

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):** Trata-se de recurso extraordinário no qual se discute a inelegibilidade de Leonídio Henrique Correa Bouças, candidato a deputado pelo Estado de Minas Gerais nas eleições de 2010, que teve seu registro de candidatura negado, em razão de condenação por improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, I, “I”, da Lei Complementar 64/90, com redação dada pela Lei Complementar 135/2010.

Em 18.12.2007, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de apelação, reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa e condenou o recorrente à perda de sua função pública e à suspensão de seus direitos políticos – por 6 anos e 8 meses – e do direito de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais por 5 anos (fl. 33). Fixou, ainda, multa civil de 1,5 vezes o valor do dano, devidamente corrigido, assim como o condenou ao ressarcimento integral do dano causado ao erário público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio (fl. 34).

O Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de impugnação de registro de candidatura em face do recorrente (fls. 27-31), alegando a ausência da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, II, da Constituição (falta de quitação eleitoral) e a presença da causa de inelegibilidade estabelecida no art. 1º, I, “I”, da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010. Quanto a este fundamento, assim se pronunciou o órgão ministerial:

“Assim, o Impugnado, por ter sido condenado à suspensão dos direitos políticos, em decisão proferida por órgão colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importou em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, incide na causa de inelegibilidade legal insculpida no art. 1º, ‘I’ da Lei das Inelegibilidades” (fl.29).

Em 21.7.2010, sobreveio a apresentação da defesa, na qual se alegou a inconstitucionalidade da LC 135/2010 e a inexistência de trânsito em julgado da decisão colegiada do TJMG na ação de improbidade administrativa (fls. 122-137).

Em seguida, a Procuradoria Regional Eleitoral de Minas Gerais pugnou pela juntada da notícia de inelegibilidade e manifestou-se novamente pelo indeferimento do registro de candidatura do recorrente (fl. 96).

Com base nas informações dos autos, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, à unanimidade, julgou procedente a impugnação da candidatura e indeferiu o pedido de registro do recorrente (fl. 185-192). Foram opostos embargos declaratórios, que restaram acolhidos pelo TRE-MG, sem efeitos modificativos, apenas para aclarar as questões trazidas, nos termos do voto de fls. 233-238.

Dessa decisão, o recorrente interpôs, em 8.8.2010, recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral, requerendo a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º, I, “I”, da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/10.

Em parecer fundamentado, o Ministério Público Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso, com a seguinte conclusão (fl. 280):

“Assim, tendo o recorrente sido condenado à suspensão dos direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa, por decisão de órgão colegiado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “I” da LC 64/90, capaz de acarretar o indeferimento do seu registro de candidatura”.

Em 9.9.2010, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, decisão monocrática do Ministro Aldir Passarinho Junior negou seguimento ao recurso ordinário e manteve o entendimento do TRE-MG, reconhecendo a inelegibilidade do recorrente, nos seguintes termos:

“Trata-se, na origem, de ação de impugnação ao pedido de registro de candidatura de Leonídio Henrique Correa Bouças, candidato ao cargo de deputado estadual nas Eleições 2010, julgada procedente pelo e. TRE/MG sob o fundamento de que o candidato estaria inelegível em razão de ter sido condenado à suspensão de seus direitos políticos, em órgão colegiado, por improbidade administrativa.

A irrisignação não merece provimento.

O recorrente sustenta que, por força do princípio da não culpabilidade, a inelegibilidade decorrente de condenação por improbidade administrativa

somente incide após o trânsito em julgado da decisão que o condenou por ato de improbidade administrativa.

Tal tese, todavia, não merece acolhida. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu, recentemente, nos autos da CTA nº 1120-26/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, acórdão ainda pendente de publicação, que a Lei Complementar nº 135/2010 atende ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porquanto resultou da ponderação de tal princípio com o da moralidade e probidade para exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato. (...)

O Tribunal Superior Eleitoral ressaltou, ademais, que a inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. (...)

Assim, sendo constitucionais as previsões da Lei Complementar nº 135/2010, as inelegibilidades nelas previstas devem ser aplicadas aos pedidos de registro de candidatura referentes às Eleições 2010, especialmente, no caso, o disposto no art. 1º, I, I, da Lei Complementar nº 64/90.

Observa-se, portanto, que é suficiente, para a incidência da causa de inelegibilidade em questão, decisão de órgão colegiado condenando o candidato à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado por órgão judicial colegiado (TJ-MG) à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa que importou prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito (fls. 99-116). Encontram-se satisfeitos, pois, os requisitos da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º I, I, da Lei Complementar nº 64/90. (...)

Assim, não mais existindo provimento judicial suspendendo os efeitos da decisão condenatória e sendo suficiente a condenação por órgão colegiado, o que, na espécie, ocorreu com decisão do TJ/MG, não merece acolhimento a tese de que a existência de embargos de declaração, opostos no Superior Tribunal de Justiça com julgamento ainda pendente, teria o condão de afastar a causa de inelegibilidade tratada nos autos.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso ordinário, nos termos do art. 36, § 6º, do RI-TSE” (fl.287).

Contra essa decisão o recorrente interpôs agravo regimental, que foi desprovido pelo Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, mantendo-se a inelegibilidade do recorrente. Esse acórdão do TSE restou assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. ART. 1º, I, I, DA LC Nº 64/90, COM REDAÇÃO DA LC Nº 135/2010. CONSTITUCIONALIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONSTITUI PENA. INOVAÇÃO DAS TESES RECURSAIS.

NÃO PROVIMENTO. 1. O Tribunal Superior Eleitoral firmou o entendimento de que a Lei Complementar nº 135/2010 é constitucional e se aplica às eleições de 2010. Precedente. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente. Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção de suspensão dos direitos políticos, prevista para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa. Precedente. 3. Agravo regimental não provido” (fl. 352).

Foram opostos embargos de declaração, posteriormente rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição (fls. 400-423), alega-se violação aos arts. 5º, LVII; 15, V; 16 e 37, § 4º, do texto constitucional. Em suas razões, o recorrente sustenta, em síntese:

1) a não observância do princípio da anualidade eleitoral, estabelecido no art. 16 da Constituição;

2) a afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), em razão da ausência do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, entendimento este que já estaria presente na jurisprudência do STF, especificamente no julgamento da ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello;

3) violação aos artigos 15, V, e 37, § 4º, da Constituição, os quais teriam remetido à legislação ordinária a regulamentação das penalidades aplicáveis à prática de improbidade administrativa, tendo a Lei 8.429/92 exigido o trânsito em julgado para a suspensão dos direitos políticos.

O recorrente sustenta, ainda, a afronta aos artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, tendo em vista que o TSE teria rejeitado, indevidamente, os embargos de declaração opostos.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões (fls. 442-456), pugnando pelo desprovimento do recurso extraordinário.

A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, tendo em conta a natureza constitucional da controvérsia, admitiu o recurso extraordinário, determinando a sua

remessa ao Supremo Tribunal Federal em decisão de fls. 458-459, publicada no *DJe* em 7.12.2010.

Em 3.3.2011, foi juntado aos autos o parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 469-486), que opina pelo desprovimento do recurso extraordinário, alegando a inelegibilidade do recorrente em face do art. 1º, I, “L”, da Lei Complementar 64/90, com redação dada pela Lei Complementar 135/2010. O Procurador-Geral da República ressalta, ainda, a aplicabilidade da LC 135/2010 ao pleito eleitoral ocorrido em 3.10.2010, com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal, consignado no julgamento do RE 631.102.

É o relatório.

## **VOTO**

### **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):**

#### **1. Considerações preliminares**

##### **1.1. A questão constitucional e sua repercussão geral**

O presente recurso extraordinário traz novamente a esta Corte as questões constitucionais atinentes à aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”, à luz dos princípios constitucionais da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), da irretroatividade da lei e da presunção de não culpabilidade.

