

23/09/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.147 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, desde logo, já se disse que, na guerra e também nas grandes controvérsias públicas, em geral, a verdade é uma das primeiras vítimas. E, neste caso, se instaura uma grande confusão. Quando se faz reserva ou restrição a essa chamada "Lei da Ficha Limpa" não se está, obviamente, advogando qualquer tese em favor de ato de improbidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Defendendo-se o ficha suja!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou defendendo-se o ficha suja. Mas é claro, na guerra retórica que se estabelece, faz-se essa seleção de maneira absolutamente indevida. Quem está defendendo aplicação da Constituição, especialmente do artigo 16, ou mesmo da concepção sobre ato jurídico perfeito, obviamente, não está defendendo ímprobos, está apenas defendendo a Constituição, o Estado de Direito, que é a missão desta Corte.

Em relação à matéria penal, lembro-me de que o Ministro Sepúlveda Pertence sempre citava uma frase de Frankfurter, célebre Juiz da Corte Suprema norte-americana, que dizia: "as garantias penais, em geral, eram asseguradas não a Madre Teresa de Calcutá, mas a pessoas que haviam cometido, em princípio, delitos". É esse o contexto que se coloca.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - E ele afirmou isso exatamente no "caso Miranda".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No "caso Miranda", que estabelece todas essas regras básicas sobre o processo penal constitucional americano.

Então, é preciso que essas coisas se estabeleçam, para que nós não sejamos vítimas dessa retórica fácil, desse populismo, que não pode ser

populismo judicial.

Em relação à questão, vou fazer algumas considerações sobre o tema, pois o relatório já é amplamente conhecido.

No recurso extraordinário alega-se, fundamentalmente, que a Lei Complementar e a sua aplicabilidade imediata às eleições de 2010 violam os princípios constitucionais da irretroatividade da lei, da anterioridade eleitoral, da presunção de inocência e da intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Já se falou muito, aqui e fora, por exemplo, que o fato de ser uma lei de iniciativa popular daria uma grande legitimidade, uma legitimidade diferenciada a esta norma. Não penso assim, Senhor Presidente, Senhores Ministros. Lei está submetida às regras constitucionais. Devemos estar muito atentos a este tipo de fenômeno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como o próprio povo também se submete à Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E isso é evidente, especialmente na democracia constitucional. É preciso que tenhamos bem essa dimensão. Fosse a lei aprovada por unanimidade do Congresso Nacional, ainda assim estaria submetida à Constituição. A missão da Corte Constitucional é uma missão contramajoritária. Por isso, ela tem as suas garantias. Sua função não é mimetizar decisões de palanques, decisões do Congresso. É uma função pura. Muitas vezes tem que se contrariar aquilo que a opinião pública entende como "a salvação" para, às vezes, salvar a própria opinião pública, porque esse tipo de violência começa com o nosso vizinho e depois chega a nós. É preciso que nós tenhamos, então, essa dimensão. É preciso sempre colocar essa questão, essa tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia; jurisdição constitucional e política; pois toda ela se renova e se coloca aqui. Agora, é uma missão contramajoritária. Se fosse para mimetizar, para ser decalque da decisão do Congresso, podia fechar o Supremo Tribunal Federal. Se a iniciativa popular tornar inútil a nossa atividade, melhor fechar o Supremo Tribunal Federal.

Vamos, então, a esses casos. O tema agora trazido pelo Ministro Marco Aurélio, e que foi roçado na fala do Ministro Lewandowski: alínea "d", na antiga redação da LC 64/90. Se, de fato, se está a entender que, mesmo tendo ela sido aplicada considerando-se o anterior prazo de três anos de inelegibilidade, ela pode agora ser aplicada com o prazo de oito anos, nós estamos tendo aqui o caso de aplicação da lei nova na dimensão da retroatividade máxima, aquilo que nós sempre entendemos vedado, porque estamos estendendo-a a fatos anteriores. Então, é preciso que nós tenhamos exatamente essa dimensão.

A lei obviamente não diz isso, mas se estiver havendo esse tipo de aplicação, aplicada a inelegibilidade de três anos, agora ela está se convolvendo em oito, nós estamos muito próximos de um estado de barbárie. E só isso já suscita dúvidas, já suscita reflexões.

Eu li, depois da citação do Ministro Lewandowski, a manifestação do voto do Ministro Versiani. E obviamente o "espírito santo jurídico" lhe faltou naquele momento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ele é um grande jurista, Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sem dúvida, mas faltou. Por quê? Porque obviamente são situações incomparáveis, não se pode comparar a condição de parentesco, ou a chamada inelegibilidade inata, com essas situações que estão associadas ao artigo 14, § 9º. Não é de se subscrever essa comparação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: São imprecisões conceituais que culminam por impor restrições gravíssimas a um direito fundamental, que é o direito fundamental de participação política. A partir precisamente dessas imprecisões conceituais...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, vejam a que ponto de imprecisão nós podemos chegar. Neste caso, evidentemente, a relação de parentesco, que está prevista no texto constitucional, inclusive com as limitações... Nós mesmos já tivemos a

possibilidade de fazer essa limitação. Eu me lembro que a Ministra Ellen Gracie foi Relatora de um caso em que afastamos até a Súmula, e que agora está contemplado na lei, quanto à separação fraudada, o divórcio eventualmente simulado. Mas, mesmo diante do entendimento jurisprudencial pacífico entre nós, temos situações, e verificamos isso, acho que na Segunda Turma, em que de fato havia um dissídio tal entre ex-genro e ex-sogro que levava à necessidade de se contemplar, de se distinguir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Temos um célebre caso, do passado, no Maranhão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, que são casos conhecidos.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Esse caso era de Pernambuco, Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, esse caso era de Pernambuco, mas o Ministro Marco Aurélio lembra que teve um caso no Maranhão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, apenas uma pequena observação: o TSE não está placitando a lei como um todo, está examinando todas as hipóteses. Não estou dizendo que a lei é inteiramente inconstitucional, eu mesmo manifestei restrições com relação a algumas alíneas. Isso precisa ficar bem claro, nós estamos passando um carimbo, batendo um carimbo na lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso fiquei preocupado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então Vossa Excelência não precisa ficar preocupado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Em relação a essa argumentação de equiparação de situações, claro que a inelegibilidade não é pena, mas tem esse caráter, sim, pois assimila-se muitas vezes à sanção. Claro que isso diferencia-se da situação das chamadas condições de inelegibilidade inatas. Então nós não podemos comparar situações que

RE 630.147 / DF

não são comparáveis.

