente Comissão de Ética.

24. Nessa contextura, o Senado da República se limitou a determinar a publicação do ato de renúncia, porque assim é que determina o art. 29 do Regimento Interno da Casa. Dispositivo que tem a seguinte dicção:

> *Art. 29. A comunicação de renúncia à senatória ou à suplência deve ser dirigida por escrito à Mesa, com firma reconhecida, e* ***independe da aprovação do Senado****, mas somente tornar-se-á efetiva e irretratável depois de lida no Período do Expediente e publicada no Diário do Senado Federal.*
>
> Parágrafo único. É lícito ao Senador, ou ao Suplente em exercício, fazer em plenário, oralmente, a renúncia ao mandato, a qual tornar-se-á efetiva e irretratável depois da sua publicação no *Diário do Senado Federal*.

25. Vale repetir: como o primeiro recorrente se antecipou às medidas de efetiva abertura de processo político-disciplinar contra ele, o Senado não tinha o que fazer senão determinar a publicação do ato de fuga do parlamentar em causa. Que já não pode, lógico, transformar a passiva aceitação de sua renúncia como um tácito atestado senatorial de irrelevância da imputação que lhe fez o PSOL em representação que não chegou a se constituir em peça inaugural do processo a que visava.

26. Melhor destinação não tenho como reconhecer ao argumento de contrariedade ao princípio da isonomia, no âmbito da própria LC 64/1990 (alíneas *m*, *o* e *q)*. Assim o digo porque os recorrentes estão a cotejar coisas heterogêneas. Profissionais liberais e funcionários públicos não são eleitos pelo povo e não devem fidelidade a partido político. Não se investem nos seus cargos ou funções por efeito de uma campanha que implica a percepção de fundo partidário (dinheiro público vivo) e uso gratuito de programas eleitorais em rádio e televisão (cujas despesas são pagas às respectivas emissoras por compensação com tributo federal). Logo, ao renunciarem eventualmente à titularidade dos seus postos não traem, de uma só cajadada, o cargo, os eleitores e os partidos sob cuja legenda se elegeram, como sucede, agora sim, com os parlamentares e os chefes de Poder Executivo.

27. Descabe, então, a invocação das sobreditas alíneas *m*, *o*, e *q*, versantes sobre, respectivamente, os excluídos do exercício de profissão, os demitidos, os exonerados e os aposentados voluntariamente. Afinal, a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, o que, no caso, com toda propriedade fez a LC 64/1990. Até porque política não é profissão.

28. Enfrentemos agora a questão de saber até que ponto a concretização constitucional empreendida pela alínea *k* mantém com o direito fundamental à presunção de não culpabilidade uma convivência pacífica.

29. No ponto, que dizem os recorrentes? Dizem que "o TSE não compreendeu que antes de ser considerado como acusado – porque não instaurado processo ainda – ninguém poderia sofrer restrição de direito tão grave como a inelegibilidade por 8 anos". Mais: "haveria, ainda, uma violação ao princípio da inocência, porque diante de mera petição ou representação protocolada – sem que se soubesse seu teor ou sua idoneidade – estaria o membro do parlamento considerado inelegível porque renunciara ao cargo" (fl. 2422).

30. Com semelhante argumentação, os recorrentes estabelecem uma espécie de vínculo funcional entre a renúncia do parlamentar no âmbito de um hipotético processo político-disciplinar com a condição de acusado em processo criminal. Isso para o fim de convencer esta Suprema Corte de que o ato de renunciar a mandato eletivo não equivale sequer à mera condição de acusado. Daí buscar a mesma solução tirada no julgamento da ADPF 144, da relatoria do ministro Celso de Mello, que deu pela prevalência do direito à presunção de não culpabilidade do indivíduo.

31. Vejamos a regra constitucional que os recorrentes têm por ofendida:

> Art. 5º (...)
> (...)
> LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

32. Mais uma vez é do meu pensar que os recorrentes misturam coisas heterogêneas. Não estamos, aqui nestes recursos extraordinários, a cogitar focadamente do indivíduo ou pessoa natural, para cuja superior proteção foi erguida a paliçada da presunção de não culpabilidade. Estamos a trabalhar, não com direitos e garantias individuais, mas, isto sim, com situações jurídicas que a nossa Constituição designa por "Direitos Políticos" (Capítulo V do Título II). Direitos de votar e ser votado em eleições populares, que somente assiste aos cidadãos, essa categoria jurídica inconfundível com os seres humanos enquanto pessoas *de carne e osso*. Gente.