O tema já foi versado em outras duas ocasiões, de todos conhecidas, especificamente nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 630.147/DF (caso Joaquim Roriz) e 631.102/PA (caso Jader Barbalho). O primeiro, como é sabido, ficou prejudicado em razão da perda superveniente de objeto, devidamente declarada pelo Plenário na Sessão do dia 29.9.2010. No segundo, o Tribunal, após verificar o empate na votação, decidiu aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno, e manter a decisão recorrida, vencidos os Senhores Ministro Dias

Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que determinavam a aplicação do voto de qualidade do Presidente, previsto no inciso IX, do artigo 13 do RI-STF (Sessão Plenária do dia 27.10.2010).

Nos dois casos, a cognição do Tribunal cingiu-se à alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC 64/90 – com a redação dada pela LC 135/2010 –, apesar de o pronunciamento sobre aspectos relacionados ao princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição) dizer respeito à aplicabilidade da lei como um todo. Preferiu-se dividir a discussão das questões relacionadas à LC 135/2010, levando-se em conta os temas versados em cada alínea do inciso I do art. 1º da LC 64/90. É o que ficou consignado na decisão proferida no RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz):

“O Tribunal, por unanimidade, manteve o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional concernente ao art. 1º, inciso I, alínea “k”, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/2010, e declarou extinto o processo, sem julgamento do mérito, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 29.09.2010”.

Assim, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional relacionada à alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, a qual dispõe sobre a inelegibilidade daqueles agentes políticos que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de cassação do mandato.

O presente recurso diz respeito à alínea “l” do inciso I do art. 1º dessa mesma lei, que trata da inelegibilidade decorrente da condenação à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa.

Parece certo que, uma vez reconhecida a repercussão geral em relação à alínea “k”, esse reconhecimento também haverá de ocorrer no tocante à alínea “l”, tendo-se em vista que, apesar de suscitarem temas com nuances diferenciadas, ambas fazem parte da mesma lei, que tem contestada a sua aplicabilidade total.

Nesse aspecto, não se pode fechar os olhos para o simples fato de que, uma vez decidida a questão constitucional relativa à aplicação da totalidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), tal

decisão terá uma óbvia incidência sobre todas as alíneas do inciso I do art. 1º da LC 64/90, independentemente da diversidade de temas versados em cada uma delas.

Não se pode olvidar, igualmente, que a solução da controvérsia relativa à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010 não repercute sobre as questões constitucionais quanto à constitucionalidade material de diversos de seus dispositivos, que terão plena aplicabilidade já para as próximas eleições municipais de 2012.

Assim, a proposta é a de que, por meio do presente recurso extraordinário, reconheça-se a repercussão geral da questão constitucional que diz respeito à **aplicabilidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição)**. A decisão definitiva de mérito quanto ao tema terá efeitos (próprios do regime da repercussão geral) imediatos sobre todas as questões idênticas versadas nos recursos nos quais se discuta a aplicação da totalidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

## **1.2. Demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário**

Os demais pressupostos de admissibilidade do recurso foram devidamente preenchidos, tornando viável o pleno conhecimento do mérito recursal.

Tenha-se em conta o Enunciado 728 da Súmula deste Tribunal, que determina ser de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei 6.055/1974, que não foi revogado pela Lei 8950/1994. Assim, tendo em vista que o acórdão recorrido tornou-se público em Sessão do TSE de 16.11.2010, conforme certidão fl.368, é tempestivo o recurso extraordinário, uma vez que houve a juntada de cópia, via fax, em 17.11.2010, e dos originais, em 19.11.2010.

A peça recursal encontra-se subscrita por procurador regularmente habilitado nos autos (fl.120).

Pela análise do conteúdo das decisões jurisdicionais das instâncias inferiores verifica-se o prequestionamento da matéria constitucional.

## **1.3. Quadro fático**

Apesar de não ter maiores repercussões sobre o julgamento do recurso – admitida a repercussão geral das questões constitucionais, o Tribunal as julga em tese e o caso concreto torna-se apenas um “caso-pretexto” –, é válido registrar o quadro fático subjacente ao processo.

O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) apresentou ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, em 5.7.2010, requerimento de registro de candidatura (RCC) do recorrente, por ele subscrito, ao cargo de deputado estadual. Anexadas estavam as certidões de “nada consta”, a declaração de bens e a certidão para fins eleitorais (fls. 5-18). Em atendimento ao disposto no art. 3º, *caput*, da Lei Complementar 64/90, foi certificada, em 8.7.2010, a publicação de edital para fins de impugnação (fl. 25).

A Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais deu notícia ao Procurador Regional Eleitoral da inelegibilidade do recorrente, fundada em condenação por improbidade administrativa, confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (fl.49).

Assim, ante a alegada irregularidade na condição de elegibilidade do recorrente, objeto da ação de impugnação de registro de candidatura proposta pelo Ministério Público Eleitoral, seu pedido restou designado pelo TSE como “indeferido com recurso”, como consta de pesquisa feita no sítio daquele Tribunal em 16.3.2011. Nesse mesmo sítio, há a informação de que lhe fora atribuído um número e lhe foram contabilizados votos. Desse modo, conforme o “Relatório de votação de Candidatos com Pedido de Registro Indeferido” do TSE, as informações sobre o recorrente, com relação ao pleito eleitoral de 2010, são as seguintes:



Justiça Eleitoral/ MG  
Gerenciamento 2010  
Eleições 2010  
OFICIAL 1º Turno

Página 1 de 2  
04/10/2010  
11:18:34

Situação dos candidatos no sistema de totalização						
UF	Eleitores aptos	Seções	Seções agregadas	Seções com urna	Nº vagas deputado federal	Nº vagas deputado estadual
MG - MINAS GERAIS	14.513.934	45.851	2.000	43.851	53	77



Cargo: Deputado Estadual

Situação: Indeferido com Recurso

Candidato	Partido/Coligação	Votos na UF
11456 - PEDRO IVO FERREIRA CAMINHAS	11-PP / 25-DEM / 45-PSDB	61.315
12512 - WALTER RODRIGUES FILHO	12 - PDT	22.154
13221 - RENÉ MENDES VILELA	10-PRB / 13-PT	5.705
13777 - CLÁUDIO ROBERTO ROCHA	10-PRB / 13-PT	1.512
13888 - JOSE DE SOUZA FELIX	10-PRB / 13-PT	1.141
13900 - RODINEI FERREIRA DIAS	10-PRB / 13-PT	259
15130 - LEONIDIO HENRIQUE CORREA BOUÇAS	15 - PMDB	41.893

Apesar de o recorrente ter obtido **41.893 votos**, consideraram-se votos válidos, nas eleições proporcionais, apenas os votos dados aos candidatos regularmente inscritos ou às legendas partidárias (art.5º da Lei 9.504/97). Assim, os votos conferidos ao recorrente não foram computados validamente, nem de modo individual, nem ao partido, tendo em vista sua situação irregular (“indeferido com recurso”), em que o sistema lê os votos como nulos (art. 175, §3º do Código Eleitoral). E o voto nulo é apenas registrado para fins de estatísticas, não sendo computado como válido.

Considerando a Estatística dos Resultados por Unidade da Federação referente ao pleito eleitoral de 2010, disponibilizada no sítio do TSE, tem-se que, em relação ao cargo de deputado estadual em Minas Gerais, foram eleitos ou considerados suplentes candidatos com quantidades de votos inferiores à do recorrente. Tendo em vista o sistema eleitoral brasileiro e a relação dos quocientes eleitoral e partidário na definição dos quantitativos numéricos dos votos necessários para se eleger um candidato, nota-se a importância do cômputo de votos válidos, tanto para o candidato quanto para o partido.

