

SEM REVISÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: As ações declaratórias de constitucionalidade n. 29 e n. 30, e a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.578, em seu conjunto, têm por objeto, na parte conhecida conforme o voto do Ministro Relator, as alíneas “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010.

O eixo da argumentação desenvolvida pelos requerentes diz respeito ao confronto entre esses dispositivos da Lei Complementar 135/2010 e os princípios da (I) **irretroatividade da lei**, da (II) **presunção de não-culpabilidade** e da (III) **proporcionalidade**.

Analisemos, então, as questões levantadas.

I. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

É, ainda hoje, multiplamente referida a lição de Moreira Alves (relatório/voto na ADI 493, julgada em 25.6.1992) citando José Carlos de Matos Peixoto, o Professor Matos Peixoto, no Curso de Direito Romano:

"Normalmente as leis dispõem para o futuro, não olham para o passado. Em consequência, os atos anteriores à vigência da lei nova, regulam-se não por ela, mas pela lei do tempo em que foram praticados - *tempus regit actum*.

Entretanto, algumas leis afastam-se, excepcionalmente, dessa regra e retrocedem no tempo, alcançando fatos pretéritos ou os seus efeitos. Tais leis chamam-se retroativas. Mas a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade. Desse ponto de vista, distinguem-se, em direito civil – dizia Matos Peixoto, citado por Moreira Alves – três graus de retroatividade: máxima, média e mínima.

Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consumados. Está nesse caso, por exemplo, a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres, os juros já recebidos. Também o era a lei francesa de 12 de brumário, do ano II (3 de novembro de 1793), que admitiu esses naturais à sucessão paterna e materna em igualdade de condições com os filhos legítimos, desde 14 de julho de 1789, data em que, segundo as leis revolucionárias da época, *les droits de la nature ont repris leur empire*. A retroatividade operava radicalmente no passado, até a data referida, refazendo mesmo as partilhas definitivamente julgadas. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor. Tal é a Constituição de Justiniano que limitou a seis por cento, em geral, após sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores. No mesmo caso está o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, Lei de Usura, que reduziu a doze por cento, em geral, as taxas dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.”

E prosseguia, então, o Ministro Moreira Alves:

“Como assinala Arnold Wald, 'a doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta os negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança os direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei novas consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior.

Nesse sentido, por igual, a lição de Caio Mário da Silva Pereira – dizia então Moreira Alves:

‘Quando uma lei atinge os efeitos dos atos jurídicos praticados ou as situações jurídicas constituídas, ou os direitos subjetivos adquiridos sobre o império da lei caduca, diz-se que é retroativa. Os princípios de direito intertemporal têm por escopo indagar em que casos ocorre a retroatividade da lei, e formular as regras, segundo as quais o aplicador se informa de quando o efeito imediato da lei não envolve uma atuação retrooperante. Noutros termos, sob a rubrica Direito Intertemporal, a Ciência Jurídica formula os princípios que devem nortear o intérprete na conciliação daqueles dois cânones fundamentais do ordenamento jurídico, que são a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas’”.

E ele dizia ainda mais – o Min. Moreira Alves –, citando agora um dos nossos clássicos do Direito Civil; nada mais, nada menos do que Serpa Lopes:

“Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito pode gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem, necessariamente, sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àquelas situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhados pela nova lei revogadora.”

E, mais adiante, – diz Moreira Alves – refutando a tese de que a aplicação imediata é inconfundível com o efeito retroativo, completa Serpa Lopes:

O argumento em geral não nos parece procedente. A lei pretérita teve vigência num determinado espaço de tempo e os fatos jurídicos então ocorridos muitas vezes não se paralisam igualmente com a cessação da lei. Pelo contrário. Muitos deles se projetam durante largo tempo, em etapas continuadas, como num filme cinematográfico.

A controvérsia gira, precisamente, em torno de se saber até que ponto deve chegar o respeito aos efeitos da lei pretérita.

O argumento de que a lei pretérita só pode ser tomada em consideração, pelo juiz, tanto quanto lhe autorize ou lhe dê força a lei vigente e obrigatória, é possível em países onde a irretroatividade da lei não for princípio constitucional. Mas onde quer que, como acontece entre nós, a irretroatividade constituir um princípio constitucional, a lei pretérita tem força de aplicação em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída, ou de um julgado de que não caiba mais recurso.”

A doutrina portuguesa moderna também adota a distinção da retroatividade em três graus:

a) A retroatividade de grau máximo seria aquela em que a lei nova nem sequer respeitasse as situações definitivamente decididas por sentença transitada em julgado ou por qualquer outro título equivalente (sentença arbitral homologada, transação etc.) ou aquelas causas em que o direito de ação já havia caducado (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226). Ou seja, não seriam respeitadas as *causae finitae*.

b) Na lição de Baptista de Machado, o segundo caso, que podemos chamar de retroatividade média, está representado por aquela situação que, “respeitando embora as *causae finitae*, não se detém sequer perante efeitos jurídicos já produzidos no passado, mas que não chegaram a ser objecto de uma decisão judicial, nem foram cobertos ou consolidados por um título equivalente”⁵¹; nesse sentido, observa-se que tal retroatividade viria a se verificar se, v. g., uma lei nova viesse a reduzir a taxa legal de juros máximos e estabelecesse a sua aplicação retroativa em termos de obrigar a restituir os próprios juros vencidos sob a lei anterior (e em face desta perfeitamente legais) (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226).

c) Finalmente, mencione-se a também chamada retroatividade mínima ou normal, que respeita os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica sob a lei anterior; seria o caso se lei nova viesse a estabelecer prazo mínimo mais longo para arrendamento rural e mandasse aplicar esse prazo aos contratos em curso no momento do início de vigência ou, ainda, se a lei nova viesse reduzir o máximo da taxa legal de juros e se declarasse aplicável aos juros dos contratos de mútuo em curso no momento do seu início de vigência, relativamente aos juros que viessem a vencer no futuro (Cf. João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 12. reimpr., Coimbra, 2000, p. 226).

Quando a LC 135/2010 estabelece como causa de inelegibilidade a condenação, por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa (alínea “l” do inciso I do art. 1º), por exemplo, ela inevitavelmente assume um carácter retroativo. Essa retroatividade, poder-se-ia dizer, insere-se, pelo menos, na categoria dogmática da retroatividade mínima, podendo assumir até mesmo contornos de retroatividade máxima.

Isso porque ela incide sobre a garantia, já assegurada aos cidadãos antes de seu advento, de que a sanção de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, ela repercute diretamente sobre os recursos processuais já

interpostos e seus respectivos efeitos. Ela tem o condão, inclusive, de afastar o obrigatório efeito suspensivo do recurso em ação de improbidade administrativa.

O dispositivo que trata dos efeitos da renúncia a cargo de mandato eletivo é outro bom exemplo. A alínea K, do art. 1º, inciso I, da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010, assim dispõe:

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

Parece-me evidente que esse dispositivo não pode abarcar os casos de renúncia ocorridos antes de sua entrada em vigor. Isso sob pena de se tornar uma norma *ad hoc*, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do estado de Direito e da Democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro.

Não se pode negar, nessa perspectiva de análise, que o legislador apanhou fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro, em detrimento dos direitos políticos fundamentais de cidadãos específicos.

Nesse contexto, importante ressaltar que, em matéria eleitoral, esta Corte possui um importante precedente – firmado no julgamento da ADI 966, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11.5.1994 – que deixa consignado entendimento sobre a inconstitucionalidade da lei que retroage para apanhar fatos passados (conhecidos do legislador) e atribuir-lhes efeitos futuros. Isso ficou muito claro nos votos vencedores de então, por exemplo, o voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio:

"Frise-se, por oportuno, que o inciso IV do artigo 17 da Carta em vigor, no que preceitua o funcionamento parlamentar de acordo com a lei, não diz respeito, em si, à legitimidade para a indicação de candidatos a concorrerem a pleito eleitoral. Junge, isto sim, à atuação político-partidária no âmbito de cada Casa Legislativa ao que previsto em lei. O dispositivo não tem o condão de abrir ao legislador ordinário a possibilidade de limitar a participação nos certames eleitorais dos pequenos partidos, afastando, assim, a representação das minorias."