Mas vamos então, agora, ao artigo 16, que me parece, Presidente, elemento central dessa discussão. Depois podemos estender para outros aspectos.

O Supremo Tribunal Federal possui uma sólida jurisprudência a respeito da interpretação do art. 16 da Constituição de 1988 (ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 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 (julg. em 17.6.1992), no qual se decidiu que o princípio da anterioridade eleitoral não veda a vigência imediata da LC 64/90 (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 64/90, 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 64/90 instaurava um novo e complementar sistema normativo de inelegibilidades exigido pela então recém-promulgada Constituição de

RE 630.147 / DF

1988 (art. 14, § 9º) ou se, por outro lado, ela alterava o regime anterior de inelegibilidades definido pela LC 5/70 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 5/70 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 64/90, que revogou a anterior LC 5/70, 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 64/90 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 64/90 – 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.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, não foi alterado. Ele trouxe também inovações. A alínea k, por exemplo, que estamos julgando é inteiramente nova.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, ele está alterando um instituto existente; é disso que estou falando.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, é inteiramente nova.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas está alterando, não interessa. A premissa em que se louvou a maioria era de que o comando decorrente do artigo 14, § 9º, estava sendo cumprido.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Era inaugural.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Inaugural. Agora, trata-se de uma alteração.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Inaugural também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não inaugural.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Porque não

RE 630.147 / DF

havia anteriormente. Há dezesseis anos que estávamos esperando pela alínea *k*; finalmente chegou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe, Ministro, não é disso que se cuida. Estamos falando de inaugural; nós temos sentidos diversos. E a maioria que lá se formou também tinha um outro sentido. Apenas se dizia que era um comando quase que compulsório, sob pena de não se implantar um modelo de improbidade desejado pelo § 9º; não era uma reforma ao texto. Agora temos uma reforma ao texto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro Gilmar, eu já tive oportunidade de dialogar com o Ministro Sepúlveda Pertence sobre esse julgamento. E estava, ali, também, levando-se em conta o fato de a Lei Complementar nº 5 ser da época do governo militar com duvidosos dispositivos que teriam ou não sido recepcionados pela Constituição de 88. E evidente que eles também julgaram com esse substrato. A Lei Complementar nº 5 era extremamente restritiva ao espaço democrático da cidadania diante das razões históricas do momento em que foi editada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E mesmo assim, houve uma votação muito apertada, de seis votos a cinco. E a premissa daqueles que votaram no sentido da observância do artigo 16 da Constituição Federal foi única. É que a Lei Complementar, anterior, a de número 5/70, tinha sido recepcionada em parte pela Carta de 88. Quer dizer, levando em conta o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, não haveria um vácuo normativo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Que é depois da Lei Complementar 90.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque senão, nós cinco teríamos acompanhado os seis colegas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O § 9º é posterior à Lei Complementar nº 90, porque a Lei Complementar nº 90 era insuficiente para proteger a moralidade e a probidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ontem o Tribunal placitou a Lei Complementar nº 64/90, a pretexto de que atenderia à Carta da República no novo contexto de probidade pública. E hoje? Há espaço para adotar-se o mesmo entendimento? A resposta é desenganadamente negativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse é o ponto a que estou me referindo. Estou dizendo exatamente isso.

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 6 votos a 5, com desempate pelo então Presidente da Corte (Ministro Neri 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, 718 e 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADI 3.345, ADI 3.685, ADI, 3.741 e ADI-MC 4.307.

Na **ADI 733**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (julg. 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,

RE 630.147 / DF

não se submete ao princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição. Na ADI 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, (julg. 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 15/96, as leis estaduais criadoras de novos municípios passaram a ser declaradas inconstitucionais. Os precedentes contidos nas ADI 718 e 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 (julg. 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 infringe 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

RE 630.147 / DF

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 visam a receber e 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 precípua 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 n.º 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.”

E nós já lembramos, aqui, dessa resolução. À época, presidia o TSE o Ministro Sepúlveda Pertence, que, diga-se, de passagem, ficou vencido naquela discussão sobre o critério de proporcionalidade. Todavia, foi Sua Excelência que encaminhou esta solução e que sugeriu que a Corte recomendasse ao Tribunal, em *obiter dictum*, que editasse uma norma para pacificar o tema, uma vez que nós tínhamos um quadro, assim, de fato teratológico diante da desproporcionalidade, tendo em vista as diversas leis municipais que fixavam números diversos de vereadores para as diversas comunas. Portanto, foi nesse contexto que foi editada a resolução.

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 3685.