Nesse contexto, tendo-se por base a quantidade de votos válidos que elegeram os deputados estaduais e suplentes no Estado de Minas Gerais, de mesmo partido do recorrente ou não, caso o seu registro de candidatura estivesse em situação regular no TSE (deferido), poderia ter sido eleito suplente de deputado estadual no referido Estado. Essa conclusão é possível a partir da verificação dos seguintes números divulgados pelo TSE, e extraídos, em parte, apenas a título de demonstração:

MG	DEPUTADO ESTADUAL	FABIANO GALLETTI TOLENTINO	PRTB	31.182	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	CARLOS GOMES SAMPAIO DE FREITAS	PT	31.259	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JOAO BOSCO	PT DO B	31.455	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ROMEU FERREIRA QUEIROZ	PSB	32.017	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JOSÉ LUIZ ALVES	PSL	32.272	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JUAREZ TÁVORA DE FREITAS JÚNIOR	PV	32.958	SUPLENTE	MASCULINO

MG	DEPUTADO ESTADUAL	EDY ARAUJO JÚNIOR	PTB	33.752	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	GEISA GOMES PEREIRA TEIXEIRA	PT	33.758	SUPLENTE	FEMININO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ANTÔNIO CARLOS SILVA NUNES	PMDB	34.724	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JUBERSON DOS SANTOS MELO	PSL	34.783	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ISAURO JOSE DE CALAIS FILHO	PMN	35.296	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	CARLOS HENRIQUE ALVES DA SILVA	PRB	35.983	MÉDIA	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	CÁSSIO ANTONIO FERREIRA SOARES	PRTB	36.067	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	DELVITO ALVES DA SILVA FILHO	PTB	36.382	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	DEIRO MOREIRA MARRA	PR	36.527	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	RÔMULO VICTOR PINHEIRO VENEROSO	PV	36.642	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	MARIA TEREZA LARA	PT	37.442	ELEITO	FEMININO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	LUIZ FÁBIO CHEREM	PSL	37.885	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ANSELMO JOSÉ GOMES DOMINGOS	PTC	38.109	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	MARIA VIRGILIA PASCOAL ROSA	PTN	38.163	SUPLENTE	FEMININO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	FREDERICO BORGES DA COSTA	PHS	38.419	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	IVONEI ABADE BRITO	PSDB	38.568	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ANTONIO DOS REIS GONCALVES LERIN	PSB	40.426	MÉDIA	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	MARIA GLÁUCIA COSTA BRANDÃO	PPS	40.498	SUPLENTE	FEMININO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ALMIR PARACA CRISTOVÃO CARDOSO	PT	40.521	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ADELMO CARNEIRO LEÃO	PT	40.562	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	LUÍZ CARLOS DE MIRANDA FARIA	PDT	41.046	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ULYSSES GOMES DE OLIVEIRA NETO	PT	41.265	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	GETÚLIO AFONSO PORTO NEIVA	PMDB	41.470	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	DUILIO DE CASTRO FARIA	PMN	41.727	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ADEMIR LUCAS GOMES	PSDB	42.701	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	SEBASTIÃO COSTA DA SILVA	PPS	43.376	MÉDIA	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	LIZA FERNANDES PRADO	PSB	43.810	ELEITO	FEMININO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JÚLIO CÉSAR GOMES DOS SANTOS	PMDB	44.215	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	HÉLIO GOMES ALVES	PSL	44.704	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	RÊMOLO ALOISE	PSDB	44.964	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ANDRÉ QUINTÃO SILVA	PT	45.324	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	JOSE CELIO DE ALVARENGA	PC DO B	45.373	ELEITO	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	LUIZ SÁVIO DE SOUZA CRUZ	PMDB	45.415	MÉDIA	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	FAHIM MIGUEL SAWAN	PSDB	45.792	SUPLENTE	MASCULINO
MG	DEPUTADO ESTADUAL	ROGERIO CORREIA DE MOURA BAPTISTA	PT	45.939	ELEITO	MASCULINO

Registre-se que, em recente julgamento, o TSE fixou entendimento segundo o qual “*não se computam para a legenda os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito*”, conforme a ementa transcrita a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2008. CÔMPUTO DOS VOTOS. LEGENDA. REGISTRO INDEFERIDO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 175, § 3º, DO CÓDIGO ELEITORAL. JURISPRUDÊNCIA DO TSE. SÚMULA Nº 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Conforme jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, não se computam para a legenda os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito. 2. O

entendimento da Corte Regional está em consonância com a orientação firmada neste Tribunal. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 3. Agravo desprovido” (AI-AgR 11.326/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 18/2/2011).

Assim, o TSE atualmente considera que “(...) *prevalece a situação jurídica do candidato no momento da eleição*” e que “*os votos atribuídos a candidato que se encontre, na data do pleito, com seu registro indeferido, serão considerados nulos, nos termos do § 3º do artigo 175 do Código Eleitoral*” (AI-AgR 11.326/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 18/2/2011; no mesmo sentido: AgR-AC nº 3.328/SP, de relatoria do Min. Felix Fischer).

O TSE também decidiu, no julgamento dos MS 403.463 e 411.864 (em 15.12.2010), que os partidos políticos não devem receber os votos dos candidatos com registro indeferido, inclusive aqueles com recurso pendente de decisão, entendimento que decorreria do art. 16-A da Lei 9.504/97, com redação dada pela Lei 12.034/09, e do § 4º do art. 175 do Código Eleitoral. Tais decisões são alvo de impugnação nesta Corte, especificamente na ADPF 223, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa. Também na ADI 4.513/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, é argüida a inconstitucionalidade do art.16-A e respectivo parágrafo único da Lei n. 9.504/97, incluídos pelo art. 4º da Lei n.12.034/2009, em face dos artigos 1º, II, V e parágrafo único, art. 14, § 3º e V, e art. 45, da Constituição.

Com essas breves considerações preliminares, passo à análise da questão constitucional levantada.

## **2. O princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição) na jurisprudência do STF**

O Supremo Tribunal Federal possui uma sólida jurisprudência a respeito da interpretação do art. 16 da Constituição de 1988 (ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010).

Muito se tem argumentado que em nenhum desses precedentes o Tribunal tratou especificamente da lei que cria novas causas de inelegibilidade. De fato, a única vez em que a Corte se debruçou sobre esse tema específico ocorreu no conhecido julgamento do **RE 129.392**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (julg. em 17.6.1992), no qual se decidiu que o princípio da anterioridade eleitoral não veda a vigência imediata da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidades), na medida em que esta define o regime constitucional de inelegibilidade exigido pelo art. 14, § 9º, da Constituição. Assim, com base nesse precedente específico, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento das Consultas 114.709 e 112.026, entendeu que a LC 135/2010, diploma modificador da LC 64/90, também não estaria abrangida pela vedação do art. 16 da Constituição.

O exame minucioso do precedente firmado no RE 129.392 pode revelar que essa conclusão não é tão evidente como tem sido apresentada.

Em verdade, ela é equivocada.

A regra que se extrai do referido precedente não é a de que *lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição*, como normalmente se tem entendido.