Ressalte-se que o Min. Marco Aurélio falava exatamente sobre a função desta Corte na defesa das minorias:

"Nítida é a diferença entre a atual Carta e a anterior. Na de 1969, dispôs-se mediante a regra do inciso II do § 2º do artigo 152, minimizando-se o princípio da autonomia partidária e o desempenho e igualdade de condições, que o funcionamento dos partidos políticos ficava jungido à filiação de pelo menos 10% (dez por cento) dos representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que tivessem como fundadores, assinados os atos constitutivos, ou o apoio expresso em votos de 5% (cinco por cento) do eleitorado que participara da última eleição geral da Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles. Nota-se, isto sim, que o legislador ordinário, em última análise, revelado pela atuação dos grandes partidos, considerado os dados fáticos já conhecidos, diante da extirpação das condições fixadas na Carta pretérita pelo legislador constituinte de 88, resolveu reeditá-las, colocando em segundo plano os pequenos partidos registrados definitivamente no Tribunal Superior Eleitoral, alguns deles tendo apresentando candidatos nas últimas eleições. Olvidara-se tratar-se de matéria incompatível com as novas regras constitucionais, e somente poderia estar compreendido e disciplinado na própria Carta, como ocorria com a anterior. O conflito com a Constituição Federal, em vigor, no que se mostra diversa da pretérita que previa a limitação, é conducente ao acolhimento do pedido inicial (...)".

E, por isso, o Min. Marco Aurélio declarava, então, a inconstitucionalidade da norma. E, na mesma linha, o Ministro Sydney Sanches dizia:

"Senhor Presidente, a meu ver, os artigos 14 e 17 da Constituição, embora tratem de temas relacionados com os partidos políticos, não cuidam do âmbito de sua atuação, não fixam limites, mas, também, não os proíbem. Parece-me que a lei, portanto, poderia estabelecê-los, desde que o fizesse razoavelmente.

Não vejo no *caput* do artigo 5º, nas expressões que estão sendo consideradas inconstitucionais ('desde que, nesse último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data

da publicação desta lei'), falta razoabilidade, nem mesmo ferido o princípio da isonomia. Vejo diferença, e muita, entre partido com registro provisório e partido com registro definitivo, porque só este último já demonstrou seu caráter nacional.

Estabelecer igualdade entre os iguais não me parece uma forma de bem interpretar o princípio da isonomia. Portanto, quanto a esse ponto, considero constitucional o artigo 5º, inclusive a cláusula final. Quanto aos parágrafos e incisos do artigo 5º, minha propensão, de início, era acompanhar os votos dos Ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, por considerar razoável a preocupação do legislador em estabelecer limites na atuação dos partidos, segundo sua maior ou menor expressão eleitoral, e até, eventualmente, em face de sua inexpressividade, sobretudo, diante da *pletora* de partidos no país.

O que me chocou, porém, durante todo o debate, foi o argumento de que não consigo superar, no sentido de que a lei está partindo de fatos já ocorridos, para regular o futuro. Assim, no dia 30 de setembro de 1993, quando entrou em vigor a lei, já se sabia quais os partidos que não poderiam concorrer, quais os que ficaram por ela automaticamente excluídos."

Na mesma linha, o Ministro Néri da Silveira dizia:

“Compreendo que, em realidade, essa lei especial não poderia estabelecer exigências de caráter restritivo para o funcionamento do processo eleitoral, no que concerne à participação nesse processo de candidatos de partidos já organizados e registrados, neste rol também se podendo compreender partidos que já haviam participado do processo eleitoral presidencial anterior.

A mim bastante se faz esse fundamento, porque entendo que, se não cabe invocar o princípio da isonomia, em toda a extensão, no que concerne ao funcionamento partidário, de tal maneira que se desse por inviável uma disciplina nova, porque criaria eventuais dificuldades a partidos que já estão funcionando, não é menos exato que se há de compreender invocável a norma maior da isonomia sempre que a disciplina nova pretender discriminar, entre os partidos, num certo processo eleitoral.

A lei em exame dispõe a respeito do processo eleitoral, para as eleições de 1994, e estabelece restrições que afastam da participação, nas eleições majoritárias, para Presidente e Governador, muitos partidos políticos que já possuem sua história dentro do processo eleitoral brasileiro, pelos anos em que vêm funcionando, pela participação que têm logrado já em eleições anteriores e, particularmente, em eleições municipais.

Penso que não é de aceitar que essa legislação discrimine entre partidos, que já têm sua história no nosso processo partidário nacional, para estabelecer que uns podem participar, e outros não, das eleições majoritárias. A tanto equivalem as estipulações, as exigências aqui feitas”.

Com palavras idênticas, o Ministro Néri da Silveira apontou o **casuismo** da legislação de então e a sua incompatibilidade, por isso, com a Constituição: adoção de critério existente no passado para vincular o futuro.

O enquadramento, em termos de dogmática constitucional, se deu com a observação do Ministro Moreira Alves de que a questão se colocava, repita-se, no **apanhar fatos passados para atribuir-lhes efeitos no processo eleitoral**. Dizia ele:

“Sr. Presidente, a meu ver, o problema capital que se apresenta, em face desta lei, é que ela fere, com relação aos dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei. Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados e, portanto, já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles (...)”

Parece que o Min. Moreira Alves estava falando para nós, que compomos hoje o Plenário desta Corte; falava para este caso, para nos constranger, e constranger a todos que entendem que essa lei pode ser aplicada. E continuava o Min. Moreira Alves:

“(...) constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos *ad hoc*, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.”

Portanto, como lembraram os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, em ocasiões anteriores, na qual enfrentamos os casos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, a Corte já enfrentou esse tipo de questão, especialmente na seara político-partidária, para dizer não a esse tipo de aplicação retroativa da lei eleitoral. E, tal como observado no caso Jader Barbalho, não se tratava de uma aplicação para o fato ocorrido na imediatidade da aprovação da lei. Não. Nós estávamos a falar de algo que se deu há quase dez anos e, sem nenhum outro critério, nós não temos limite. O legislador poderá apanhar fatos de vinte e de trinta anos.

Não tenho dúvida, portanto, de que a LC 135/2010, nas hipóteses em que apanha fatos passados para atribuir-lhes efeitos nos processos eleitorais futuros, viola o princípio da irretroatividade da lei.

II. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

II.1. Inelegibilidade por condenação penal não transitada em julgado e o princípio da presunção de não-culpabilidade

O Relator, Ministro Luís Fux, delimitou a controvérsia presente nestas ações reavivando questão enfrentada por esta Corte no conhecido julgamento da ADPF 144 e assim delimitado naquela ocasião pelo Ministro Celso de Mello: “o postulado da não-culpabilidade ou do estado de inocência restringe-se, unicamente, ao domínio penal ou, ao contrário, irradia os seus efeitos para além dos limites em que se delinea o processo penal de natureza condenatória?”

Sobre a questão, deixo claro que me alinho à posição externada pela Corte na ADPF 144, com base nas lições emanadas do voto do Ministro Celso de Mello, que bem assinalou os pontos nodais do tema:

“Como sabemos, a presunção de inocência – que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado – representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder.

É interessante registrar, no ponto, em reflexão sobre as origens históricas do direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial, que, não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas (para Beccaria, “*A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz...*”), essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas (“*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*”), valendo mencionar o que se continha no *Digesto*, que estabelecia, em benefício daquele que era processado, verdadeiro *favor rei*, que enfatizava, ainda que de modo incipiente, essa idéia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do *Ancien Régime*.

A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino, em sua “*Suma Teológica*”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das idéias iluministas, vem esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, o momento inaugural em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da idéia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela idéia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembléia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”) e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as conseqüências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA E GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a idéia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o “*espírito do tempo*” (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve, em EMANUELE

CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista – a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “*A chamada tutela da inocência*” e que vê, na “*pretendida presunção de inocência*”, algo “*absurdamente paradoxal e irracional*” (op. cit., p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que banuiu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “*ex parte principis*”, cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse!

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

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

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

(...).

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio

à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado” .

O Min. Luis Fux, em seu voto, afirmou que “ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição” (ênfases acrescidas).

Sobre essa afirmação, gostaria de fazer recordar, mais uma vez, as lições de Zagrebelsky sobre a democracia crítica:

“Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e 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: II “Crucifige!” e *la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

O Ministro Fux também afirmou que “o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular”.

Sobre o tema, recorro também as considerações que fiz na ocasião do julgamento do RE 633.703, em que também discutimos a denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Naquele julgamento, esta Corte deixou bem claro o seu verdadeiro papel na proteção da Constituição, ainda que contra a opinião popular. **O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional.** É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da “ficha-limpa” tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa.** A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.** Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow – uma conferência pronunciada no *The Club* em New Haven y *The Yale Law School Alumni Association of Boston*, durante a primavera de 1952 – sobre o

carácter democrático da jurisdição constitucional. Do texto de Rostow, retiro uma interessante passagem em que ele enfatiza o fato de que as decisões contramajoritárias acabam tendo um relevante papel educativo quanto a questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade e podem desencadear todo um processo público de construção participativa de soluções para os problemas enfrentados. Nesse trecho, Rostow trata das decisões da Corte Suprema norte-americana em tema de racismo contra negros:

“Ni tampoco, más claramente, es verdad como un hecho de experiencia que un vigoroso protagonismo del Tribunal Supremo inhiba o debilite la responsabilidad popular en la misma área. El proceso de formación de la opinión pública en los Estados Unidos es continuo, con muchos participantes —el Congreso, el Presidente, la prensa, los partidos políticos, los universitarios, los grupos de presión, y demás. La discusión de los problemas y la declaración de los principios generales por los Tribunales son un elemento básico en la experiencia de la comunidad, a través del cual la política americana se hace. El Tribunal Supremo es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y los Jueces son inevitablemente profesores en un seminario vital nacional. El prestigio del Tribunal Supremo como institución es alto, a pesar de los conflictos de los últimos quince años, y los miembros del Tribunal se expresan siempre de manera influyente.