O julgamento da **ADI 3.685**, Rel. Min. Ellen Gracie (julg. 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 ADIs 718 e 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. Assim, 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 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 no julgamento da ADI 354.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ministro, sem querer dificultar o raciocínio de Vossa Excelência, mas é preciso lembrar - e isso também me parece fundamental - que o § 9º do artigo 14 veio por efeito de uma emenda posterior ao artigo 16. E mais, veio por uma emenda de revisão, ao passo que o artigo 16, na sua atual redação, foi introduzido na Constituição por uma emenda singela. A outra de revisão teve um caráter muito mais sistêmico, para adaptar a Constituição ao resultado do plebiscito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por quê? Porque, antes, o artigo 16 projetava a vigência, a própria vigência da lei que alterasse o processo eleitoral.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- O artigo 16 tem que ser interpretado à luz do 14, § 9º, e não o contrário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Houve a emenda para fazer a distinção: vigência imediata, não se aplicando às eleições que se realizarem até um ano após.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Por isso que a nova emenda disse "vida pregressa". Vida pregressa é vida futura? Como é que se pode avaliar, no plano da probabilidade, se um candidato

RE 630.147 / DF

vai ser fiel ao princípio da moralidade e da probidade administrativa, senão a partir do exame da sua vida pregressa, da sua biografia, do seu histórico de vida. Por isso que a nova emenda, posterior à 16, pela primeira vez na história do Brasil, falou em vida pregressa, que é vida passada, vida pretérita.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É que Vossa Excelência aponta a renúncia como algo condenável, e nem sempre o é.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Nós vamos segurar pela cauda a eficácia de uma lei concretizadora da moralidade?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na verdade, não tem caráter inédito a norma da Constituição que se refere à vida pregressa. Por quê? Porque, sob a égide da Carta anterior, a Carta Federal de 69, já havia a expressa referência à vida pregressa.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu digo novidade na Carta de 1988. Não havia esse referência "vida pregressa".

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na verdade, o artigo 151, inciso IV, da Carta outorgada pelo triunvirato militar, curiosamente estabelecia, para efeito de definição das hipóteses de inelegibilidade, a moralidade para o exercício de mandato, levando em consideração a vida pregressa do candidato. Isso em 69.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É. Mas, na nossa Constituição, não havia isso - na originária. Veio por efeito da emenda 14.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É. Não é algo estranho ao constitucionalismo brasileiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora, eu só diria

RE 630.147 / DF

que Vossa Excelência tirou a conclusão exatamente contrária, a meu ver, com todas as vênias de estilo. É que o artigo 16, segundo as nossas premissas – e nós reafirmamos isso neste caso –, integra as cláusulas pétreas. É isso que já afirmamos. É esse precedente que estou a mencionar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Da Ministra ELLEN GRACIE.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu também já disse isso. Eu já afirmei isso também. Já fiz os maiores elogios ao 16.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Então, na verdade, o art. 14, § 9º, tem que ser interpretado... E o meu querido e velho professor, da Alemanha, Hans-Uwe Erichsen, teve a oportunidade de escrever sobre isso, se era possível fazer interpretação conforme de norma constitucional derivada, à luz do texto constitucional. Ele dizia, inclusive, que dever-se-ia ter muito cuidado com isso. Mas, claro, não é o artigo 14 que é o parâmetro que vai limitar o artigo 16. Estamos a afirmar é que o artigo 16 configura cláusula pétrea, que precisa ser respeitada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - E o 14 também, porque fala do voto. Fala da eleição. E o voto é cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Desculpe-me, estou lhe falando...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Com a eleição sem voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não podemos falar de cláusula pétrea, Ministro, de norma posta por emenda constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Podemos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O artigo 14 inaugura o capítulo dos direitos políticos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou falando do § 9º.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Todo o direito fundamental, ainda que por arrastamento, é cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe-me, Ministro, não é assim que a doutrina trata a cláusula pétrea. Não. Normas que são introduzidas por emenda constitucional não são cláusulas pétreas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Esse artigo 14, § 9º, na medida em que fala de legitimidade e regularidade das eleições, está se referindo a quê? Está protegendo o eleitor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência que falou que foi colocado por emenda. Por emenda constitucional, obviamente não é cláusula pétrea.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E acrescentar os direitos fundamentais nas cláusulas pétreas, não, Ministro?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas esses valores remontam ao próprio princípio republicano.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu só estou tentando ajudar a argumentação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o que for acrescentado como direito fundamental no artigo 5º não se torna cláusula pétrea?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Também não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por emenda constitucional?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também não. Há uma vasta doutrina em torno desse assunto e pode-se disputar. Mas, obviamente, não é esse o argumento. O artigo 16, obviamente, é a base. Foi isso o que dissemos, pelo menos na ADI 3.685, inclusive com o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, eu reconheço a importância enorme do artigo 16, só que ele tem que ser interpretado à luz da regra mais nova do que ele, que é o § 9º do artigo 14.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, para

RE 630.147 / DF

evitar o casuísmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas eu prossigo, presidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministros, estamos aqui numa discussão com pontos de vista pétreos. Faça-me o favor, ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu lembrava, portanto, a passagem do voto da Ministra Ellen. E ela dizia claramente, na ADI nº 3.685, o seguinte:

"5. De qualquer modo, o que realmente merece examinar no julgamento da presente ação direta é a constitucionalidade da aplicação da nova regra eleitoral sobre coligações partidárias às eleições gerais que serão realizadas em menos de sete meses".

A Ministra faz referência ao artigo 16 da Constituição e então cita a doutrina de Fávila Ribeiro, nos seguintes termos:

"Fávila Ribeiro, ao dissertar sobre a essência do princípio em análise, preconiza que o tempo é um elemento marcante da dinâmica eleitoral, sendo necessário redobrar as cautelas para que não seja utilizada para os desvirtuamentos, 'fomentando situações alvissareiras para uns e prejudiciais para outros'. Adverte-se esse doutrinador que 'as instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor do dirigismo normativo das forças dominantes de cada período'."