Naquele julgamento, o debate girou em torno da questão de saber se a LC 64/90 instaurava um novo e complementar sistema normativo de inelegibilidades exigido pela então recém-promulgada Constituição de 1988 (art. 14, § 9º) ou se, por outro lado, ela alterava o regime anterior de inelegibilidades definido pela LC 5/70 e recepcionado pela nova Constituição. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de uma legislação apenas complementar e integrativa do novo regime de inelegibilidades da Constituição de 1988 e que, dessa forma, não receberia a incidência do art. 16 da mesma Constituição; do contrário, ocorrida a segunda hipótese, ter-se-ia um caso de verdadeira alteração do processo eleitoral, a ser submetida à vedação de aplicabilidade imediata imposta pelo art. 16 da Constituição. O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, após assim delimitar a questão, entendeu que a LC 5/70 foi recepcionada pela Constituição de 1988, complementando, desde o momento da promulgação do texto constitucional, o sistema de inelegibilidades instituído pela nova ordem constitucional, de forma que o advento posterior da LC 64/90, que revogou a anterior LC 5/70, teve o condão de alterar

o processo eleitoral e assim deveria vigorar apenas após um ano de sua publicação. Acompanharam o Relator, com base nos mesmos fundamentos, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho. Por outro lado, os votos vencedores, capitaneados pelo Ministro Paulo Brossard e pelos Ministros à época pertencentes ao Tribunal Superior Eleitoral (Célio Borja, Octavio Gallotti e Sydney Sanches) e acompanhados pelos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, entenderam que o tema da inelegibilidade por improbidade administrativa é eminentemente constitucional, de forma que o art. 16 da Constituição não poderia ser aplicado para negar aplicabilidade imediata a outros preceitos da própria Constituição (art. 14, § 9º, e art. 37, § 4º). Assim, no entendimento da maioria, a LC 64/90 viria cumprir um mandamento constitucional e – tal como deixou consignado o Ministro Octavio Gallotti – “preencher um vazio” para permitir a moralização e a lisura do processo eleitoral então em curso. Se essa nova lei complementar não pudesse ser imediatamente aplicada, deixaria uma lacuna relativa a regras de inelegibilidade de caráter moralizador, o que não seria permitido pela própria Constituição.

Como é possível perceber, a regra que pode ser extraída desse precedente firmado no RE 129.392 é a de que o art. 16 da Constituição não pode obstar a aplicabilidade imediata de uma lei de inelegibilidade que, logo após o advento da nova ordem constitucional, vem instituir todo um sistema de inelegibilidades para cumprir preceitos constitucionais e preencher um vazio legislativo, sem cujo suprimento as eleições não poderiam se desenvolver de forma regular.

**Portanto, a tentativa de aplicar-se o referido precedente ao contexto atual levaria à conclusão diametralmente oposta, isto é, a de que o fato de a LC 135/2010 apenas alterar preceitos existentes de um consolidado sistema de inelegibilidade instituído pela Constituição de 1988 e complementado pela LC 64/90 – vigente há vinte anos e aplicado em todas as eleições desde então – tornaria obrigatório que a sua aplicabilidade fosse condicionada ao princípio da anterioridade previsto pelo art. 16 da Constituição.**

De toda forma, o certo é que **o julgamento do RE 129.392 foi realizado em um contexto muito específico**, sob a égide de uma Constituição recém-promulgada, que rompia com a ordem constitucional anterior e que necessitava da legislação complementar para implementar o novo sistema de inelegibilidade a ser aplicado nas

primeiras eleições democráticas após longo período ditatorial. Os votos vencedores, numa maioria apertada de 6 votos a 5, com desempate pelo então Presidente da Corte (Ministro Neri da Silveira), foram conduzidos por Ministros que compunham o Tribunal Superior Eleitoral e fizeram prevalecer razões pragmáticas que tinham em vista o regular transcurso do pleito eleitoral.

**Existem boas razões, portanto, para não se utilizar esse precedente como base de análise da questão sobre a necessidade de submissão da LC 135/2010 ao preceito do art. 16 da Constituição.** A resposta a essa questão deve ser encontrada por meio de uma análise que, guiada por um critério de coerência, investigue a jurisprudência como um todo e dela extraia as regras que poderão servir de parâmetro para o caso.

A seguir serão analisados os principais precedentes sobre a interpretação do art. 16 da Constituição. A jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral pode ser dividida em **duas fases**: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADIs 733, 718 e 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADIs 3.345, 3.685, 3.741 e da ADI-MC 4.307.

Na **ADI 733**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (julg. em 17.6.1992), o Tribunal firmou entendimento no sentido de que a lei estadual que cria municípios em ano eleitoral não altera o processo eleitoral e, portanto, não se submete ao princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição. Na ADI 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, (julg. em 5.11.1998), a Corte novamente enfatizou que o art. 16 da Constituição não repercute na criação de municípios por leis estaduais em ano eleitoral. Nas duas ações, considerou-se que o processo eleitoral é parte do sistema de normas do Direito Eleitoral, matéria da competência legislativa privativa da União, de modo que a lei estadual não tem efeitos sobre esse sistema normativo federal. O tema, porém, não voltou mais a figurar na jurisprudência do Tribunal, mesmo porque, a partir da EC 15/96, as leis estaduais criadoras de novos municípios passaram a ser declaradas inconstitucionais. Os precedentes contidos nas ADIs 718 e 733 apenas contribuem para esclarecer uma regra muito simples: a de que a lei de que trata o art. 16 da Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União prevista no art. 22, I, do texto constitucional. Esses julgados, dessa forma, serão pouco relevantes nas análises seguintes.

Na **ADI 354**, Rel. Min. Octavio Gallotti (julg. em 24.9.1990), o Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a vigência e a eficácia imediatas de norma eleitoral que altera o sistema de votação e apuração de resultados, seja no sistema proporcional, seja no sistema majoritário, não infringem o disposto no art. 16 da Constituição. Foi a primeira vez que a Corte analisou com maior profundidade o significado do princípio da anterioridade eleitoral na Constituição de 1988.

Os votos vencedores (Ministros Octavio Gallotti – Relator, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) basearam-se em fundamentos diversos, os quais podem ser agrupados em três vertentes:

1) a norma eleitoral que trata de um determinado modo de apuração de votos e, dessa forma, diz respeito apenas à interpretação da vontade do eleitor, pode ter eficácia imediata sem desrespeitar o princípio da anterioridade eleitoral (Octavio Gallotti e Célio Borja);

2) a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrange apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo (Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira);

3) o art. 16 visa impedir apenas alterações casuísticas e condenáveis do ponto de vista ético, e sua interpretação deve levar em conta as peculiaridades nacionais, o “Brasil real e não o Brasil teórico” (Sydney Sanches).

Os votos vencidos (Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho), vistos em seu conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Assim, tais votos procederam a uma interpretação mais ampla da expressão “processo eleitoral” e fixaram as seguintes balizas para a interpretação teleológica do art. 16:

1) o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; a *fase eleitoral* propriamente dita, que

compreende o início, a realização e o encerramento da votação; a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2) a teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e seus candidatos.

Após os referidos julgamentos, ocorridos no início da década de 1990, o Tribunal somente voltou a se pronunciar sobre o art. 16 da Constituição no ano de 2005, ao apreciar a ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello. Com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI 354.

Na **ADI 3.345**, o Tribunal entendeu que a Resolução do TSE 21.702/2004 – a qual normatizou as razões determinantes do julgamento do RE 197.917 pelo STF, que definiram critérios de proporcionalidade para fixação do número de vereadores nos municípios – não ofendeu o art. 16 da Constituição. Os fundamentos da decisão foram delineados no voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que, retomando as considerações antes proferidas no julgamento da ADI 354, fixaram a necessidade de interpretação do art. 16, levando-se em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Está consignado na ementa do acórdão:

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO "PROCESSO ELEITORAL" (CF, ART. 16).

- A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual



competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes.

- O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA e ANTONIO TITO COSTA).

- A Resolução TSE n.º 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório”.

Assim, as razões antes vencidas na ADI 354 passaram a figurar como fundamentos determinantes da atual jurisprudência do STF sobre o art. 16. Todos os julgamentos posteriores nos quais esteve envolvida a interpretação do art. 16 reportaram-se à teleologia da norma constitucional e ao significado da expressão “processo eleitoral” nela contida. Nesse último aspecto, perdeu relevância a distinção antes efetuada pelos Ministros Paulo Brossard e Moreira Alves entre direito eleitoral processual e direito eleitoral material.

Importante observar que, até o julgamento da ADI 3.345 – no qual se iniciou essa segunda fase na jurisprudência –, a construção de consistentes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade eleitoral ainda não havia resultado na declaração de inconstitucionalidade de normas com fundamento na aplicação do art. 16. Isso apenas veio ocorrer no julgamento da ADI 3685.