¿Puede uno dudar, por ejemplo, de la influencia inmensamente constructiva de la serie de decisiones en las que el tribunal va lentamente afirmando el derecho de los negros para votar y para viajar, vivir y tener una educación profesional sin segregación? Estas decisiones no han paralizado o suplantado la acción legislativa o la de la comunidad. La han precipitado. No han creado fanatismo. Han ayudado a combatirlo. El conjunto de decisiones en estos casos —influyentes porque son numerosos, acumulativos, y, en su conjunto, coherentes— ha jugado un papel crucial en dirigir la opinión pública y alentar la acción pública para hacer frente al desafío y a la carga del problema negro como una obligación constitucional, esto es, moral. La posición del Tribunal ha estimulado a los hombres de todas partes a tomar medidas, por medio de leyes estatales, por medio de políticas colectivas o sindicales, en las comunidades locales, en el

profesorado universitario, en las asociaciones estudiantiles, en los tribunales, y en los hospitales. El negro no goza todavía de igualdad en la sociedad norteamericana, ni siquiera de algo que se le aproxime. Pero su posición está siendo mejorada, año tras año. Y las decisiones y opiniones del Tribunal Supremo están ayudando inconmensurablemente en ese proceso”.

Eugene Rostow então prossegue nesse raciocínio, dando agora o exemplo das decisões da Corte Supremo norte-americana sobre procedimentos penais utilizados pela polícia:

“El protagonismo del Tribunal ha sido también constructivo, en su conjunto, en la reforma de los procedimientos penales estatales; aquí de nuevo, en una larga serie de decisiones que, año tras año, están produciendo sus efectos en la conducta de los agentes de policía y en el curso de los juicios. Este lento y evolutivo proceso requiere un buen número de litigios: un rayo salido del cielo podría no acabar con la inercia de largos años de malas prácticas, ni con el natural deseo de los policías y de los fiscales de ganar sus casos. La presión de las opiniones del Tribunal en este área requiere meditación y acción en el legislativo de cada Estado y, en realidad, en cada tribunal y comisaría del país. El Tribunal no ha detenido ni impedido una acción democrática responsable sobre estos problemas. La ha exigido. La acción policial ilegal no se ha desterrado todavía de la vida norteamericana, pero el más primitivo sargento de policía está aprendiendo que los métodos del tercer grado pueden volverse contra él”.

Após citar outros exemplos, Rostow assim conclui:

“La relación recíproca entre el Tribunal y la comunidad en la formación de la política puede ser una paradoja para aquellos que creen que hay algo antidemocrático en el poder de control constitucional de los jueces. Pero el trabajo del Tribunal puede tener el efecto, y cuando es sabiamente ejercido lo tiene, no de inhibir, sino de dejar en libertad y fortalecer a las fuerzas predominantemente democráticas de la vida norteamericana. La razón

histórica de esta paradoja es que la vida norteamericana, en todos sus aspectos, es un intento de expresar y de cumplir con un código moral de amplio alcance. Algunos observadores encuentran en esto un *handicap* para hacer una política fríamente realista¹. Otros ven en ello la grandeza esencial y el poder de atracción de los Estados Unidos como idea y como una fuerza mundial². El prestigio y el poder del Tribunal Supremo derivan del hecho de que es aceptado como el último intérprete del código norteamericano en muchas de sus más importantes aplicaciones”. (ROSTOW, Eugene. El carácter democrático del control judicial de la constitucionalidad. Trad. de Joaquín Brage Camazano,

Não cabe a esta Corte fazer “relativizações” de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero *diálogo institucional* entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática.

Ademais, é sempre importante lembrar que permanecem no sistema outros mecanismos, postos à disposição dos cidadãos e dos diversos grupos sociais, para impedir a candidatura e a consequente eleição de pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo.

Uma das características fundamentais de um regime democrático é a existência de múltiplos meios de impedir a chegada ou a permanência do mau governante no poder. Lembro, aqui, as palavras de Karl Popper, em sua monumental obra “*A sociedade aberta e seus inimigos*”, segundo as quais “*a democracia é o regime de governo que prevê mecanismos de destituição do mau governante do poder*”.

¹ Ver KENNAN, AMERICAN DIPLOMACY, 1900-1950, 95-103 (1951), McDougal, Book Review, 46 A:B:A:J: 102 (1952).

² Ver MYRDAL, AN AMERICAN DILEMMA 3-6 (1944).

O primeiro e mais elementar mecanismo de controle é o voto.

Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*).

Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem uma outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a idéia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.

O *voto direto* impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja uma mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. Não retira o caráter direto da eleição a adoção do modelo proporcional para a eleição para a Câmara de Deputados (CF, art. 45, *caput*), que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros ou à própria legenda. É que, nesse caso, decisivo para a atribuição do mandato é o voto atribuído ao candidato ou ao partido e não qualquer decisão a ser tomada por órgão delegado ou intermediário.

O *voto secreto* é inseparável da idéia do *voto livre*.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.

A *igualdade do voto* não admite qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral.

Ressalte-se que o caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral. Com base no direito alemão, Pieroth e Schlink falam de uma eficácia desse direito não só em relação ao Poder Público, mas também em relação a entes privados (*Drittwirkung*) (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 2005 p. 277).

Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

O direito ao voto permite ao eleitor escolher, de forma livre e soberana, candidatos que, em sua visão, são os mais aptos ao exercício do mandato eletivo.

Outro mecanismo de controle é a escolha de candidatos no âmbito interno dos próprios partidos políticos. Cabe às agremiações políticas a eleição de candidatos cuja vida progressa os qualifiquem para exercer, com probidade e moralidade, determinada função pública.

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral³. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

³ GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, Berlin/Nova York, 1995, p 599 (p. 606).

O controle das candidaturas realizado pelos partidos políticos tem relevância fundamental no regime democrático. Trata-se de um controle proveniente da própria sociedade organizada em associações privadas de caráter político.

Conforme as lições de Canotilho, os partidos políticos são associações privadas com funções constitucionais. O reconhecimento da relevância jurídico-constitucional dos partidos de modo algum corresponde à sua estatização. As Constituições, ao reconhecerem a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental, bem como ao concederem-lhes um estatuto distinto e privilegiado em relação às demais associações, na verdade, estão a conceder aos partidos um estatuto constitucional, com dimensões de direito subjetivo, direito político e liberdade fundamental. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 315-316).

Afirma Canotilho: “*Como elementos funcionais de uma ordem constitucional, os partidos situam-se no ponto nevrálgico de imbricação do poder do Estado juridicamente sancionado com o poder da sociedade politicamente legitimado*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 316-317)

É possível reconhecer aos partidos políticos liberdade externa e liberdade interna. No que tange à primeira, os partidos políticos gozam do direito à sua fundação e atuação sem as ingerências do Estado, dentro dos próprios limites estabelecidos pela Constituição. No que diz respeito à liberdade externa, ela significa que sobre os partidos não pode haver qualquer tipo de controle ideológico-programático, nem controle sobre a organização interna do partido (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 317-318).

Assim, é próprio da democracia de partidos que os cidadãos possam participar amplamente do processo de escolha de seus mandatários políticos, não apenas por meio do voto direto, secreto e universal, mas por meio da atuação das agremiações partidárias representativas dos mais diversos interesses sociais, encarregadas de escolherem os candidatos mais aptos ao exercício dos mandatos eletivos com probidade e moralidade.

O art. 14, § 9º, da Constituição, por si só, já traça uma inequívoca

diretriz aos cidadãos eleitores, aos cidadãos-candidatos e aos partidos políticos para que exerçam, eles próprios, esse controle das candidaturas tendo em vista a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos.

É completamente equivocado, portanto, utilizar “a vontade do povo” ou a “opinião pública” para se “relativizar” o princípio da presunção de inocência no âmbito do sistema de inelegibilidades do direito eleitoral. Não podemos proceder a uma tal “relativização” levando em conta uma suposta maioria popular momentânea que prega a moralização da política a custa de um princípio tão caro à toda humanidade, que é o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Não se deve esquecer, ademais, que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo.