Esse notável publicista estava preocupado com aquilo que é de sabença comum em sede de jurisdição constitucional: que as minorias sejam asfixiadas pela maioria, ao fazer as leis.

Continua a Ministra Ellen Gracie:

“Salienta, outrossim, a importância do pleno discernimento entre a necessidade do aperfeiçoamento legislativo advindo com as reformas e 'a noção do tempo inapropriado para empreendê-las, evitando a fase em que já estejam iniciados os entrechoques e personificados os figurantes com as suas siglas partidárias e mesmo com coligações já definidas, ainda que não formalizadas pelas respectivas convenções'.”

E diz Sua Excelência, ainda:

“Este Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, realizou aprofundado exame a respeito da importância e da altivez do art. 16 da Constituição Federal e do princípio nele encerrado, ainda que o ponto central dos debates travados tenha sido a melhor interpretação a ser dada à locução “processo eleitoral”, mais restrita que o termo “direito eleitoral” contido no art. 22, I, da mesma Carta.

Na ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93, impugnou-se norma (art. 2º da Lei 8.037/90) cuja vigência imediata alterava, já para as eleições que ocorreriam no ano de 1990, o critério a ser adotado no cômputo de votos, no que diz respeito à prevalência do candidato ou do partido, quando houvesse dúvida sobre a real intenção do eleitor. Embora tenha prevalecido a tese de que não se tratava de norma relativa ao processo eleitoral, mas sim de direito material, destinada à interpretação da vontade já livremente manifestada pelo eleitor, relevantes manifestações sobre o princípio constitucional da anterioridade eleitoral vieram à tona, tanto nos votos que formaram a maioria, como nos vencidos.

Sua Excelência prossegue para dizer o seguinte:

É norma que, conforme ressaltou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354, protege o mais

importante e relevante dos processos estatais da democracia representativa, o processo eleitoral, que assim o é “pela razão óbvia de que é ele a complexa disciplina normativa, nos Estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas”. Nessa mesma linha de pensamento, assim asseverou a douta Procuradoria-Geral da República em seu parecer:

“A força dessa idéia é muito vigorosa: a aceitação pelos cidadãos de determinados agentes políticos, e com eles, de todas as decisões políticas tomadas em seu favor, tem o lastro basicamente no procedimento, ou seja, no caso, no processo eleitoral. O seu trabalho é assimilado pela sociedade em vista da seleção que o apóia.”

9. Além de o princípio constitucional da anterioridade eleitoral 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 da Constituição ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

E aí cita evolução da jurisprudência neste sentido. Mas avança para dizer o seguinte:

“10. No tocante à garantia fundamental do devido processo legal, na sua ótica substancial, ressaltou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, na ADI 354, não ser o bastante, para o processo eleitoral, que o jogo possua regras, sendo, assim, necessário que estas sejam prévias “à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis, até a sua decisão”. Assevera, ainda, S. Exa que a anterioridade exigida pelo art. 16 “é essencial à aspiração de segurança e de isonomia, que estão subjacentes à idéia qualificada de processo, como do devido processo legal”. Trata-

se, aqui também, de um devido processo legal qualificado, não bastando que o legislador, mesmo o constituinte derivado, respeite os preceitos que regem o processo legislativo, impondo-se, ainda, a observância da anterioridade.

11. Sobre o processo eleitoral e o impacto nele causado pela alteração temporalmente inadequada das normas que regem as coligações partidárias, além do que já foi asseverado, ressalto que tal correlação há de ser obtida até mesmo na visão mais restritiva do alcance da expressão processo eleitoral perfilhada pelo eminente Ministro Moreira Alves.

O Ministro Moreira Alves, nós sabemos, compôs a maioria, fazendo a distinção entre o processo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fazendo a distinção onde a Constituição não distingue.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - A Constituição distingue direito material e direito processual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No artigo 16, não. Perdoe-me, Vossa Excelência. Então, Vossa Excelência deve ter um exemplar da Constituição que não tenho.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, no 22. Por favor, leia o 22, que Vossa Excelência vai perceber a diferença.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou me referindo ao artigo 16. Nele estamos centrados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A interpretação do 16, aí é que reside a controvérsia.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Vamos interpretar em harmonia com o todo da Constituição, o princípio da unidade da Constituição, para o alemães, é o maior princípio da Constituição no plano instrumental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência está falando ao Ministro Gilmar Mendes, que foi aluno na Alemanha. Eu não fui!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É. O Ministro Gilmar Mendes sabe disso, que, na Alemanha, na doutrina e na jurisprudência alemãs, o princípio da unidade da Constituição é o de maior estatura sistêmica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos lá Ministro Gilmar Mendes, por favor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sobre o julgamento da ADI nº 354, dizia então a Ministra Ellen, referindo-se a Moreira Alves:

“(…)Que o processo eleitoral abrange as normas instrumentais diretamente ligadas às eleições desde a fase inicial, até a final. Ora, a coligação partidária nada mais é do que um dos instrumentos utilizados no processo eleitoral para composição de alianças com o objetivo de participação nas eleições em condições de maior competitividade. Diz respeito ao somatório de forças de um grupo de partidos políticos na apresentação de uma só candidatura para um determinado cargo eletivo.

Citava, então, Gallotti e dizia:

“Não vejo exemplo mais eloquente de influência a esse equilíbrio de força do que a mudança nas regras concernentes às coligações. Também nesta direção trilhou a Casa na ADI nº 1.407, medida cautelar, na qual o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, afirmou em seu douto voto *‘que o tema concernente às coligações partidárias, não obstante resultem essas da decisão exclusiva dos partidos políticos e de um juízo de conveniência que somente a eles pertence, projeta-se, por sua natureza mesma, no âmbito do processo eleitoral, não podendo ser invocado como fator de restrição à atividade normativa desenvolvida pelo Poder Legislativo em campo que se insere na esfera de sua privativa competência*

institucional'.