O julgamento da **ADI 3.685**, Rel. Min. Ellen Gracie (julg. em 22.3.2006) representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Foi a

primeira vez que o STF aplicou a norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral. O objeto da ação foi a EC 52/2006, que deu plena autonomia aos partidos para formarem coligações partidárias nos planos federal, estadual e municipal, revogando a legislação infraconstitucional que estabelecia a denominada “verticalização” das coligações. Os fundamentos do julgado se basearam nas razões já fixadas na jurisprudência do STF sobre o art. 16 e avançaram em novas considerações sobre o significado do princípio da anterioridade na ordem constitucional de 1988.

Em primeiro lugar, entendeu-se que o conteúdo semântico do vocábulo “lei” contido no art. 16 é amplo o suficiente para abarcar a *lei ordinária* e a *lei complementar*, assim como a *emenda constitucional* ou qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato. Assim, se na ADI 3.345 o Tribunal já havia aferido a constitucionalidade de uma Resolução do TSE em relação ao art. 16, agora o fazia tendo como objeto uma emenda constitucional. O entendimento vem complementar a interpretação da palavra “lei” já efetuada pelo Tribunal no julgamento das ADIs 718 e 733, em que se definiu que tal lei seria aquela emanada da União no exercício de sua competência privativa de legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da Constituição).

Em segundo lugar, passou-se a identificar no art. 16 uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, b, da Constituição. Dessa forma, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se nesse julgamento a noção de que o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”, expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nos julgamentos das ADIs 354 e 2628.

Ambos os entendimentos levaram à conclusão de que o art. 16 constitui cláusula pétrea e, dessa forma, é oponível inclusive em relação ao exercício do poder constituinte derivado.

Na **ADI 3.741**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (jul. em 6.8.2006), o Tribunal entendeu que a Lei 11.300/2006, que operou a denominada “minirreforma eleitoral” para o pleito de 2006, não violou o disposto no art. 16 da Constituição.

Adotaram-se, naquele julgamento, os seguintes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade (condensados na ementa do acórdão):

- 1) Inexistência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral;
- 2) Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições;
- 3) Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito;
- 4) Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.

Por fim, encerrando a análise da jurisprudência do STF sobre o art. 16, cite-se o recente julgamento da medida cautelar na **ADI 4.307**, Rel. Min. Cármen Lúcia (jul. em 11.11.2009). Na ocasião, o Tribunal, fundado nas razões que ficaram consignadas no julgamento da ADI 3.685, suspendeu a aplicação da EC 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais.

A análise efetuada já permite extrair da jurisprudência do STF as regras-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição, que são as seguintes:

**1) O vocábulo “lei” contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, para abranger a lei ordinária, a lei complementar, a emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, do texto constitucional;**

**2) A interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a *teleologia* da norma constitucional.**

2.1) O processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a *fase pré-eleitoral*, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a *fase eleitoral* propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) a *fase pós-eleitoral*, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

2.2) A teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a *deformação* do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* e que interfiram na *igualdade de participação* dos partidos políticos e de seus candidatos.

3) O princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição, constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que – qualificada como *cláusula pétrea* – compõe o plexo de garantias do *devido processo legal eleitoral* e, dessa forma, é oponível ao exercício do poder constituinte derivado.

Fixados esses parâmetros, é possível analisar a LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral.

### 3. A LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral

A LC 135/2010 foi editada para regulamentar o art. 14, § 9º, da Constituição e, dessa forma, fixou novas causas de inelegibilidade que levam em conta fatos da vida pregressa do candidato.

Tendo em vista os parâmetros fixados na jurisprudência do STF, trata-se de uma lei complementar que claramente está abrangida pelo significado do vocábulo “lei” contido no art. 16 da Constituição, ou seja, é uma lei complementar que possui coeficiente de autonomia, generalidade e abstração e foi editada pelo Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral.

Na medida em que legislou sobre causas de inelegibilidade, a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência do STF como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Não há dúvida, portanto, de que a alteração de regras de elegibilidade repercute de alguma forma no processo eleitoral.

Essas constatações, um tanto apodíticas, visam apenas a superar a aplicação de alguns parâmetros extraídos da jurisprudência do STF (parâmetros 1 e 2.1 acima delimitados), mas não prescindem de um exame mais profundo sobre a efetiva repercussão da LC 135/2010 no processo eleitoral, tendo em vista a teleologia do princípio da anterioridade eleitoral.

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral (parâmetros 2.2 e 3).

**Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do *casuísmo* da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do *casuísmo* acaba por levar à distinção subjetiva entre *casuísmos bons ou não condenáveis* (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e *casuísmos ruins ou condenáveis*, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).**

Se o princípio da anterioridade eleitoral é identificado pela mais recente jurisprudência do STF como uma garantia fundamental do devido processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado *considerações pragmáticas* que, no curso do pleito eleitoral, acabam por levar a *apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político*.

### **3.1. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do *devido processo legal eleitoral***

A alteração de regras sobre inelegibilidade certamente interfere no processo político de escolha de candidatos, processo este que envolve os próprios candidatos, os partidos políticos e terceiros (por exemplo, os parentes que sofrerão com a possível causa de inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição).

Todos sabem que a **escolha de candidatos** para as eleições não é feita da noite para o dia; antes constitui o **resultado de um longo e complexo processo em que se mesclam diversas forças políticas**.

Uma vez que a situação jurídica dos candidatos encontra-se caracterizada na forma das normas vigentes do processo eleitoral, eventual alteração significativa nas “regras do jogo” frustrar-lhes-ia ou prejudicar-lhes-ia as expectativas, estratégias e os planos razoavelmente objetivos de suas campanhas.

**Na medida em que os partidos políticos detêm o monopólio da apresentação de candidaturas, eles são também diretamente afetados pelas modificações nas regras sobre elegibilidade.**

Apenas para que se tenha a dimensão da repercussão que a modificação do quadro normativo sobre elegibilidade de candidatos pode acarretar, é pertinente exemplificar como o desrespeito do prazo mínimo para a alteração da legislação de regência eleitoral afetaria o processo de escolha de candidatos, especialmente nas seguintes hipóteses:

- 1) Se a alteração ocorrer em período inferior a um ano da data da eleição, compromete a própria possibilidade de escolha dos candidatos quanto à filiação partidária, uma vez que a modificação

legislativa se dá em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei (Lei n.º 9.504/1997, art. 9º, *caput*) para que todos os candidatos a cargos eletivos: (a) requeiram a respectiva inscrição eleitoral ou a transferência de seu domicílio para a circunscrição na qual pretendem concorrer; e (b) estejam com a filiação definitiva deferida pelo respectivo partido político;

2) Se a alteração ocorrer em período inferior a seis meses da data da eleição, afeta a situação jurídica dos candidatos em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei para desincompatibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos, bem como eventualmente de seu cônjuge ou dos respectivos parentes (consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção), que vierem a concorrer, no território de jurisdição do titular, para a mesma referida eleição subsequente (CF, art. 14, §§ 6º, 7º e 9º, c/c Lei Complementar n.º 64/1990, art. 1º, incisos II, III e IV, e §§ 1º a 3º);

3) Se a alteração ocorrer após 30 de junho do ano eleitoral, interfere na situação jurídica dos candidatos já escolhidos ou preteridos, uma vez que já expirado o prazo máximo fixado em lei para realização das convenções partidárias destinadas à escolha dos candidatos, assim como na deliberação sobre as coligações a serem eventualmente realizadas (Lei n.º 9.504/1997, art. 8º, *caput*); e

**Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual a LC 135/2010 é aplicável a esta eleição porque publicada antes das convenções partidárias, data na qual se iniciaria o processo eleitoral.**

**Esse sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência do STF, como já analisado. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as**

convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior.