Por fim, e ainda no contexto do princípio da presunção de não-culpabilidade, não posso concordar com a afirmação de que não se trata de um princípio, mas de uma *regra* que deve ser interpretada restritivamente para que seu âmbito de aplicação seja restrito ao direito penal. Essa afirmação, indubitavelmente, parte de um mal entendimento e de uma interpretação claramente equivocada de tudo que a dogmática do direito constitucional e a filosofia do direito construíram em torno da distinção entre regras e princípios, seja nas lições de Roscoe Pound ou de Ronald Dworkin, no contexto norte-americano, seja nos estudos de Karl Larenz e Robert Alexy, na filosofia jurídica alemã, ou em outros conhecidos filósofos do direito como Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik e Klaus Günther. A norma prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, pode ser obviamente qualificada como princípio desde diversas perspectivas, seja por sua estrutura normativa (aspecto estrutural), por sua forma de aplicação

(aspecto funcional) ou mesmo por seu caráter fundamental não apenas no sistema jurídico penal, mas no ordenamento jurídico como um todo. Seria plenamente possível denominar esse princípio de regra, utilizando-se desse critério distintivo como um recurso interpretativo ou argumentativo; porém, isso não poderia ser feito para afastar a sua aplicação – o que seria um contrassenso – e sim para fazer sobressair as razões peremptórias que fornece essa norma para sua aplicação ao caso; na terminologia do conhecido filósofo Joseph Raz, para ressaltar as “razões excludentes” (razões que excluem a consideração de qualquer outra razão fornecida por outras normas) oferecidas pela norma do art. 5º, LVII, da Constituição.

II.2. A exigência do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa e a presunção de não-culpabilidade

O artigo 1º, alínea “I”, da LC 135/2010, torna inelegível quem for condenado por órgão colegiado pela prática dolosa de ato de improbidade administrativa que resulte em lesão ao patrimônio e enriquecimento ilícito.

Extrai-se do referido dispositivo que o legislador dispensou o trânsito em julgado da decisão colegiada para a configuração da inelegibilidade.

Contudo, não se pode olvidar que a imutabilidade da decisão que julga procedente ação civil de improbidade administrativa é qualidade indispensável à interdição temporária dos direitos políticos.

Em que pese o fato de o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal ter erigido a procedência de ação civil de improbidade em causa de suspensão dos direitos políticos, esse dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com outro comando constitucional, o artigo 37, § 4º, segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão, entre outras sanções, a suspensão dos direitos políticos na forma e na gradação previstas em lei.

Como se vê, o constituinte delegou o detalhamento das sanções ao legislador ordinário, que disciplinou a matéria e, no artigo 20, *caput*, da Lei 8.429/92,

determinou que ***“a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”***.

Essa questão foi considerada pelo Ministro Celso de Mello, com costumeira maestria, no seguinte trecho de seu voto na ADPF 144:

“(…) não se ignora que o julgamento de procedência da ação civil de improbidade administrativa também se qualifica como causa de suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, V), observados, no entanto, para esse efeito, os termos estabelecidos no art. 37, § 4º, da Constituição, que dispõe que ‘Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos (...), na forma e gradação previstas em lei (...)’

A regra constitucional em questão, implementada e desenvolvida pela Lei nº 8.429/92, outorgou, ao legislador comum, a possibilidade de disciplinar as condições em que se dará, uma vez julgada procedente a respectiva ação civil, a privação temporária dos direitos políticos do ‘improbis administrator’.

O legislador, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, prescreveu, de modo plenamente legítimo, que a suspensão dos direitos políticos, nos processos civis instaurados por improbidade administrativa, efetivar-se-á ‘com o trânsito em julgado da sentença condenatória’ (art. 20, ‘caput’).

A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, em atenção ao princípio da segurança jurídica (que tem, na formação da coisa julgada, a causa visível de sua concretização), condicionou a adoção daquela medida restritiva de direitos políticos, à existência de uma situação juridicamente consolidada que representa – tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional – uma garantia de preservação de sua integridade.”

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa – legitimada pela Constituição Federal e atenta aos princípios da presunção de não culpabilidade e da

segurança jurídica – impediu a restrição assoberbada da cidadania passiva, prestigiando a prática da liberdade em sua dimensão política.

Dessa forma, mencionada legislação, cautelosamente, obstaculizou seu mau uso, pois, entendendo-se de forma diversa, o trâmite da ação civil, anteriormente à condenação definitiva, já teria o condão de impingir aos réus a pecha de culpados.

Em suma, a suspensão dos direitos políticos não é prevista pela Constituição como medida acautelatória, mas sim como sanção. Portanto, observada sua natureza penalizadora, para se impingir a suspensão dos direitos políticos ao réu da ação civil por improbidade, é necessário um juízo de certeza, existente apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ou melhor, é necessário que a condição de réu se convolve em de condenado, condição esta que pode ser aceita, somente, de forma imutável. É inadmissível que o processado sofra efeitos de uma sanção, na condição de “condenado provisório” ou de “condenado em segunda instância”, sob pena de se converter o princípio da presunção de não culpabilidade em princípio da presunção de culpabilidade.

Nesse ponto, consigno que eventuais recursos procrastinatórios, que desvirtuam as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, não constituem argumento suficiente para autorizar a instabilidade do sistema jurídico. Condutas processualmente abusivas comportam outros meios de contensão, tendo sido combatidas pela reiterada jurisprudência desta Suprema Corte.

Penso, inclusive, que a necessidade de uma prestação jurisdicional célere constitui questão indissociável à presente discussão. Afinal, não se pode ignorar que foi o grande sentimento de impunidade – decorrente da morosidade em se alcançar o trânsito em julgado – que deflagrou o embate acerca da possibilidade de decisões colegiadas condenatórias, ainda recorríveis, serem suficientes para a suspensão dos direitos políticos.

O cerne da questão foi identificado com precisão pela Ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento da ADPF 144, quando teceu as seguintes considerações (fls. 550-551):

“Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar as coisas em seus devidos lugares e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social. Penso basicamente, serem dois os motivos. O primeiro é que, a cada dia, todos nós, cidadão brasileiros, somos afligidos com notícias de atos de absoluta falta de ética, de quebra de princípios éticos e morais, com casos e mais casos de corrupção na Administração Pública, fato que afronta o nosso sentimento de viver com justiça em uma sociedade civilizada.

Em segundo lugar, há a morosidade do trânsito em julgado de decisões judiciais. Fossem as decisões rápidas – e isso é uma questão que se coloca – e não tivéssemos tantos casos, ninguém iria afirmar que esta Constituição não está sendo cumprida, inclusive em seu fundamento ético.

Ora, não é exatamente perpassando o problema – tal como proposto pela Associação dos Magistrados Brasileiros – que ele será resolvido, até porque, conforme bem demonstrou o Ministro Celso de Mello em seu brilhante voto, não é, de forma alguma, restringindo ou constringendo direitos fundamentais que teremos um Estado Democrático de Direito, no qual a segurança e a liberdade de todos, inclusive as do eleitor, serão garantidas.

Um juiz da Corte Suprema Norte-Americana disse uma vez que quem abre mão da sua liberdade em benefício de um momento de segurança há de chegar, certa e rapidamente, a um momento em que não terá nem liberdade nem segurança.

Penso que, tal como até agora decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, estão não apenas resguardados os direitos fundamentais no plano político e também nas instituições, cujo aprimoramento nenhum de nós brasileiros há de imaginar, em sua consciência, que não precisa ser aperfeiçoado. Isso é necessário sim, porque todos nós cidadãos, não aguentamos mais, todos os dias, deparamo-nos com casos de corrupção, de falta de ética, de falta de apreço pela coisa pública. Não é, porém, contornando normas constitucionais – não apenas

dando integral cumprimento a elas e, principalmente, sobrepondo-se ao legislador complementar – que será atingido esse objetivo.”

Com efeito, fosse rápido o trânsito em julgado das decisões judiciais, ninguém cogitaria ser dispensável a imutabilidade da decisão condenatória das instâncias ordinárias, para a suspensão dos direitos políticos dos cidadãos. Contudo, as mazelas do Poder Judiciário não podem ser suplantadas com o sacrifício das garantias constitucionais, sob pena de se descumprir duas vezes a Constituição: violando-se o princípio da celeridade e o princípio da presunção de inocência.

Nesse ponto, gostaria de ressaltar a fragilidade do argumento de que a condenação em segundo grau reveste-se de segurança jurídica em razão de as instâncias ordinárias serem incumbidas do exame fático-probatório, cuja análise é vedada no recurso extraordinário.