E concluía dizendo:

“Também não procede a afirmação de que este Supremo Tribunal teria considerado a aplicação da norma prevista no artigo 16 da Constituição Federal restrita à atividade do legislador ordinário, por ter entendido legítima a aplicação imediata da Lei Complementar nº 64, que veio a atender ao imperativo presente no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. No julgamento do RE nº 129.392, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu a maioria dos membros do Plenário que o citado artigo 14, § 9º, da Carta Magna, exigia a elaboração de um diploma inovador, que viesse complementar o novo regime constitucional de inelegibilidades.”

É o que disse Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Está vendo Vossa Excelência dizendo inovador, inaugural.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Referindo-se ao caso da Lei Complementar nº 64.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- Então, a alínea "k" é inaugural, é inovadora.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto à Lei Complementar nº 64/1990, não quanto à nº 135/2010, mesmo porque a ordem cronológica dos fatos não autoriza essa conclusão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quem diz isso é a Ministra Ellen Gracie em relação, portanto, à Lei Complementar nº 64/90:

“Trata-se, portanto, de uma exceção ou de uma conformação de vontades do próprio constituinte originário que não descaracteriza o princípio da anterioridade como garantia fundamental capaz de limitar o exercício do poder de revisão. A propósito, na ADI nº 939, medida cautelar, já

analisada, nem mesmo as exceções previstas na própria Constituição à aplicação do princípio da anterioridade tributária impediram que essa Corte reconhecesse o caráter de garantia individual do contribuinte desse postulado. Conforme asseverou o Ministro Ilmar Galvão em seu voto, tal circunstância *'só reforça o princípio-garantia na medida em que serve para demonstrar que, para excepcioná-lo, se faz mister a iniciativa do próprio constituinte originário'*. Cabe por último advertir - dizia Sua Excelência, ainda -, que a modificação no texto do artigo 16 pela Emenda Constitucional nº 4/93, em nada alterou o seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico, já que a redação original (*A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação*) provocava dificuldades na implementação das mudanças pretendidas, pois, conforme bem analisado por José Afonso da Silva, criava o dispositivo constitucional em debate verdadeira *vacatio legis*, que evitava casuísmo nas épocas eleitorais, *'mas dificultava a regulamentação no processo eleitoral'*.

E cita, no mesmo sentido, também, Celso Ribeiro Bastos. Isso também foi objeto do meu voto nessa mesma ADI.

E, por isso, ela julgava procedente, como depois todos nós fizemos, o pedido na Ação Direta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Relativamente a uma emenda constitucional...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Relativo a uma Emenda Constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... que não chegava à inelegibilidade, versava apenas coligações: liberdade dos partidos políticos de unirem-se em certa eleição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Assim, passou-se a identificar, no artigo 16, essa garantia fundamental do cidadão eleitor, do cidadão candidato e dos partidos políticos, e fez-se aquela analogia a que

RE 630.147 / DF

eu já me referi.

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 (julg. 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) Inocorrência 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 (julg. 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

RE 630.147 / DF

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* da norma constitucional.

2.1) o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visam a receber e 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) *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.

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, isto é, 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.

RE 630.147 / DF

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*. Não há dúvida, portanto, que a alteração de regras de elegibilidade repercute de alguma forma no processo eleitoral.

Essas constatações, um tanto apodíticas, visam apenas superar a aplicação de alguns parâmetros extraídos da jurisprudência do STF, 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 conseqüências 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.

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

RE 630.147 / DF

devido processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas que, no curso do pleito eleitoral, acabam por levar a apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político.

Inclusive, no debate que se travou – e eu chamava a atenção para essa questão, embora nós tenhamos argumentos que se cruzam, às vezes que se chocam – inicialmente se disse: “é apenas uma questão de inelegibilidade e nada tem a ver com a questão criminal”. Depois, se fez uma lista, uma catilinária contra o candidato, revelando, inclusive, um inquérito policial. Mas isso nada tem a ver com o processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estaria a correr em segredo de Justiça.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso não está em jogo aqui, só está em debate aqui a alínea "k". Vossa Excelência está falando sobre a lei toda, a Lei nº 135. É só a alínea "k".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Foi isso que eu trouxe agora. E aí até lembrava e perguntava ao Procurador-Geral. Vejam que esses fatos todos ocorreram. Vejam como isso é difícil. A gente tem vivenciado isso também na realidade do Tribunal. Esses fatos todos, nesse caso específico, ocorreram em 2006/2007, e até agora nós estamos em fase de investigação de inquérito criminal. Não há sequer denúncia, Senhor Presidente, nesse processo. Como nós temos inquéritos nos nossos gabinetes que tramitam – estamos tentando fazer essa correção –, por dez anos, como inquérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Inquérito nº 650, caso Arruda, ainda não resultou em uma ação penal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E vários casos dessa delinquência política continuam nesse quadro. Ainda há pouco eu me lembrava, estava vendo uma nota na Agência Estado, que o fenômeno do chamado "Caso dos Alopados", que agora volta a ser lembrado por conta das eleições em São Paulo, continua ainda na fase de inquérito. O

Caso Valdomiro Diniz, que, depois, leva ao Mensalão, parece que também não teve desdobramento. Quer dizer, é preciso que a máquina de investigação processual, criminal e penal prossiga, faça alguma coisa e não busque esse tipo de subterfúgio da legislação. Ou seja, é preciso que haja julgamento. Nós fizemos, Presidente, Vossa Excelência e eu, esse esforço grande no CNJ, de transformar o ano de 2010 no ano da Justiça Criminal. De dar uma dinâmica à Justiça Criminal. É preciso que haja consequência, mas essa é uma consideração *a latere*, só para mostrar a que ponto se pode chegar. Nós estamos há quatro anos desse episódio, que tem transparência, que foi dito aqui da gravidade desse fato. Veja, não temos sequer, ainda, a denúncia. Se tivesse sido oferecida a denúncia, muito provavelmente já teríamos, se fosse o caso, uma condenação de primeiro grau. Se fosse o caso, ou não, ou a absolvição, seja lá o que for. Mas, veja, ainda estamos na fase de inquérito. Só para fazer, portanto, esse reparo e chamar a atenção para as situações absurdas que podem se configurar.