A EC n.º 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. Na ocasião, o Ministro Carlos Britto se manifestou de forma muito enfática sobre o tema:

“(…) E o fato é que a opção constitucional pela estabilidade anual do processo eleitoral é bem mais serviente desse conjunto de valores em que os grêmios partidários gravitam. É algo bem mais previsível – e portanto mais seguro e autêntico – para quem pretenda se filiar ou prosseguir partidariamente filiado. O mesmo acontecendo, claro, com todos aqueles que pretendam se candidatar ou se recandidatar a cargo eletivo”.

Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

A LC n.º 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto poucos dias antes realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/97). Seria insensato considerar que – no período entre o dia 4 de junho e o dia 5 de julho (data da formalização dos pedidos de registro de candidatura) – se pudesse recomeçar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras.

O entendimento segundo o qual a verificação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade deve observar as regras vigentes no



**dia 5 de julho não significa, de forma alguma, que tais regras sejam aquelas que foram publicadas a poucas semanas dessa data de referência. O complexo processo político de escolha de candidaturas não se realiza em apenas algumas semanas, ainda mais se tiver que se adequar, de forma apressada, a novas regras que alteram causas de inelegibilidade. Entendimento contrário levaria à situação-limite de aplicação imediata, no dia 5 de julho, de uma lei de inelegibilidade publicada no dia 4 de julho.**

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

A questão, dessa forma, gira em torno da restrição de direitos fundamentais de caráter político. Nesse contexto, cumpre fundamental papel o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional do **devido processo legal eleitoral.**

**Neste ponto, cabe ressaltar que são completamente infundados os argumentos no sentido de que certas normas do capítulo dos direitos políticos na Constituição não constituiriam direitos fundamentais de caráter individual.**

Modernamente, a compreensão unitária dos direitos fundamentais decorre do pluralismo da democracia material contemporânea<sup>1</sup>. A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais. A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: SCHAFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos Direitos Fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: do Advogado, 2005, p. 63.

Nesse contexto, **os direitos políticos fundamentais apresentam uma estrutura jurídica complexa, pois exteriorizam características negativas (primeira geração) e, ao mesmo tempo, positivas (segunda e terceira gerações). São preponderantemente *direitos fundamentais individuais*, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que têm por objetivo instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos, como é o caso, por exemplo, das eleições periódicas.** De Vergotini <sup>2</sup>, ao reconhecer a importância do conteúdo do direito para a sua classificação, propõe que se considere a existência, no âmbito da liberdade negativa (direitos individuais), de dois fenômenos distintos, mas complementares, quais sejam, *liberdade do Estado e liberdade no Estado*. O primeiro, liberdade do Estado, consubstancia-se nos direitos exercitáveis contra o poder político, os quais têm por escopo impedir interferências indevidas nas esferas privadas dos cidadãos. O segundo, liberdade no Estado, refere-se à participação ativa da pessoa na atividade política, traduzindo os primados de uma sociedade democrática e participativa.

O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.

**O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos.**

Esse **entendimento está consignado na jurisprudência** desta Corte, especificamente no julgamento da **ADI 3.685**, Rel. Min. Ellen Gracie (julg. em 22.3.2006), o qual representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Nesse julgamento, passou-se a identificar **no art. 16 uma garantia fundamental** do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se

---

<sup>2</sup> DE VERGOTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedan, 2. Ed., 2000, p. 293. No mesmo sentido: MATO, Giuliano. BARBERA, Augusto (org.). *Manuale di diritto pubblico*. Vol. I. Bologna: il Mulino, 5. ed., 1997, p. 229.

uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, b, da Constituição, no sentido de que, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se a noção de que **o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”**, expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354.

### **3.2. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances (*Chancengleichheit*)**

Em recente obra publicada pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales da Espanha, Óscar Sánchez Muñoz bem esclarece que toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Estas são as palavras do autor:

“En principio, la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales parece jugar siempre en contra de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, cualquier limitación del derecho a ser elegible, al significar una limitación potencial del acceso a la competición electoral, constituiría al mismo tiempo una limitación de la igualdad de oportunidades, y es cierto que no puede concebirse una limitación mayor de la igualdad de oportunidades en la competición electoral que impedir el acceso a dicha competición de alguna de las alternativas políticas que lo pretenden.” (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2007, p. 92).

De fato, **não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos.** E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por

isso, uma **neutralidade do Estado** em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada<sup>3</sup>. A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de estabelecer-se uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e fáticos. Quanto aos aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal<sup>4</sup>. Quanto aos aspectos fáticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado<sup>5</sup>.

O princípio da *Chancengleichheit* parece ter encontrado sua formulação inicial na República de Weimar, com as obras de Herman Heller (*Probleme der Demokratie*, I und II, 1931, e *Europa und der Faschismus*, 1929) e de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, 1931, e *Legalität und Legitimität*, 1932).

Na concepção de Heller, “o Estado de Direito Democrático atual encontra seu fundamento, principalmente, na liberdade e igualdade da propaganda política, devendo assegurar-se a todas as agremiações e partidos igual possibilidade jurídica de lutar pela prevalência de suas idéias e interesses”<sup>6</sup>. O notável publicista acrescentava que a fórmula técnica para preservar a unidade da formação democrática assenta-se na livre submissão da minoria à vontade majoritária, isto é, na renúncia das frações minoritárias a uma superação da maioria, mediante o uso da violência. Isso pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas de ela vir a se tornar maioria<sup>7</sup>.

Por seu turno, advertia Carl Schmitt que um procedimento neutro e indiferente da democracia parlamentar poderia dar ensejo à fixação de uma maioria por

---

<sup>3</sup> Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (626).

<sup>4</sup> GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (626).

<sup>5</sup> GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (627).

<sup>6</sup> HELLER, Herman. *Europa und der Faschismus*. Berlin/Leipzig, 1929, p. 95 e s.

<sup>7</sup> HELLER, Herman. *Europa und der Faschismus*, cit. p. 9.

via da matemática ou da estatística, causando, dessa forma, o próprio esfacelamento do sistema de legalidade. Tal situação somente haveria de ser evitada com a adoção de um princípio consagrador de igualdade de chances para alcançar a maioria, aberto a todas as tendências e movimentos<sup>8</sup>. E, enfaticamente, asseverava Carl Schmitt:

“Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de chance abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación”<sup>9</sup>.

Com impecável lógica, consignava o eminente publicista que a legalidade do poder estatal conduz à negação e à derrogação do direito de resistência enquanto Direito,<sup>10</sup> uma vez que ao poder legal, conceitualmente, não é dado cometer injustiças, podendo, para isso, converter em “ilegalidade” toda resistência e revolta contra a injustiça e antijuridicidade<sup>11</sup>. E o eminente mestre acrescentava que:

“Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos hors-la-loi, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante. Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada”<sup>12</sup>.

Dessarte, a adoção do princípio de *igualdade de chances* constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria.<sup>13</sup> Vale registrar, ainda nesse particular, o seu magistério:

“El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la

---

<sup>8</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971, p. 43-44.

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 44.

<sup>10</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 44.

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 46.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 46.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 47.

mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia”<sup>14</sup>.

Na vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a “igualdade de chances” entre os partidos foi introduzida por Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28)<sup>15</sup>.

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de “igualdade de chances”, derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*)<sup>16</sup>.

Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3.º, I).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral — *Wahlrechtsgleichheit* — (Lei Fundamental, art. 38, I). As controvérsias sobre o financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e ao postulado geral da isonomia (art. 3.º, I) passaram a ser invocados como fundamento do *direito de igualdade de chances* dos partidos políticos<sup>17</sup>.

Converteu-se, assim, a “igualdade de chances” em princípio constitucional autônomo, um autêntico *direito fundamental* dos partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte do Poder Público e dos seus

---

<sup>14</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 47.