Sobre a questão, peço vênia para transcrever os apontamentos do Ministro Ricardo Lewandowski, na mencionada ADPF 144, que bem ilustra a falácia desse argumento (fls. 558-559):

“Saltando outros trechos que deixarei para a publicação de meu voto, trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal, que me parece deveras relevante. (Acho que esses dados já estão em mãos dos eminentes colegas). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foram total ou parcialmente reformadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse período. No tocante ao provimento integral dos REs, observo que mais de um quarto dos candidatos eventualmente barrados em função de uma condenação em primeira ou segunda instâncias, a prevalecer a tesa da

recorrente, teriam transmudadas suas fichas – para empregar uma expressão hoje recorrente na mídia – de sujas para limpas. Quer dizer, um quarto dos postulantes a cargos eletivos impedidos de concorrer seriam mais tarde reabilitados pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas depois de já passadas as eleições. Isso significa que teriam coactado um dos mais importantes direitos fundamentais: o direito de participar da gestão da coisa pública por meio do voto, valor guindado à dignidade constitucional, desde o fim do século XVIII, como resultado das revoluções liberais deflagradas contra o absolutismo monárquico.”

Assim, como defendido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, no julgamento da ADPF 144, a solução para o problema aqui enfrentado não se encontra em medidas ofensivas ao princípio da não-culpabilidade, mas na necessária e permanente busca por celeridade processual e pela plena efetividade do princípio da duração razoável do processo.

Ressalto, ainda, que a exigência de coisa julgada, para a suspensão dos direitos políticos como sanção em ação de improbidade administrativa, não significa dispensa de probidade administrativa ou de moralidade para o exercício de mandato eletivo. Entre os primados constitucionais da coisa julgada e da probidade administrativa, inexistente qualquer colisão ou antinomia.

Em suma, a condição intransponível do trânsito em julgado de decisão colegiada condenatória para a suspensão dos direitos políticos não tisona o Estado Democrático de direito, ao contrário, consagra a segurança jurídica como seu fundamento estruturante.

III. A INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS E A APLICAÇÃO DO ART. 71, I, DA CONSTITUIÇÃO (ALÍNEA “G”)

A alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 135/2010 dispõe que são inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se

o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

A parte final desse dispositivo deve ser interpretada em consonância com a jurisprudência desta Corte a respeito da interpretação do art. 71, incisos I e II da Constituição Federal. A respeito desse tema, ressalto o entendimento que deixei consignado no julgamento do ADI-MC nº 3.715 (DJ 25.8.2006), no sentido de que a Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Nesse sentido, este Tribunal tem considerado que “os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição dos seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos”. Assim, “a norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna, necessariamente, extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas” (ADIMC nº 892-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 7.11.1997; ADI nº 2.959-MG, Min. Rel. Eros Grau, DJ 11.11.2005; ADI nº 3361-MG, Min. Rel. Eros Grau, DJ 11.11.2005; ADI nº 397-SP, Min. Rel. Eros Grau, DJ 09.12.2005; ADI nº 2.208-DF, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 25.06.2004; ADI nº 134-RS, Min. Rel. Maurício Corrêa, DJ 03.09.2004; ADI nº 1.632-DF, Min. Rel. Sydney Sanches, DJ 28.06.2002; ADI nº 892-RS, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 26.04.2002; ADI-MC nº 2.502-DF, Min. Rel. Sydney Sanches, DJ 14.12.2001; ADI-MC nº 2.117-DF, Min. Rel. Maurício Corrêa, DJ 07.11.2003; ADI-MC nº 1.957-AP, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ 11.06.1999).

Dessa forma, esta Corte também tem entendido que, no contexto do art. 75 da Constituição Federal, dentre as normas constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros incluem-se as atinentes às competências institucionais do Tribunal de Contas da União (ADI nº 849-8/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.1999).

No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre:

1) a competência para **apreciar e emitir parecer prévio** sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88;

2) a competência para **julgar** as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88 (ADI nº 1.779-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.9.2001; ADI nº 1.140-5/RR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26.9.2003; ADI nº 849-8/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.1999).

No primeiro caso, cabe ao Tribunal de Contas apenas apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. A competência para julgar essas contas fica a cargo do Congresso Nacional, por força do art. 49, inciso IX, da Constituição.

Na segunda hipótese, a competência conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas é de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).

Esses entendimentos foram também adotados em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na RCL nº 10.445, julg. em 12.8.2010), nos seguintes termos:

“É que, no caso ora em exame, **trata-se** de hipótese **que deve ser interpretada**, no que concerne **aos Chefes do Poder Executivo** da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, **em consonância** com quanto dispõem **os arts. 71**, inciso I, 75, “*caput*”, e 31 e seus parágrafos 1º e 2º, **todos** da Carta Política.

Esses **preceitos constitucionais** permitem definir, **como órgão competente** para apreciar as contas públicas do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, **o Poder Legislativo**, a quem foi deferida **a atribuição** de efetuar, **com o auxílio opinativo** do Tribunal de Contas correspondente, **o controle externo** em matéria financeira e orçamentária.

As contas públicas dos Chefes do Executivo **devem sofrer o julgamento** - final e definitivo - **da instituição parlamentar**, cuja atuação, **no plano** do controle externo da legalidade e regularidade da atividade financeira do Presidente da República, dos Governadores e

dos Prefeitos Municipais, é **desempenhada** com a intervenção “*ad coadjuvandum*” do Tribunal de Contas.

A **apreciação** das contas **prestadas** pelo Chefe do Poder Executivo - **que é a expressão visível** da unidade institucional desse órgão da soberania do Estado - **constitui prerrogativa intransferível do Legislativo**, que **não** pode ser substituído pelo Tribunal de Contas, **no desempenho** dessa magna competência, **que possui extração nitidamente constitucional**.

A **regra de competência** inscrita no art. 71, **inciso II**, da Carta Política - **que submete** ao julgamento desse importante órgão auxiliar do Poder Legislativo **as contas** dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta - **não legitima** a atuação **exclusiva** do Tribunal de Contas, **quando** se tratar de apreciação das contas **do Chefe** do Executivo, **pois, em tal hipótese, terá plena incidência** a norma especial **consubstanciada no inciso I** desse mesmo preceito constitucional.

Há, pois, **uma dualidade** de regimes jurídicos a que os agentes públicos estão sujeitos **no procedimento** de prestação e julgamento de suas contas. **Essa diversidade** de tratamento jurídico, **estipulada** “*ratione muneris*” pelo ordenamento constitucional, **põe em relevo** a condição político-administrativa **do Chefe** do Poder Executivo.

O **eminente** Ministro MARCO AURÉLIO, **em passagem expressiva** de seu douto voto proferido no julgamento do **RE 132.747/DF**, do qual foi Relator, **assinalou**, com inteira propriedade, **essa dualidade de situações, dando adequada** interpretação às normas **inscritas nos incisos I e II** do art. 71 da Constituição Federal:

“Nota-se, mediante leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento.

Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos - apreciar e julgar - como também pelo

desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz 'mediante parecer prévio' a ser emitido, como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas.

.....
(...) O Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos **igualam-se** no que se mostram merecedores do 'status' de Chefes de Poder. **A amplitude maior ou menor das respectivas áreas de atuação não é de molde ao agasalho de qualquer distinção quanto ao Órgão competente para julgar as contas que devem prestar, sendo certa a existência de Poderes Legislativos específicos. A dualidade de tratamento, considerados os Chefes dos Poderes Executivos e os administradores em geral, a par de atender a aspecto prático, evitando a sobrecarga do Legislativo, observa a importância política dos cargos ocupados, jungindo o exercício do crivo em relação às contas dos Chefes dos Executivos Federal, Estaduais e Municipais à atuação não de simples órgão administrativo, mas de outro Poder - o Legislativo.**" (grifei)

Órgão competente, portanto, **para apreciar** as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, **somente** pode ser, em nosso sistema de direito constitucional positivo, **no que se refere ao Presidente da República, aos Governadores e aos Prefeitos Municipais, o Poder Legislativo**, a quem incumbe exercer, **com o auxílio** meramente técnico-jurídico do Tribunal de Contas, **o controle externo** pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades administrativas.

Somente à Câmara de Vereadores - **e não ao Tribunal de Contas** - **assiste** a indelegável prerrogativa **de apreciar**, mediante parecer prévio daquele órgão técnico, **as contas** prestadas pelo Prefeito Municipal, **condição** que ostentou a parte ora reclamante.

Não se subsume, em conseqüência, **à noção constitucional** de julgamento das contas públicas, **o pronunciamento** técnico-administrativo do Tribunal de Contas, **quanto** a contratos e a outros atos de caráter negocial celebrados pelo Chefe do Poder Executivo.