Vou prosseguir.

Senhor Presidente, a alteração de regra sobre inelegibilidade certamente interfere no processo político de escolha de candidatos, processo esse que envolve os próprios candidatos. E aí não quero ficar fazendo esse tipo de subjetivação. É saber exatamente isto: Cabe ou não cabe o exame? Não é o bonzinho ou o mauzinho, não é aquele que está tismado com tal mancha. Apenas este juízo: Interfere no processo de escolha dos candidatos? Processo esse que envolve os próprios candidatos, os partidos políticos e terceiros. Por exemplo, os parentes que sofreram causa possível de inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14.

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 se encontra 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 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 nº 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 (consangüíneos 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 Lei Complementar nº 64/1990, art. 1º, incisos 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

RE 630.147 / DF

na deliberação sobre as coligações a serem eventualmente realizadas (Lei nº 9.504/1997, art. 8º, *caput*).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há algo interessante, muito sintomático. A Lei é de 4 de junho. Em 10 de junho, tivemos o início das convenções para a escolha dos candidatos. Nesse dia, realizou-se a do Partido Verde.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral e agora encampado pelo voto do Ministro Carlos Britto, 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.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu citei tanta jurisprudência! E posso citar de novo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E eu tentei, exatamente, fazer a análise para mostrar os precedentes tal como eles foram proferidos. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos que concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que, a meu ver, se inicia com a escolha e 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 nº 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

RE 630.147 / DF

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.

Vossa Excelência, Ministro Ayres Britto, nesse caso, se manifestou de uma forma muito enfática. Dizia Vossa Excelência:

“(...) 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 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 nº 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto, poucos dias antes realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/97). 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 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Antes das convenções.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Antes das convenções, do contrário não se chega a elas.

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, Presidente, dessa forma, gira em torno da restrição de direitos fundamentais de caráter político. Não há nenhuma dúvida que nós estamos a falar aqui de direitos fundamentais, e consideramos que eles integram, portanto, o rol das cláusulas pétreas.

Nesse contexto, cumpre fundamental papel o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional do devido processo legal eleitoral. E neste ponto cabe ressaltar que são completamente infundados, com as vênias de estilo, os argumentos suscitados 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 incidência 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. Nós mesmos já dissemos isso aqui: direito à saúde como direito fundamental, direito ao salário mínimo como direito fundamental, direito à educação como direito fundamental, muitos deles como expressão da própria dignidade da pessoa humana.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas ninguém discorda disso. Tudo é direito fundamental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Afirma-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 (DE VERGOTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedan, 2. Ed., 2000, p. 293.). No mesmo sentido: MATO, Giuliano; BARBERA, Augusto (org.). *Manuale di diritto pubblico*. Vol. I. Bologna: il Mulino, 5. ed., 1997, 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 (julg. 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 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.**

Um outro ponto importante aqui já referido: **o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances**. 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 Políticos 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 a 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 das 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 a possibilidade de estabelecer 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 ao aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade

livre a aberta. Daí afirmar Dieter Grimm, esse Juiz da Corte Constitucional alemã e notável doutrinador, 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 (GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p 599).

Sobre esse tema – essa questão da *Grundsatz der Gleichheit*, que começa na República de Weimar com as obras de Herman Heller e, depois, de Carl Schmitt – cito trechos do trabalho de minha autoria (MENDES, Gilmar Ferreira. *Propaganda Eleitoral. Horário Gratuito. Distribuição Equitativa*. Revista de Direito Público, v. 20, n. 82, p. 100-110, abr./jun. 1987), também referidos no voto que proferi na ADI 1.351 (cláusula de barreira) :

“O princípio da *Chancengleichheit* 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 idéias e interesses” (HELLER, 1929, p. 95). 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. Isto pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas dela vir a se tornar maioria (HELLER, 1929, p. 9).

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 (SCHMITT, 1971, p. 43-44). 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, 1971, p. 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 (SCHMITT, 1971, p. 44), 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 (SCHMITT, 1971, p. 46). 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, 1971, p. 46).

Destarte, 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 (SCHMITT, 1971, p. 47). 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, 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 (art. 38 e 28) (FORSTHOFF, 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, 1951, 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 pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3.º, 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 — *Wahlrechtsgleichheit* — (Lei Fundamental, art. 38, 1). 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, 1) e ao postulado geral da isonomia (art. 3.º, I) passaram a ser invocados como fundamento do *direito de igualdade de chances* dos partidos políticos (BATTIS, 1981, 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; MORLOK, 1981, p. 42).

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 2.º Senado da Corte Constitucional o conceito de “igualdade de chances gradual” — *abgestufte Chancengleichheit*, de acordo com a “significação do Partido” (*BVerfGE*, 14, 121) (cf. LIPPHARDT, *op. cit.*, p. 691-692).

Considerou-se, dentre 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 Chancengleichheit*), 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).