33. Pois bem, nesse específico *site* ou lócus dos direitos políticos – notadamente os direitos de votar e de ser votado –, que diz a nossa Constituição? Diz, *em alto e bom som*, que toda condenação criminal com trânsito em julgado tem por consequência a perda, ou suspensão, dos direitos políticos. Tanto o direito de votar quanto o de ser votado, portanto. Confira-se:

> *Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só dará nos casos de*:
> I – (...)
> (...)

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

34. Vê-se, pois, que a Magna Lei Federal dispõe de norma própria para os cidadãos, em matéria criminal. E em benefício deles avançou a regra geral de que o direito de exercitar a chamada capacidade eleitoral ativa, tanto quanto o direito de postular a honra da representação popular, somente sofrem bloqueio após o trânsito em julgado de condenação criminal. Mas essa regra geral há de conviver com normas especiais da mesma Constituição. Como a norma do § 9º do art. 14, que, requestando lei complementar para dispor sobre "outros casos de inelegibilidade", "considerada a vida pregressa do candidato", já autorizou esse tipo de lei complementar a impor, desde logo, constrições ao direito de ser votado. É como dizer: para a perda ou suspensão de todo e qualquer direito político, seca e rasamente, é preciso, sim, trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, para inelegibilizar temporariamente alguém como a própria condição objetiva de respeito a valores como os da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, é óbvio que já não opera a regra geral do trânsito em julgado de eventual decisão criminal condenatória. Pena de a Constituição dar com uma das mãos e tomar com a outra, o que significaria o mais grave atentado ao princípio instrumental da unidade material dela própria, Constituição. (Princípio instrumental que a doutrina e a própria jurisprudência alemãs têm como o de máxima estatura sistêmica).

35. Assim normando as coisas, a Constituição brasileira bem distingue, repito, a lógica primaz dos direitos e garantias individuais, de um lado, e a lógica presidente dos direitos políticos, de outro. Aqueles, voltados para a "presentação" (Pontes de Miranda) do indivíduo nos atos da vida civil, tendo por valor primacial a liberdade ou autonomia de vontade. Estes, voltados para o direito do voto e da condição de quem pretenda representar toda uma coletividade juridicamente personalizada e geograficamente situada. Por isso que orientados pelos transcendentes valores da responsabilidade dos eleitores (até porque o voto popular é obrigatório) e da respeitabilidade dos candidatos. Respeitabilidade que subjaz a todo o enunciado do § 9º e que relativa ou quebranta, justamente, o rigor da norma geral do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim como os institutos da prisão em flagrante e daquela de natureza cautelar suspende a própria cláusula da presunção de não culpabilidade dos indivíduos, debaixo da imperiosa ótica de que, muitas vezes, ao Direito não basta levantar cercas em torno das ovelhas; é preciso gradear a toca dos lobos.

36. Por derradeiro, no que diz respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, anoto que a contradita a essa centrada arguição de inconstitucionalidade já consta dos fundamentos anteriores deste voto. A título de reforço, entretanto, digo o seguinte:

37. Aquele que abre mão do seu mandato, tão unilateralmente quanto arbitrariamente, trai, a um só tempo, o eleitorado, o partido e o cargo em si. Não sendo razoável e proporcional, aí sim, que possa disputar outro mandato sem

uma exemplar carência no tempo ou profilática quarentena. Daí por que o prazo de oito anos de inelegibilidade densifica o propósito de resguardar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, garantindo que o renunciante fique alijado de concorrer a todos os cargos eletivos por no mínimo um pleito eleitoral.

38. Noutro modo de repetir a ideia: caso a lei complementar estabelecesse um prazo inferior a oito anos, o renunciante poderia retornar à vida pública na primeira oportunidade, ainda que para cargo diverso daquele que renunciou.

39. Já o acréscimo do tempo restante do mandato ao citado período de oito anos, tem ele a finalidade de desestimular essa canhestra renúncia para o fim de bloqueio processual, que rompe o pacto de confiança firmado com o eleitor, o cargo e o partido.