Esse procedimento do Tribunal de Contas, **referente** à análise individualizada **de determinadas** operações negociais **efetuadas** pelo Chefe do Poder Executivo, **tem** o claro sentido de instruir o exame oportuno, **pelo próprio Poder Legislativo - e exclusivamente** por este -, **das contas anuais** submetidas à sua exclusiva apreciação.

Não tem sido diversa a orientação jurisprudencial **adotada** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, cuja **sucessivas** decisões sobre o tema ora análise **ajustam-se** a esse entendimento, **afastando**, por isso mesmo, **para efeito** de incidência da regra de competência **inscrita** no art. 71, inciso I, c/c os arts. 31, § 2º, e 75, **todos** da Constituição da República, **a pretendida** distinção **entre** contas **relativas** ao exercício

financeiro e contas de gestão ou referentes à atividade de ordenador de despesas, **como se vê** de expressivos acórdãos emanados daquela Alta Corte Eleitoral:

“Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. Competência.

1. A competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas.

2. Não há falar em rejeição de contas de prefeito por mero decurso de prazo para sua apreciação pela Câmara Municipal, porquanto constitui esse Poder Legislativo o órgão competente para esse julgamento, sendo indispensável o seu efetivo pronunciamento.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

(REspe n. 33.747-AgR/BA, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI – grifei)

“Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. Competência.

- A competência para o julgamento das contas do prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas.

Recurso especial provido.”

(REspe n. 29.117/SC, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI - grifei)

“CONTAS - PREFEITO - REJEIÇÃO - DECURSO DE PRAZO.

Consoante dispõe o artigo 31 da Constituição Federal, descabe endossar rejeição de contas considerado o decurso de prazo para a Câmara Municipal exercer crivo tendo em conta parecer, até então simples parecer, do Tribunal de Contas.”

(RO n. 1.247/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas e em juízo **de estrita** deliberação, **defiro** o pedido de medida cautelar, **em ordem a suspender** “os efeitos da decisão administrativa prolatada pelo TCM/CE, PROC. Nº. 16498/09, **consubstanciada** no ACÓRDÃO DE Nº. 1480/10, **até** o julgamento final da presente demanda” (grifei).”

Portanto, quando a alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010, estabelece que deve ser aplicado o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição, “a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”, não se pode deixar de considerar o disposto no art. 71, I, da Constituição, o qual, conforme firme jurisprudência desta Corte, fixa a competência do Congresso Nacional – e, no âmbito dos Estados e dos Municípios, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, respectivamente – para julgar as contas do Chefe do Poder Executivo, sejam elas *contas anuais* ou as *contas de gestão*.

Assim, acompanho, nesse ponto, o voto do Ministro Dias Toffoli, para dar interpretação conforme a Constituição à parte final dessa alínea “g”, no sentido de que os Chefes do Poder Executivo, ainda quando atuam como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Constituição.

IV. A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA EXCLUSÃO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS (ALÍNEA “M”) E DA DEMISSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS (ALÍNEA “O”)

Art. 1º, I, *m*, da Lei Complementar 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010. Confira-se a redação:

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

Esse dispositivo traz algumas perplexidades que devem ser apontadas. Trata-se de hipótese de inelegibilidade, decorrente de decisão dos conselhos profissionais, em razão do cometimento de infração ético-profissional.

É importante ressaltar que quando se cuida de inelegibilidade está-se a falar, em verdade, de uma espécie de nulificação da própria cidadania, ainda que temporariamente. Os direitos políticos, dizendo de modo simples, são os direitos do

cidadão de participar da “vontade geral”, seja diretamente (por meio da elegibilidade), seja indiretamente (por meio da possibilidade de escolher os representantes que exerçam essa prerrogativa).

Por essa razão, são direitos que se reconduzem diretamente à própria democracia, pois dizem respeito ao modo pelo qual os cidadãos participarão da condução dos negócios do Estado. Dessa forma, sem a garantia estrita dos direitos políticos, ou admitindo-se interferências indevidas sobre tais direitos, sem dúvida estar-se-á colocando em risco a saúde da vida democrática.

Foi Benjamin Constant, no início do século XIX, o prolator do célebre discurso que, comparando a liberdade dos antigos (aquela liberdade em sentido positivo, que requer a participação dos cidadãos nas decisões públicas) à dos modernos (aquela em sentido negativo, que requer limites à atuação do Estado, impedindo interferências indevidas na esfera de autonomia privada dos indivíduos), concluiu pela complementariedade entre ambas.

Significa dizer que se todos os indivíduos em dado Estado fossem alheios aos negócios públicos, abdicando de seus *poderes* inerentes à liberdade dos antigos, certamente nesse mesmo Estado as liberdades modernas correriam grave risco. Do mesmo modo, não havendo espaço para que os indivíduos exerçam suas aptidões privadas, em pouco tempo eles seriam relegados à margem da condução dos negócios públicos, sem sequer gozarem dos meios necessários ao restabelecimento dos direitos que lhes terão sido tirados.

Por essa razão, tanto os direitos inerentes à cidadania, quanto aqueles relacionados às liberdades individuais básicas, são considerados – na velha classificação, de todos conhecida – direitos fundamentais de primeira geração, os quais apenas admitem restrições claras e seguras, desde que não afetem os seus respectivos núcleos essenciais, consoante tantas vezes observado por esta Corte.

O dispositivo em exame traz uma restrição grave a um direito político essencial, que é o de submeter-se ao escrutínio público visando a eleger-se a cargos de direção política, de modo que não há dúvida acerca da gravidade da restrição a direito de que se cuida. Mas nesse ponto a lei complementar foi além e

transferiu a gravíssima pena de inelegibilidade às decisões ético-profissionais dos conselhos profissionais.

Aqui não se deve usar de meias palavras, a lei complementar está a remeter às decisões disciplinares dos conselhos profissionais uma eficácia restritiva de direitos políticos que a Constituição da República jamais cogitou que pudessem ter. Admitir essa possibilidade seria permitir a nulificação da cidadania (restrição de direito político essencial) por meio de decisão emanada de órgãos corporativos (Hely Lopes Meirelles os denominava Autarquias Corporativas), cujas direções e câmaras julgadoras são de caráter temporário e de ocupação política, no sentido mais comezinho do termo.

Há mais: existem dezenas ou centenas de conselhos profissionais no Brasil, cada qual com seu respectivo estatuto ético-disciplinar, alguns aprovados por meio de lei e outros tantos aprovados simplesmente por resoluções dos próprios órgãos profissionais, de modo que admitir-se a nulificação da cidadania de alguém – pois é disso que se trata –, por meio de decisões de conselhos profissionais é absolutamente temerário, além de atentar contra toda a dogmática de proteção aos direitos fundamentais, bem como contra o próprio Estado de Direito, ante o elevado grau de insegurança jurídica que esse dispositivo tem o condão de gerar.

Tudo isso resta evidente ao se constatar que existem dezenas ou centenas de estatutos disciplinares, cada qual com seus regramentos específicos, cada órgão julgador com normas procedimentais também específicas, de maneira que ao admitir que por esse tipo de decisão se chegue a afetar gravemente (pois em alguns casos certamente estaremos a cuidar de banimento da vida pública, ante a extensão da pena e a idade do atingido) o direito de participação política, esta Corte estará a cancelar um estado de insegurança jurídica, que poderá ser acentuado por conta de conflitos entre as facções políticas existentes no seio de cada órgão de fiscalização profissional, em detrimento de seu dever de tutela dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

O Estado de Direito requer segurança jurídica e, portanto, clareza de regras. Esse dispositivo, ao transferir eficácia restritiva ou nulificante de direito fundamental inerente à cidadania, às decisões de conselhos profissionais, tomadas de

modo absolutamente alheio a qualquer fiscalização estatal eficiente, ofende o postulado do Estado de Direito, em razão da insegurança que proporciona, e ofende, também, à própria dogmática dos direitos fundamentais, ao permitir restrições a direitos políticos oriundas de órgãos que não possuem competência constitucional para fazê-las e que operam segundo uma miríade de normas disciplinares que impedem uma fiscalização segura e eficiente por parte do Estado.

Outro dispositivo procede de forma similar a esse que prevê a inelegibilidade por meio de decisão disciplinar dos conselhos profissionais. A alínea o do art. 1º, inciso I dispõe que ficarão inelegíveis os que forem demitidos do serviço público. Confira-se a redação do dispositivo:

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

Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a norma relativa aos conselhos profissionais, a demissão se dá em processo judicial ou administrativo e, portanto, em procedimentos previstos e tutelados pela Constituição Federal.

Sendo assim, a restrição ao direito fundamental de participação política encontra-se albergada por critérios e procedimentos extremamente mais seguros e fiscalizáveis do que na hipótese anterior, de modo que não vislumbro ofensa ao postulado do Estado de Direito.