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 (SCHMITT, 1971, p. 49). 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, 1971, 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; MORLOK, 1981, 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, 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 (§ 5), 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; MORLOK, 1981, 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. 438-439 e 700-701). 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, 1981, p. 21-22; *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. In BENDA; MAIHOFER; VOGEL, 1995, v. 1, 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; MORLOK, 1981, 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). 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 através de recursos públicos não era compatível com a liberdade e abertura do processo de formação da vontade popular (BVerfGE 20, 56; BATTIS, 1981, p. 27-288).

Calcado na orientação consagrada pelo Tribunal, que considerava legítima apenas a alocação de recursos públicos para fazer face 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’, não 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, 33,4 milhões. Nessas condições, se se*

considerar 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) (cf. BATTIS, 1981, 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. In BENDA; MAIHOFER; VOGEL, 1995, v. 1, p. 344-345). O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da “igualdade de chances” (Lei Fundamental, art. 3.º, 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. In BENDA; MAIHOFER; VOGEL, 1995, v. 1, p. 344).

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, RF161/78; CAMPOS, RDA72/403).

Em virtude, a chamada “força irradiante do princípio da igualdade” parece espalhar-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, RF116/396).

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 pólo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade” (CAMPOS, RF116/396).

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, RF116/396).

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, 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. In BENDA; MAIHOFER; VOGEL, 1995, v. 1, p. 344; SCHMITT, 1971, 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 discricção, 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, RF116/396).

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, artigos 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 5.682/71, art. 2.º) (LEIBHOLZ, 1973, p. 81; DENNINGER, 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 programáticas, 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, 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, dentre

outras, não negligencie a idéia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.”

Com base nessas considerações, não tenho dúvidas de que o art. 16 da Constituição funciona também como uma proteção da igualdade de chances no processo eleitoral. Na medida em que a instituição de novas causas de inelegibilidade interfere no direito de acesso aos cargos públicos por parte dos candidatos e, dessa forma, na liberdade de escolha de candidaturas pelos partidos políticos, ela deve ser submetida ao princípio da anterioridade eleitoral, sob pena de violação clara à igualdade de chances no processo eleitoral.

Trato agora de um outro tema, Presidente, igualmente aqui mencionado, que é a questão da **anterioridade eleitoral como garantia constitucional das minorias e o papel da jurisdição constitucional numa democracia**. Esse é um tema importante que precisa ser tratado.

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 os critérios que regerão o processo eleitoral.

Vamos imaginar, por hipótese, que daqui a pouco não se afigure

RE 630.147 / DF

mais suficiente, para satisfação desse chamado princípio da probidade ou da moralidade, a sentença de segundo grau condenatória. Bastará, então, a sentença de primeiro grau condenatória. Isso se faz pouco antes da convenção partidária. Mas, daqui a pouco, vai se descobrir que é insuficiente até mesmo a condenação. Diz-se: “Ah, agora basta a denúncia para atender ao princípio da probidade”!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Se isso acontecer, Ministro, nós vamos examinar, aqui, caso a caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós estamos no plano da teratologia.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Faremos a poda.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aí, Presidente, se isso for insuficiente para determinar os desideratos, dir-se-á: “Ah, mas contra ele tem um inquérito, ou um inquérito civil”!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E por que não uma inelegibilidade por mera suspeita?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Nós não vamos concordar. É um argumento **ad terrorem**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é. Se o legislador tem essa possibilidade...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Com a Lei Complementar nº 5, bastava, quanto a certos crimes, o recebimento da denúncia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, naquele modelo da lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Exato. Por isso, dizia-se que esse preceito não se coadunava com a Carta da República, sob o ângulo do princípio da não culpabilidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E isso pode ser feito de modo obviamente casuístico, para atingir determinado tipo ou grupamento de pessoas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso é hipotetização, Excelência, não é positivação jurídica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não! É positivação.

O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental, portanto, destinado a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar, em situações nas quais, por razão de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar a qualquer tempo as regras e os critérios que regerão o processo eleitoral.

Se, hoje, admitirmos que uma nova lei pode ser publicada dentro do processo eleitoral para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos também de admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar os mesmos prazos da inelegibilidade com efeitos retroativos. E, assim, a cada pleito eleitoral, os requisitos de elegibilidade ficariam a mercê de vontades políticas majoritárias.

Presidente, não há princípio da proibidade que possa justificar esse tipo de possibilidade. Não há. Essa regra é cláusula pétrea. E o fato de se ter que esperar um ano é uma segurança para todos. Não se trata de proteção ou desproteção para qualquer das partes eventualmente envolvidas; faz parte de um processo civilizatório, precisa ser respeitado.

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” aos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*), conforme já foi ressaltado, aqui, a partir do voto do Ministro Dias Toffoli. É um direito fundamental? Sim. É passível de limitação? Sim. Nenhuma dúvida. A Constituição já permite a disciplina. Agora, entre os “limites dos limites” está a cláusula do artigo 16. Não se pode fazer alteração afetando o processo eleitoral neste período.

E não se utilize também o argumento, Presidente, de que a lei tem

fundamentos éticos evidentes. Porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos.

Não vou nem fazer análise do texto em muitos dos seus aspectos. Mas, por exemplo, quando considero que a exclusão – e isso está no texto – de uma entidade associativa corporativa acarreta inelegibilidade. Presidente, eu fico bastante preocupado. Só faço o registro para se ter em mente o CREA, a Ordem dos Advogados. Quer dizer, exclui um...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Depois do devido processo legal cumprido, excluir? É uma condição que me parece razoável.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu fico preocupado. Devemos estar em mundos diferentes, Presidente. Fico muito preocupado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A Ordem dos Advogados têm tribunais de ética com o direito de recurso muito sofisticados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O problema é que está em jogo apenas a alínea "k", e Vossa Excelência não fala da alínea "k".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Falei de tudo, Ministro. Estou falando de tudo, Ministro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É a alínea "k", exclusivamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou falando do artigo 16, com a sua integral aplicação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O artigo 16 é pético, mas não se aplica ao caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como não se aplica?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Porque a alínea "k" é diferente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, mas eu prossigo.