40. Por tudo quanto posto, afasto todas as alegações de inconstitucionalidades veiculadas nos apelos extremos e desprovejo os recursos extraordinários.

PROPOSTA

O sr. ministro Gilmar Mendes (relator): Senhor presidente, eu proponho que autorizemos os colegas a decidirem monocraticamente a partir de agora, aplicando-se, então, as consequências do art. 543, *b*, inclusive, com juízo de retratação no âmbito do TSE.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A todos os recursos que forem iguais, será aplicada a mesma solução.

EXTRATO DA ATA

RE 633.703/MG — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças (Advogados: Arnaldo Silva Júnior, Rodrigo Ribeiro Pereira e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral (Procurador: Procurador-geral da República).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, reconheceu a repercussão geral da questão relativa à aplicação da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie. Em seguida, o Tribunal, ausentes os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, autorizou os relatores a monocraticamente aplicarem o art. 543-B do Código de Processo Civil. Votou o presidente, ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo recorrente, o dr. Rodrigo Ribeiro Pereira e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 23 de março de 2011 — Luiz Tomimatsu, secretário.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrPn Absolvição. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Ct Abusos: responsabilidade civil, penal e direito de resposta. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** Conhecimento parcial. Pedido da ADC 30: declaração de constitucionalidade de todo o diploma legal. Controvérsia judicial: demonstração em parte dos dispositivos. Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*, redação da Lei Complementar 135/2010. Lei 9.868/1999, art. 14, III. ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Inelegibilidade. Hipóteses previstas na Lei Complementar 135/2010: aplicabilidade. ADI 4.578: julgamento conjunto com a ADC 29. ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277 – ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrPn ***Ação penal.*** Absolvição. Ex-prefeito. Núcleo essencial do tipo: não comprovação. Elemento subjetivo do tipo: ausência. Responsabilidade penal objetiva: vedação. *Mutatio libelli*: desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva. CPP/1941, art. 386, III. AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn ***Acórdão criminal.*** Fato descrito na denúncia: desvio de verba pública por prefeito. *Emendatio libelli*. Princípio da especialidade. Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, I, segunda parte, e § 1º e § 2º: crime comum. CPP/1941, art. 383. CP/1940, art. 312. AP 372 *RTJ* 221/239

PrSTF ADI 4.578: julgamento conjunto com a ADC 29. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Alcance de atos e fatos anteriores à lei nova: possibilidade. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Alteração. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

El Aplicabilidade imediata: impossibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

El Apresentação concomitante do título de eleitor: desnecessidade. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

Ct Atividade legislativa: dever de omissão. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

C

El Causa de inelegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

Ct Censura prévia: inadmissibilidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct CF/1988, arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct CF/1988, arts. 5º, V; 139, *caput* e III; e 220, § 1º. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El CF/1988, art. 5º, XXXVI e LVII. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El CF/1988, arts. 14, § 9º, e 16. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

El CF/1988, arts. 14 e 60, § 4º, II. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

El CF/1988, art. 16. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Charge e caricatura: pensamento crítico, informação e criação artística. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Condições de elegibilidade: estatuto jurídico eleitoral. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Conhecimento parcial. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Constrições em período eleitoral: inadmissibilidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct Conteúdo: rol de liberdades. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Controvérsia judicial: demonstração em parte dos dispositivos. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn CP/1940, art. 312. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn CPP/1941, art. 158. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn CPP/1941, art. 383. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn CPP/1941, art. 386, III. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

D

PrPn Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, I, segunda parte, e § 1º e § 2º: crime comum. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato. Direito de defesa: possibilidade de exercício. AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Descrição suficiente do fato. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes: vedação em caso de favorecimento. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrPn Direito de defesa: possibilidade de exercício. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El ***Direito político passivo* (“*ius honorum*”).** Restrição por lei: possibilidade. Hipóteses: improbidade, abuso de poder econômico ou de poder político, violação à moralidade. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação. ADC 29 *RTJ* 221/11

E

PrSTF Efeito infringente: possibilidade. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