Não obstante, o dispositivo é genérico em sua redação e isso dá margem alguns questionamentos. Parece inegável que o objetivo da lei complementar em exame é garantir uma presunção de probidade daqueles que poderão vir a ocupar cargos eletivos no país. Ocorre que o Estatuto do Servidor Público prevê hipóteses de demissão que não estão relacionadas à probidade administrativa, mas a outros parâmetros, especificamente voltados ao serviço público. Eis as hipóteses de aplicação da pena de demissão, previstas pela Lei 8.112/90:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Assim, para que o dispositivo em exame amolde-se à dogmática constitucional de restrição dos direitos fundamentais é preciso que a pena de inelegibilidade esteja vinculada ao objetivo precípua da lei complementar 135, que é o de garantir a probidade dos ocupantes de cargos eletivos, de modo que se deve **emprestar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado para se restringir a pena de inelegibilidade às hipóteses de demissão que guardem conexão direta com a improbidade administrativa.**

É que há hipóteses que podem levar à demissão de servidor que não se ligam à improbidade administrativa. É o caso da inassiduidade, da incontinência

pública, da ofensa física, entre outros. Esse tipo de sanção guarda relação com o bom ambiente laboral dos servidores, todavia, não possuem qualquer conexão com o exercício dos direitos políticos por parte dos cidadãos. Assim, admitir a restrição de direitos políticos por razões especificamente funcionais seria algo extravagante, que denotaria um avanço estatal desproporcional e injustificável sobre os direitos políticos dos cidadãos.

V. INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÃO POR DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU DE UNIÃO ESTÁVEL (ALÍNEA “N”)

O dispositivo constante da alínea *n*, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010, também traz causa de inelegibilidade que apresenta problemas, especialmente no que concerne à sua redação. Confira-se:

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude.

Apesar de ser facilmente identificável a finalidade do dispositivo, que pretende punir com a inelegibilidade àqueles que pretenderem fraudar o cumprimento do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, a forma apresentada e sua redação não lhe garantem a validade.

Note-se que na primeira parte do dispositivo faz-se menção ao desfazimento do vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, o que, pelo menos em princípio, não é ato ilícito algum e, portanto, não há razão para que seja punido com a inelegibilidade prevista na norma atacada.

Na parte seguinte, o dispositivo menciona a simulação do desfazimento do vínculo conjugal ou de união estável para evitar a caracterização de inelegibilidade. Nesse ponto, a redação não se apresentou satisfatória. Primeiro porquanto seja necessário, na simulação, que as partes envolvidas estejam imbuídas do propósito de dar eficácia ao ato que vão praticar e não se vislumbra que o Estado, representado pelo

magistrado, possa estar nesse estado de espírito, consoante o magistério de San Tiago Dantas, referido no voto do Min. Dias Toffoli.

Caso se admita que o dispositivo possa ser interpretado como veiculador de punição aos que pretenderem fraudar a lei, ter-se-á, na hipótese, possível causa de nulidade, visto que a regra jurídica que supostamente teria sido cumprida por meio do ato ou negócio jurídico fraudulento, em verdade não o foi, em razão de violação de pressuposto material ou de regra jurídica de forma, tudo consoante bem salientado pelo Min. Dias Toffoli em seu voto-vista.

Ademais, não há uma ação específica para que se chegue à condenação a que se refere o dispositivo em exame, de modo que não se sabe, em princípio, se tal condenação, caso ocorra, terá natureza penal ou civil. Permitir o grave cerceamento de direitos políticos, punindo, com a inelegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude, a prática de uma ato que pode ser considerado nulo, implica prestigiar a insegurança jurídica em detrimento da boa dogmática constitucional de tutela dos direitos fundamentais.

Isso não bastasse, salientou o Min. Toffoli que o Tribunal Superior Eleitoral possui sedimentada jurisprudência no sentido de que a dissolução fraudulenta de sociedade conjugal, configurada em processo eleitoral, dá causa à aplicação da inelegibilidade do art. 14, § 7º, da CF (RESPE nº 9.920/PI, Relator Min. José Cândido de Carvalho Filho, publicado em sessão de 27.9.1992).

Por isso, estou de acordo com a tese esposada acima no sentido de que também dá causa à inelegibilidade do art. 14, § 7º, CF, a hipótese em que a justiça eleitoral reconhece que alguém simulou a dissolução do vínculo conjugal ou de união estável, com o fim de subtrair-se à restrição constitucional.

Desse modo, reconheço que se houve a simulação, detectada pela justiça, o ato ou negócio jurídico é nulo, ou pelo menos anulável. E, nesse caso, aplica-se a regra de inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, tal como asseverou o Min. Dias Toffoli.

Por outro lado, se assim reconheço, não posso admitir que esse mesmo ato possa dar causa à aplicação da pena de inelegibilidade prevista no dispositivo em

exame, em razão de não constituir ilícito autônomo, não estar relacionado à improbidade administrativa, mas constituir-se apenas ato que pode ser declarado nulo pelo Judiciário, restaurando os interessados ao *status quo ante*, em que se lhes aplica o art. 14, § 7º, da CF.

Criar hipótese de restrição de direitos políticos, sobre bases frágeis e inseguras tais como as ora apresentadas, afigura-se ofensivo à dogmática de proteção dos direitos fundamentais, sobretudo quando a própria Constituição Federal, bem interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral, disciplina diretamente a matéria.

Por essas razões, acompanho, no ponto, o voto-vista do Min. Dias Toffoli, para declarar a inconstitucionalidade da alínea *n*, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010.

VI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A alínea “e” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/2010, dispõe que são inelegíveis os cidadãos “*que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena*”, pelos crimes que menciona.

A alínea “l” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/2010, dispõe que são inelegíveis os cidadãos “*que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena*”.

Perceba-se que, em ambos os casos (condenações criminais e por improbidade administrativa) a referida lei fixa que a inelegibilidade incidirá sobre o cidadão *desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena*.

Façamos então um pequeno exercício de exemplificação para tentar demonstrar o que significa aplicar o texto da lei em sua literalidade.

Imaginemos um cidadão que foi condenado por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa, à suspensão dos direitos políticos por um prazo de 8 anos (o art. 12 da Lei 8.429/92 permite que essa sanção seja aplicada com prazos entre 3 e 5, 5 e 8 e 8 e 10 anos, conforme a natureza da infração).

De acordo com a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), essa condenação por órgão judicial colegiado já é suficiente para a decretação da inelegibilidade do cidadão. Essa, inclusive, é a hipótese dos autos.

Também de acordo com a lei – lida na sua literalidade, como descrita acima – o prazo da inelegibilidade começa a contar na data da publicação dessa decisão do órgão colegiado e vai até o transcurso do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena.

No caso de condenação à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa, o efetivo cumprimento da pena somente começa com o trânsito em julgado da decisão definitiva de mérito, tal como dispõe o art. 20 da Lei 8.429/92.

Na prática, isso significa que o prazo da inelegibilidade transcorrerá entre a decisão do órgão judicial colegiado – geralmente um Tribunal de segunda instância – e o término do prazo de 8 anos contados do efetivo cumprimento da pena, o qual começa apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória na ação de improbidade administrativa.

Assim, levando-se em conta que, de acordo com os parâmetros temporais atuais de tramitação processual na Justiça brasileira, entre a decisão do órgão do tribunal de segunda instância e o efetivo trânsito em julgado do processo podem transcorrer vários anos, o prazo total da inelegibilidade, na hipótese da alínea “I” em exame, pode chegar a ser mais que o dobro da condenação à suspensão de direitos políticos determinada na ação de improbidade.

Se imaginarmos que, em termos bastante otimistas, uma decisão de segundo grau em ação de improbidade administrativa leve 4 anos para transitar em julgado no STJ ou no STF (geralmente nessas ações são suscitadas questões

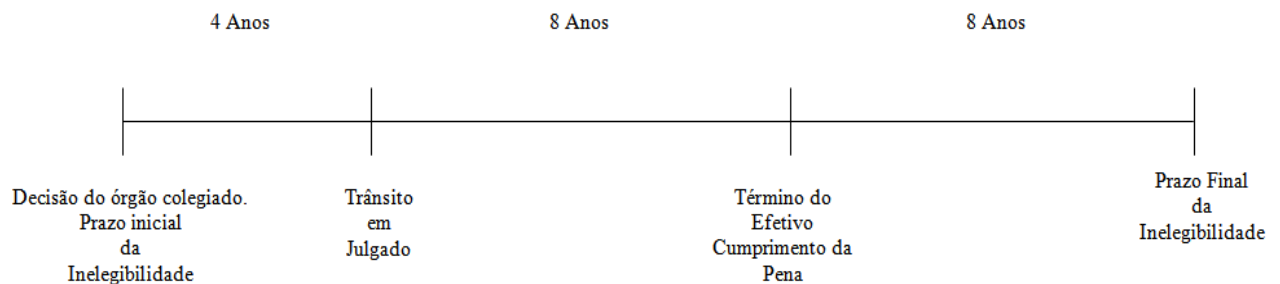
constitucionais diversas), podemos então fazer um somatório dos prazos e calcular o tempo efetivo que o cidadão terá que suportar como inelegível.