A história mostra que em geral os totalitarismos se louvam nesse tipo de argumento ético. Não precisamos citar – Mussolini, Hitler – em geral, se inspiram nesses fundamentos éticos.

A aplicação do princípio da anterioridade não depende de consideração sobre a moralidade da legislação. O artigo 16 é uma barreira objetiva contra a maioria e, dessa forma, deve ser aplicado por essa Corte.

É isso que resulta do modelo.

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.

Nós podemos ter várias dúvidas sobre o papel da jurisdição constitucional. Mas, certamente, se perguntarmos um dos *ethos* básicos da jurisdição constitucional a um aluno de primeiro ano de Direito, ele vai dizer: "proteção da minoria".

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*. 2ª 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 idéia. 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. *Verfassungserichtbarkeit - 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 ímpetus 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.

Por isso que já disse, na introdução ao meu voto, Presidente, que não me impressiona o fato de ser uma lei de iniciativa popular. Ela também está submetida ao controle de constitucionalidade. E também, claro, nós não devemos ser ingênuos a ponto de imaginar que se colhem dois, três, cinco milhões de assinaturas sem a participação de organizações que podem ser ocupadas partidariamente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Foram quarenta associações da sociedade civil.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, não estou discutindo o mérito da lei. Acredito que ela tem méritos. Agora é preciso que nós reparemos nesses aspectos. Então, imantar com a possibilidade de não mais se controlar, dar uma indenidade à lei, porque ela partiu de uma iniciativa popular?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas quem disse isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria constitucional “goela abaixo”!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Alguém

afirmou isso?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então não há motivo para contestar. Vamos continuar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ninguém afirmou. Eu estou afirmando, Senhor Presidente.

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 artigo 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, por isso, não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional se afirma é nesse momento. É por isso que se dá garantia para o juiz, porque ele não precisa buscar aplauso fácil das ruas. Ele pode arrostar. Senão as pessoas ficariam com medo de dar um *habeas corpus*, Presidente, como já ocorreu neste País em alguns momentos, porque o tipo de ação que se pretende tem apoio popular. Mas assim se constrói o fascismo, Presidente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas quem, aqui, busca apoio popular? Eu fico preocupado é com isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu é que estou afirmando.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Todos nós fizemos uma análise rigorosamente jurídica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - 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 do 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 acrílicos 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: *Il Crucifige! e la democrazia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de cento e vinte 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 obra 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 agüentar.”

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 do Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia.

Por isso, acredito que nós devemos, hoje, cumprir bem a missão, o *ethos* para o 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.

Não tenho a menor dúvida, Presidente – novamente volto a ressaltar –, a Lei da Ficha Limpa representa um incomensurável avanço na nossa democracia. Em termos gerais, seu conteúdo é extremamente importante para o regular desenvolvimento dos processos eleitorais, segundo parâmetros de moralidade e probidade. Não há controvérsia sobre isso. E nós temos avançado nesses processos. Eu lembrava que, inicialmente, esses casos de renúncia se faziam até praticamente o julgamento nas Casas do Congresso: Senado e Câmara. Depois, veio uma limitação, fruto de emenda constitucional, após os episódios da chamada "CPI do orçamento". E assim temos avançado também nos processos do Supremo Tribunal Federal, que passaram a tramitar sem necessidade de licença do Congresso, após aquele primeiro modelo de 88, modelo originário, que era compreensível, porque viemos de um modelo ditatorial que tinha cassado parlamentares.

Portanto, Presidente, a aplicação do princípio da anterioridade, para postergar a vigência desta lei, não significa uma reprovação do seu conteúdo em termos gerais. Não é disso que se trata. A lei, com todas as suas virtudes, poderá ser normalmente aplicada nas próximas eleições.

Temas específicos poderão ser, depois, discutidos, tendo em vista as suas peculiaridades. Eu não teria dúvida também, Presidente, em subscrever a tese do ato jurídico perfeito. Não vou me alongar, até porque os argumentos aqui também são suficientes. Parece-me que a questão central está posta, tendo em vista o artigo 16, que é uma norma que realmente preconiza um processo civilizatório constitucional. Isso precisa ser devidamente observado.

Quanto à questão que Vossa Excelência suscitou – e eu peço desculpas, porque eu acabei entrando no mérito da discussão antes – eu já havia concordado quanto à necessidade ou possibilidade de que o Tribunal faça esse exame. A partir do conhecimento, como declarou o Ministro Marco Aurélio, do recurso, podemos examinar, tendo em vista outros fundamentos.

RE 630.147 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ultrapassada a barreira do conhecimento, julgamos a causa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora, por conta da minha própria argumentação, da argumentação aqui desenvolvida, e tendo em vista inclusive o debate que se deu no Congresso Nacional, por razões técnicas ou de adaptação, eu entendo que, no mérito, não é de se acolher a proposta. De modo que eu entenderia cabível sim, em tese, mas me parece que, aplicado o artigo 16, nós chegaríamos a bom porto, sem a necessidade de afirmarmos a inconstitucionalidade formal do texto.

E, claro, também não acolho a tese da presunção de inocência, até porque não me parece que o tema esteja em debate. Se se colocar a questão numa outra perspectiva – por exemplo, nós discutimos isso claramente na ADPF 144, da qual foi Relator o Ministro Celso de Mello –, poderemos examinar esse tema, mas aqui me parece que bastam os fundamentos expendidos.

Portanto, com essas considerações, eu dou provimento ao recurso, Presidente.