El ***Eleição.*** Votação. Obrigatoriedade de apresentação de documento oficial com foto. Apresentação concomitante do título de eleitor: desnecessidade. Princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. Lei 9.504/1997, art. 91-A, *caput*, redação da Lei 12.034/2009: interpretação conforme à Constituição. Resolução 23.218/2010-TSE, art. 47, § 1º: interpretação conforme à Constituição. ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrPn Elemento subjetivo do tipo: ausência. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrSTF ***Embargos de declaração.*** Efeito infringente: possibilidade. Situação excepcional. Julgamento do RE 633.703 com repercussão geral:

mudança do entendimento da Corte. Reforma do acórdão recorrido: economia processual e isonomia. RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrSTF ***Embargos de declaração.*** Julgamento. Empate na votação: voto de qualidade do ministro presidente. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 13, IX, *b*. RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrPn *Emendatio libelli*. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrSTF Empate na votação: voto de qualidade do ministro presidente. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrPn Exame de corpo de delito: inexistência. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrSTF Exame monocrático pelo relator: situação de extrema urgência. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrPn Ex-prefeito. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

F

El Fases do processo eleitoral: momento da aferição da condição de elegibilidade. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

PrPn Fato descrito na denúncia: desvio de verba pública por prefeito. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

H

El Hipótese. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Hipóteses: improbidade, abuso de poder econômico ou de poder político, violação à moralidade. (...) ***Direito político passivo* (*"ius honorum"*).** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Hipóteses previstas na Lei Complementar 135/2010: aplicabilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

Ct Humor jornalístico. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

I

Ct Imprensa e democracia: relação de interdependência. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Inelegibilidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El ***Inelegibilidade.*** Hipótese. Alcance de atos e fatos anteriores à lei nova: possibilidade. Condições de elegibilidade: estatuto jurídico eleitoral. Princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da vedação do retrocesso: ofensa inocorrente. Princípio da presunção de inocência: relativização da eficácia irradiante extrapenal. CF/1988, art. 5º, XXXVI e LVII. ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Inviolabilidade do voto: garantia da liberdade de manifestação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

J

PrSTF Julgamento. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrSTF Julgamento. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrSTF Julgamento do RE 633.703 com repercussão geral: mudança do entendimento da Corte. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

L

El Lei 9.504/1997, art. 45, II, III, § 4º e § 5º: suspensão cautelar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Lei 9.504/1997, art. 91-A, *caput*, redação da Lei 12.034/2009: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277 – ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 14, III. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Lei 12.034/2009, art. 5º: suspensão cautelar. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

PrSTF Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, *h*, *j*, *k*, *l*, *m*, *n*, *o*, *p* e *q*, redação da Lei Complementar 135/2010. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11 – RE 633.703 *RTJ* 221/462

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Censura prévia: inadmissibilidade. Atividade legislativa: dever de omissão. Conteúdo: rol de liberdades. Liber-

dade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de acesso à informação: bens da personalidade. Imprensa e democracia: relação de interdependência. CF/1988, arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Humor jornalístico. Charge e caricatura: pensamento crítico, informação e criação artística. Constrições em período eleitoral: inadmissibilidade. Abusos: responsabilidade civil, penal e direito de resposta. Restrição excepcional no período de estado de sítio. CF/1988, arts. 5º, V; 139, *caput* e III, e 220, § 1º. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Liberdade de imprensa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

Ct Liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de acesso à informação: bens da personalidade. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

M

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Exame monocrático pelo relator: situação de extrema urgência. Referendo do Plenário. Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento. Procedimento de urgência: risco de eventual perecimento de direito. Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º. ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

El Mídia escrita, sonora e de sons e imagens: diferenciação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrPn *Mutatio libelli*: desnecessidade. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

N

PrPn Núcleo essencial do tipo: não comprovação. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

PrPn Nulidade processual: inocorrência. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Número de identificação do voto e assinatura digital da urna. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

O

El Obrigatoriedade de apresentação de documento oficial com foto. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

P

PrSTF Pedido da ADC 30: declaração de constitucionalidade de todo o diploma legal. (...) ***Ação declaratória de constitucionalidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Princípio da anterioridade eleitoral: garantia constitucional do devido processo eleitoral, da igualdade de chances e das minorias. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

El Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa. (...) ***Processo eleitoral.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrPn Princípio da especialidade. (...) ***Acórdão criminal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

El Princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da vedação do retrocesso: ofensa inocorrente. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Princípio da presunção de inocência: relativização da eficácia irradiante extrapenal. (...) ***Inelegibilidade.*** ADC 29 *RTJ* 221/11

El Princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

El Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação. (...) ***Direito político passivo* (“*ius honorum*”).** ADC 29 *RTJ* 221/11

PrSTF Procedimento de urgência: risco de eventual perecimento de direito. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

El ***Processo eleitoral.*** Alteração. Causa de inelegibilidade. Aplicabilidade imediata: impossibilidade. Fases do processo eleitoral: momento da aferição da condição de elegibilidade. Princípio da anterioridade eleitoral: garantia constitucional do devido processo eleitoral, da igualdade de chances e das minorias. Repercussão geral: reconhecimento. CF/1988, arts. 14, § 9º, e 16. Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. RE 633.703 *RTJ* 221/462

El ***Processo eleitoral.*** Alteração. Causa de inelegibilidade. Princípio da anterioridade eleitoral: ofensa. CF/1988, art. 16. Lei Complementar 135/2010: inaplicabilidade às eleições de 2010 e anteriores. ADC 29 *RTJ* 221/11

El ***Processo eleitoral.*** Propaganda política. Mídia escrita, sonora e de sons e imagens: diferenciação. Rádio e televisão: serviços públicos. Utilização de espectro de radiofrequências: dever de imparcialidade perante os candidatos. Trucagem, montagem e outros recursos de

áudio e vídeo: vedação. Difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes: vedação em caso de favorecimento. Liberdade de imprensa: ofensa inocorrente. Lei 9.504/1997, art. 45, II, III, § 4º e § 5º: suspensão cautelar. ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El ***Processo eleitoral.*** Voto impresso. Número de identificação do voto e assinatura digital da urna. Segurança do sistema eleitoral: risco. Sigilo do voto: direito fundamental. Inviolabilidade do voto: garantia da liberdade de manifestação. CF/1988, arts. 14 e 60, § 4º, II. Lei 12.034/2009, art. 5º: suspensão cautelar. ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

El Propaganda política. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrPn ***Prova pericial.*** Exame de corpo de delito: inexistência. Suprimento por outras provas. Nulidade processual: inocorrência. CPP/1941, art. 158. AP 372 *RTJ* 221/239

R

El Rádio e televisão: serviços públicos. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Referendo do Plenário. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

PrSTF Reforma do acórdão recorrido: economia processual e isonomia. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), art. 13, IX, *b*. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

El Repercussão geral: reconhecimento. (...) ***Processo eleitoral.*** RE 633.703 *RTJ* 221/462

El Resolução 23.218/2010-TSE, art. 47, § 1º: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

PrPn Responsabilidade penal objetiva: vedação. (...) ***Ação penal.*** AP 372 *RTJ* 221/239

Ct Restrição excepcional no período de estado de sítio. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

El Restrição por lei: possibilidade. (...) ***Direito político passivo* (*"ius honorum"*).** ADC 29 *RTJ* 221/11

S

El Segurança do sistema eleitoral: risco. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

El Sigilo do voto: direito fundamental. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

PrSTF Situação excepcional. (...) ***Embargos de declaração.*** RE 631.102-ED *RTJ* 221/438

PrPn Suprimento por outras provas. (...) ***Prova pericial.*** AP 372 *RTJ* 221/239

T

El Trucagem, montagem e outros recursos de áudio e vídeo: vedação. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

U

El Utilização de espectro de radiofrequências: dever de imparcialidade perante os candidatos. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.451-MC-REF *RTJ* 221/277

V

El Votação. (...) ***Eleição.*** ADI 4.467-MC *RTJ* 221/356

El Voto impresso. (...) ***Processo eleitoral.*** ADI 4.543-MC *RTJ* 221/407

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

29	(ADC)	Rel.: Min. Luiz Fux	221/11
372	(AP)	Rel.: Min. Dias Toffoli	221/239
4.451	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Ayres Britto	221/277
4.467	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	221/356
4.543	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	221/407
631.102	(RE-ED)	Rel. p/ o ac.: Min. Dias Toffoli	221/438
633.703	(RE)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	221/462

Este livro foi concluído
em 16 de novembro de 2012.
Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
do Conselho da Justiça Federal