Seguindo o exemplo acima delineado, serão:

a) **4 anos** entre a condenação em segunda instância e o trânsito em julgado da ação de improbidade; mais

b) **8 anos** de cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos, contados a partir do trânsito em julgado (art. 20 da Lei 8.429/92); mais

c) **8 anos** de inelegibilidade determinados pela LC 135/2010 (alínea “I”, I, art. 1º LC 64/90), contados a partir do cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos fixada na ação de improbidade administrativa (8 anos no exemplo aqui descrito).



Total: 20 anos de inelegibilidade.

Não é preciso muita imaginação para constatar que há, aqui, um excesso do legislador e, portanto, uma **patente violação ao princípio da proporcionalidade**.

O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um *núcleo essencial* do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma *margem de ação* ao legislador,

cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador.

No caso, o direito fundamental em questão diz respeito, especificamente, ao direito de ser votado, como exercício da denominada cidadania passiva.

A questão, portanto, está em saber se, de acordo com um critério de proporcionalidade, a decretação da inelegibilidade daqueles cidadãos condenados por improbidade administrativa, por prazos que podem chegar a 20 anos ou mais, restringe de forma excessiva o direito fundamental de ser votado.

O princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador (*Übermassverbot*).

Para a aferição da proporcionalidade da medida legislativa, deve-se averiguar se tal medida é *adequada e necessária* para atingir os objetivos perseguidos pelo legislador, e se ela é *proporcional (em sentido estrito)* ao grau de afetação do direito fundamental restringido.

No caso, o fim almejado pelo legislador é impedir que cidadãos considerados ímprobos participem de eleições para o preenchimento de cargos políticos. Em outros termos, a lei visa garantir a moralidade da participação nos pleitos eleitorais e, dessa forma, permitir que apenas cidadãos probos possam exercer os mandatos políticos.

Esse objetivo poderia ser alcançado com a decretação da inelegibilidade daqueles cidadãos que foram condenados por decisão de mérito, definitiva e transitada em julgado, em ação de improbidade administrativa. Não se olvide que a pecha da improbidade, segundo o regime fixado na Constituição (art. 15, V; art. 37, § 4º), somente pode ser atribuída àqueles que têm contra si uma decisão definitiva e imutável.

Assim, se se pretende retirar temporariamente da vida política cidadãos ímprobos, tal finalidade poderia ser alcançada com a previsão legal da inelegibilidade de todos aqueles que foram condenados definitivamente em ação de improbidade administrativa, com decisão transitada em julgado.

Existindo outros meios mais adequados e menos gravosos à situação política dos cidadãos, a medida legislativa levada a cabo pela LC 135/2010, ao introduzir a alínea “I” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, certamente não passa no teste da proporcionalidade nos níveis da adequação e da necessidade.

Mas o legislador decidiu, por meio da LC 135/2010, que não seria necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória na ação de improbidade administrativa, bastando a decisão do órgão colegiado para a incidência da causa de inelegibilidade. Partindo-se do pressuposto de que isso seria possível – apesar de tal medida, como analisado acima, não passar nos testes da adequação e necessidade –, ainda assim a LC 135/2010, nesse ponto, não passaria no teste da proporcionalidade (em sentido estrito).

Isso porque, como visto acima, o legislador prescreveu que a inelegibilidade incidirá sobre o cidadão *desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena*. E, tal como analisado, **isso pode significar, na prática, a penas que ultrapassam 20 anos de inelegibilidade.**

A Lei da Ficha Limpa pretendeu estender para 8 anos o prazo da inelegibilidade, tendo em vista que, no sistema anterior, os 3 anos fixados pela LC 64/90 acabavam por permitir a candidatura já no pleito eleitoral seguinte, tornando inócua a medida estabelecida. Porém, o legislador foi longe demais ao construir um texto normativo que permite, como visto, prazos de inelegibilidade de mais de 20 anos.

A Lei de Improbidade Administrativa – a Lei 8.429/1992 – prevê, em seu art. 12, pena de suspensão de direitos políticos que pode chegar, no máximo, a 10 anos.

Na medida em que a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) possibilitou que a inelegibilidade possa chegar a prazos de mais de 20 anos – mais que o dobro fixado na Lei 8.429/1992 –, ela entra em confronto claro com o regime de responsabilização político-administrativa estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Mas não só isso, ela viola claramente o postulado da *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que fixa a medida por ela prevista é extremamente invasiva dos direitos políticos do cidadão, sem qualquer proporção em relação ao fim almejado.

Há, aqui, uma evidente relação de desproporção entre a medida legislativa adotada e o objetivo a ser alcançado.

Não se pode negar que a previsão de prazos de inelegibilidade que podem superar os 20 anos tem o condão de praticamente retirar um cidadão da vida política, dependendo do caso. A medida adotada pela Lei da Ficha Limpa pode, inclusive, aniquilar carreiras políticas, tamanha a desproporção com que fixou o prazo da inelegibilidade.

Para se ter uma ideia dessa total falta de proporcionalidade, basta verificar os prazos das penas fixadas pela legislação penal para os crimes contra a administração pública, levando-se em conta que a condenação penal também gera a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos.

O crime de peculato tem pena máxima de 12 anos (art. 312 do Código Penal).

A concussão tem pena máxima fixada pelo Código Penal em 8 anos (art. 316).

O excesso de exação, na modalidade qualificada, tem pena máxima de 12 anos (art. 316, § 2º).

A corrupção passiva é penalizada com o máximo de 12 anos (art. 317 do Código Penal).

A prevaricação, a condescendência criminosa, a advocacia administrativa e o abandono de função tem penas que vão até o máximo de 1 ano (artigos 319, 320 e 321 e 323 do Código Penal). A violação de sigilo funcional, por seu turno, tem pena máxima de 2 anos (art. 325 do Código Penal).

Perceba-se, portanto, que a Lei da Ficha Limpa adota medidas que restringem direitos políticos dos cidadãos condenados por improbidade administrativa de forma muito mais rigorosa do que a própria legislação penal, a qual, para os crimes contra a administração pública, prevê penas de no máximo 12 anos.

Parece evidente, nesse sentido, a sanha do legislador ao tentar retirar da vida política cidadãos condenados apenas em segunda instância em ação de improbidade administrativa.

Não vejo como não reconhecer a violação ao princípio da proporcionalidade nessa alínea “I”, assim como da alínea “e”, do inciso I do art. 1º da LC 64/90, inserida pela LC 135/2010.

O Relator, Ministro Luís Fux, em seu voto, chegou a conclusão semelhante, nos seguintes termos:

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

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

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

Cumpre, destarte, proceder a uma *interpretação conforme a Constituição*, para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “I” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.”

Como se vê, **o Ministro Fux propôs a aplicação da técnica da interpretação conforme** para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “I” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, seja possível abater, do prazo de

inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

Com base nessas considerações, acompanho a proposta do Min. Relator.

VII. CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto:

- 1) pela procedência total da ADI 4.578, para **declarar a inconstitucionalidade** da alínea “m”;
- 2) pela improcedência da ADC 29, para **declarar o caráter retroativo da LC 135/2010 e determinar sua aplicação apenas em relação aos fatos ocorridos após a sua vigência**, respeitada a anualidade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição, tal como já afirmado pela Corte no RE 633.703;
- 3) pela improcedência parcial da ADC 30, para **declarar a inconstitucionalidade** da alínea “n”;
- 4) pela improcedência parcial da ADC 30, para **declarar a inconstitucionalidade** da expressão “ou proferida por órgão judicial colegiado”, contida nas alíneas “e” e “f”;
- 5) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que a alínea “o” é constitucional desde que interpretada no sentido de que somente as hipóteses de demissão diretamente relacionadas a atos de improbidade administrativa podem constituir causas de inelegibilidade;
- 6) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que a alínea “g” é constitucional desde que interpretada no sentido de que os Chefes do Poder Executivo, ainda quando atuem como ordenadores de despesa, submetem-se aos termos do inciso I do art. 71 da Constituição;

7) pela procedência parcial da ADC 30, para, aplicando a técnica de decisão da **interpretação conforme a Constituição**, fixar que as alíneas “e” e “l” – retirada a expressão “ou proferida por órgão judicial colegiado” – são constitucionais desde que sejam interpretadas no sentido de que seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.