<sup>15</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Die politischen Parteien im Verfassungsrecht*. Tübingen, 1950, p. 6 e 12.

<sup>16</sup> LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*. *DJT*, p. C. 2.

<sup>17</sup> BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*. Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 22-23.

delegados<sup>18</sup>.

Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava aplicação estritamente formal do princípio de “igualdade de chances”. Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2.º Senado da Corte Constitucional o conceito de “igualdade de chances gradual” — *abgestufte Chancengleichheit*, de acordo com a “significação do Partido”<sup>19</sup>.

Considerou-se, entre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (*faktische Chancen*) manifesta afronta ao princípio da *neutralidade*, que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos políticos<sup>20</sup>.

A Lei dos Partidos de 1967 veio consagrar, no § 5º, o princípio da igualdade de chances tal como concebido pela jurisprudência da Corte Constitucional, estabelecendo a seguinte disposição: “(1) *Se um delegado do Poder Público coloca suas instalações ou serviços à disposição dos partidos, há de se dar igual tratamento às demais agremiações partidárias. A amplitude da garantia pode ser atribuída, gradualmente, de acordo com a ‘significação do partido’, assegurando-se, porém, um mínimo razoável à consecução dos objetivos partidários. A significação do partido é aferida, em especial, pelos resultados obtidos nas últimas eleições para a Câmara de Representantes. Ao partido com representação no Parlamento há de se assegurar uma participação não inferior à metade daquela reconhecida a qualquer outro partido*”.

Como se constata, o § 5º da Lei dos Partidos consagrou a *gradação* da “igualdade de chances” (*abgestufte Chancengleichheit*), estabelecendo inequívoca “cláusula de diferenciação” (*Differenzierungsklausel*)<sup>21</sup>. É evidente que uma interpretação literal do dispositivo poderia converter o postulado da “igualdade de chances” numa garantia do *status quo*, consolidando-se a posição dos *partidos*

---

<sup>18</sup> TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*. Fernuniversität Hagen, un. 3, p. 23; TSATSOS, MOHR, MORLOK e WENZEL. *Deutsches Staatsrecht*, Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 42; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 22-23.

<sup>19</sup> *BVerfGE* 14, 121; LIPPHARDT, op. cit. p. 691-692 e s.

<sup>20</sup> LIPPHARDT op. cit., p. 442.

<sup>21</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 699.

*estabelecidos (etablierte Parteien)* <sup>22</sup>.

Tal possibilidade já havia sido enunciada por Carl Schmitt, ao reconhecer que os partidos no governo desfrutam de inevitável vantagem, configurando-se uma autêntica e supralegal “mais-valia política” decorrente do exercício do poder <sup>23</sup>. Após asseverar que a detenção do poder outorga ao partido dominante a forma de poder político que supera de muito o simples valor das normas, observa Carl Schmitt:

“El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un Estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo. Por mas estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta el Estado legislativo en la ejecución de la ley, resalta ‘siempre lo ilimitado que está detrás’, como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría” <sup>24</sup>.

Não se pode negar, pois, que os *partidos estabelecidos* gozam de evidente primazia em relação aos *newcomers*, decorrente, sobretudo, de sua posição consolidada na ordem política.<sup>25</sup> Por outro lado, a realização de eleições com o propósito de formar um Parlamento capaz de tomar decisões respaldado por uma nítida maioria enseja, não raras vezes, modificações legítimas nas *condições de igualdade*. Disso pode resultar, à evidência, um *congelamento (Erstarrung)* do sistema partidário <sup>26</sup>.

Todavia, há de se observar que o direito de “igualdade de chances” não se compadece com a ampliação ou a consolidação dos *partidos estabelecidos*. Eventual supremacia há de ser obtida e renovada em processo eleitoral justo (*fairer Wettbewerb*) e abrangente da totalidade da composição partidária<sup>27</sup>.

Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional e assente na Lei dos Partidos (§ 5), há de

---

<sup>22</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 700; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 30-31.

<sup>23</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 49.

<sup>24</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 49.

<sup>25</sup> TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 30.

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1982, p. 69.

<sup>27</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 700.



levar em conta a “significação do partido”. Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política (... *Anteil den sie an der politischen Willensbildung des Volkes hat*).<sup>28</sup> E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo desempenho eleitoral<sup>29</sup>.

Não há dúvida de que a gradação da “igualdade de chances” *deve realizar-se cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário<sup>30</sup>. Até porque o abandono da orientação que consagra a *igualdade formal* entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo Poder Público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário<sup>31</sup>.

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas. Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma “adequada e eficaz propaganda” (*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*)<sup>32</sup>. Considera-se, assim, que um *Sendezeitminimum* (“tempo mínimo de transmissão”) deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua “significação”<sup>33</sup>.

Ainda assim, verificam-se na doutrina sérias reservas à *gradação do direito de igualdade de chances*, no tocante às “transmissões eleitorais”. É que tal oportunidade assume relevância extraordinária para os pequenos partidos e as novas agremiações, que, diversamente dos *etablierten Parteien*, não dispõem de meios adequados para difundir a sua plataforma eleitoral<sup>34</sup>. Também Tsatsos e Morlok sustentam, nesse particular, que a igualdade formal de todos os que participam do

---

<sup>28</sup> *BVerfGE* 24, 344; LIPPHARDT. op. cit., p. 446.

<sup>29</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 446; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 25.

<sup>30</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 700-701 e 438-439; TSATSOS, *Deutsches Staatsrecht*, op. cit., p. 43; BATTIS. op. cit., p. 22-25.

<sup>31</sup> BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 21-22; cf. tb. *BVerfGE*, 24, 300.

<sup>32</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 438-439.

<sup>33</sup> LIPPHARDT. op. cit., p. 438-439.

<sup>34</sup> Cf GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 346-347.

processo eleitoral deve ser decididamente afirmada. Entendem que, “*em uma democracia, não constitui tarefa de um Poder onisciente e interventivo tomar providências que indiquem aos eleitores a imagem ‘correta’ dos partidos. Ao revés, com a escolha prévia dos partidos, arroga-se o Estado um direito que apenas é de se reconhecer à cidadania na sua manifestação eleitoral*”<sup>35</sup>.

Digna de relevo é a problemática relativa ao financiamento dos partidos. Em 1958, declarou o *Bundesverfassungsgericht* a inconstitucionalidade de lei que facultava a subvenção aos partidos mediante desconto de imposto, ao fundamento de que tal prática não era compatível com o princípio de “igualdade de chances”<sup>36</sup>. Posteriormente, declarou-se a inconstitucionalidade de disposição contida na lei de orçamento, que assegurava aos partidos representados no Parlamento significativa soma de recursos, entendendo que o funcionamento permanente das organizações partidárias mediante recursos públicos não era compatível com a liberdade e abertura do processo de formação da vontade popular<sup>37</sup>.

Calcado na orientação consagrada pelo Tribunal, que considerava legítima apenas a alocação de recursos públicos para fazer frente aos elevados custos da campanha<sup>38</sup>, estabeleceu o legislador disposição que concedia aos partidos políticos que obtivessem o mínimo de 2,5% dos votos válidos apurados em cada região eleitoral uma subvenção a título de “reembolso de despesas eleitorais” (*Erstattung vom Wahlkampfkosten*), (Lei dos Partidos, § 18).

A Corte Constitucional declarou, todavia, a nulidade do preceito, pelos fundamentos seguintes: “*No que concerne ao ‘reembolso das despesas eleitorais’, não de ser contempladas todas as agremiações que participaram do prélio eleitoral, não sendo possível estabelecer uma votação mínima (Mindesstimmenteil) com a justificativa de que as eleições devam criar um parlamento com poder de decisão. Ao revés, tal exigência somente pode ser estabelecida como pressuposto indispensável de aferição da seriedade das propostas e programas apresentados pelos partidos, isto é, a sua avaliação pelos eleitores traduzida pelo resultado das eleições. No tocante ao*

---

<sup>35</sup> TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 32.

<sup>36</sup> BVerfGE 8/51; Vide, TSATSOS. *Deutsches Staatsrecht*. op. cit., p. 49; LIPPARDT. op. cit., p. 258-264.

<sup>37</sup> BVerfGE, 20, 56 ff — 19.07.1966 — TSATSOS, *Deutsches Staatsrecht*. op. cit., p. 49-50; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 27-28.

<sup>38</sup> BVerfGE, 20, 56.

*‘reembolso das despesas eleitorais’, há de se reconhecer o perigo de alguns grupos fragmentários tomarem parte do pleito tão-somente em virtude da subvenção pública.* A votação mínima que legitima a concessão do “reembolso das despesas eleitorais” somente há de ser fixada tendo em vista as relações concretas fornecidas pelas eleições parlamentares. O número de eleitores correspondia, naquelas eleições, a cerca de 38 milhões; o número de votantes, a 33,4 milhões. Nessas condições, se considerada a média de participação nas eleições, um partido deveria obter cerca de 835.000 votos para atingir o percentual de 2,5% legalmente exigido. Tal exigência, como prova de seriedade dos esforços eleitorais, não parece razoável. Uma votação mínima de 0,5% dos votos apurados significaria que um partido deveria somar cerca de 167.000 votos. Um partido que logrou tantos sufrágios não pode ter contestada a seriedade de seu esforço eleitoral” (*BVerfGE* 24, 300)<sup>39</sup>. Em face da referida decisão, não restou ao legislador outra alternativa senão a de fixar em 0,5% o aludido *percentual mínimo* (Lei dos Partidos, § 18, 2).

Tais considerações estão a demonstrar que, não obstante eventuais percalços de ordem jurídica ou fática, a “igualdade de chances”, concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da *neutralidade do Estado* em relação aos diversos concorrentes<sup>40</sup>. O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da “igualdade de chances” (Lei Fundamental, art. 3.º, I). Ao revés, a igualdade de chances é considerada como derivação direta dos preceitos constitucionais que consagram o regime democrático (art. 20, I) e pluripartidário (art. 21, I)<sup>41</sup>.

Não tenho dúvida de que a “igualdade de chances” é princípio integrante da ordem constitucional brasileira.

Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que *“tão vital se afigura o*

---

<sup>39</sup> Cf. BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 29-30.

<sup>40</sup> GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344-345.

<sup>41</sup> LIPPARDT, op. cit., p. 92-93; GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 22.

*princípio ao perfeito estruturamento do Estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a ‘brasileiros e estrangeiros residentes no País’, o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas”*<sup>42</sup>.

Em virtude, a chamada “força irradiante do princípio da igualdade” parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

*“A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: ‘A Constituição assegura com igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ...’”*<sup>43</sup>.

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade. Registre-se o seu magistério:

*“O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no País o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o pólo de seu*

---

<sup>42</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional de igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *RF* 161/78; cf. também, CAMPOS, Francisco. Parecer. *RD* 72/403.

<sup>43</sup> CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/396.

*interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade”<sup>44</sup>.*

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos:

*“O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações”<sup>45</sup>.*

Afigura-se, pois, dispensável ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais.

Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política<sup>46</sup>.

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário.

No entanto, não se pode ignorar que, tal como apontado, a aplicação do

---

<sup>44</sup> CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/397.

<sup>45</sup> CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/398.

<sup>46</sup> LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: C. H. Beck, 1979, p. 126-127.

princípio de “igualdade de chances” encontra dificuldades de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de *objetos*. E, do ponto de vista fático, impende constatar que o Estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, partidariamente ocupado<sup>47</sup>.

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os *partidos* estabelecidos e os *newcomers*, porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

Não se afirme, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia.

Mais uma vez é de se invocar a lição de Francisco Campos:

*“Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discricção, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão-só o princípio da legalidade, entendido como a exigência que os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei. Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de alterar a posição de neutralidade do Estado em face dos concorrentes, tomando o partido de uns contra outros, a ordem da concorrência não poderia ter a posição central e dominante que lhe cabe, incontestavelmente, no ciclo histórico que se abriu com a revolução industrial do Século passado e que ainda não se pode dar como encerrado no mundo ocidental. O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio de igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo ou destituído de qualquer significação”*<sup>48</sup>.

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

---

<sup>47</sup> GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344; cf. também, SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 49.

<sup>48</sup> CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. *RF* 116/398.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, artigos 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares *órgãos públicos ainda que não estatais*, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de mediação (*Vermittlung*) entre povo e Estado (Lei 5.682/71, art. 2.º).<sup>49</sup>

Esta *mediação* tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

E a disputa eleitoral é condição indispensável do próprio modelo representativo, como assinala Rezek:

*“O regime representativo pressupõe disputa eleitoral cuja racionalidade deriva da livre concorrência entre os partidos, cada um deles empenhado na reunião da vontade popular em torno de seu programa político. Não merece o nome de partido político, visto que não lhe tem a essência, o chamado ‘partido único’: aqui se trata, antes, de um grande departamento político do Estado, fundado na presunção de que seu ideário representa a vontade geral a ponto de alcançar o foro da incontestabilidade. As eleições, no Estado unipartidário, não traduzem o confronto de teses programas, mas a mera expedição popular, em favor dos eleitos, de um atestado de habilitação ao cumprimento do programa que de antemão se erigira em dogma. A pluralidade de partidos não é, dessa forma, uma opção. Sem ela não há que falar, senão por abusiva metáfora, em partido político de espécie alguma”.*<sup>50</sup>

Portanto, não se afigura necessário despende maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de “igualdade de chances”.

O princípio da “igualdade de chances” entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o

---

<sup>49</sup> Ver, a propósito, LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungstaat-Verfassungsrecht*. Stuttgart, 1973, p. 81; DENNINGER, Erhard. *Staatsrecht*. Hamburg, 1973, p. 71-74.

<sup>50</sup> REZEK, Francisco. *Organização Política do Brasil — Estudos de Problemas Brasileiros* (texto de aula). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 34.

acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a idéia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.

### **3.3. O princípio da anterioridade eleitoral como *garantia constitucional das minorias* e o papel da Jurisdição Constitucional na democracia**

A faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional do processo eleitoral, obriga-o a considerar que as modificações das regras do jogo dentro do parâmetro temporal previsto pelo art. 16 da Constituição pode acarretar sérias conseqüências no próprio resultado do pleito.

Com efeito, a inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas na legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia inerentes ao devido processo legal eleitoral, **influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos.**

**O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de *minoria* parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o poder legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral.**

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

Nesse caminho que pode seguir ao infinito, os direitos de participação política invariavelmente serão atingidos em seu núcleo essencial, que funciona como limite dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais.



**E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte.**

Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a **proteção das minorias** parlamentares **exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa.**

A proposta de Hans Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, assentava exatamente na situação em que a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias (KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2ª ed. 1929, p. 101).

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

“Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria:

a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria - de classe, nacional ou religiosa - cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. (*Kelsen, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 181-182*).

Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle (GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat. In: Jus-Didaktik, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95)*). Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

**Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.**

**A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.**

**O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel 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 tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso **a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei do Ficha Limpa.** A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. **Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.**

Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional – é um texto fascinante, cuja não-tradução para o português eu sempre lamento –; e está na obra de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia.

Diz Zagrebelsky:

“Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.

Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.

Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.

Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor.” (Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: *II Crucifige! e la democracia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de cento e vinte páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: *Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?*, retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

“Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifica-lhe!* Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.

Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.

Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.

Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer - é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de agüentar.”

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei do Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia.

A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. **Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições.**

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição.

**Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina.**

**O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado.**

#### **4. Conclusão**

Com essas considerações, conheço do recurso extraordinário para:

a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada.

b) dar provimento ao presente recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010.