

Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, difícil é, após dois dias de sessão, votar em oitavo lugar, o que se dirá quanto a se votar em nono e décimo lugar, com as matérias já esmiuçadas pelos colegas.

Início o voto, Presidente, registrando o memorável pronunciamento, em termos de franquias constitucionais e legais, do Ministro Gilmar Mendes. Apenas espero que ele seja piedoso comigo, porquanto fui colega, para não dizer professor, admitida a própria idade, na Universidade de Brasília, do Ministro que teria feito, para alguns e não para todos, uma infeliz comparação, ao votar no Superior Tribunal de Justiça.

Presidente, no caso em que tivemos um escore apertado de seis votos a cinco, presente a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 64/50 a premissa básica foi a necessidade de compatibilizar essa lei complementar exigida com a Carta da República. E diria eu: compatibilizar especialmente com a Emenda Constitucional de Revisão nº 4 – e não na redação primitiva do Diploma Maior, porque essa, como ressaltou a Ministra Ellen Gracie, era uma redação enxuta, a referir-se *"à normalidade, legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta"* –, quando veio à balha, então, a menção, que seria até mesmo simplesmente pedagógica, à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato.

Assentou o Tribunal, e a maioria – que é quem dita o pronunciamento judicial – se formou no sentido de ser aquela lei de 1990 uma lei fora do crivo do artigo 16 da Constituição Federal, no que encerrava – e o preceito é anterior, portanto, à Emenda Constitucional de Revisão nº 4 – a vigência de lei modificadora do processo eleitoral apenas um ano após a edição respectiva.

Senhor Presidente, passaram-se, até 2010, vinte anos. Nesse período, houve eleições, de dois em dois anos, regidas pela Lei Complementar nº 64/90, que assim foi tida pelos representantes do povo brasileiro, deputados federais, e pelos representantes dos Estados, os senhores senadores da República, como uma lei suficiente. A norma, inegavelmente, veio à balha com inúmeros preceitos direcionados a afastar-se das eleições aqueles que tivessem praticado atos discrepantes do que normalmente se aguarda do homem público.

Senhor Presidente, se pudesse estabelecer uma gradação relativamente às matérias, diria que a suscitada por Vossa Excelência mostra-se mais importante do que o próprio julgamento do caso concreto a envolver o candidato Joaquim Roriz. Por quê? Porque não é crível, não é aceitável que qualquer Juízo possa se pronunciar de ofício – isso é pacífico – quanto ao conflito de uma norma legal com a Constituição Federal, e o Supremo, ultrapassada a barreira do conhecimento do extraordinário, e, portanto, examinando a causa, não o possa – imagine: ter de observar uma lei que, em tese, pode ser inconstitucional e não conferir se essa lei é constitucional ou não, potencializando-a em detrimento da lei maior que é a Carta da República.

Presidente, Lúcio Bittencourt, em obra – não sei se já era nascido quando editada, em 1949 – sobre a constitucionalidade das leis, enfocou que é cabível o pronunciamento de ofício. E o fez consignando:

"A necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. A afirmação de Carlos Maximiliano de que o Judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por consequência, o

juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*" – não se trata aqui de conhecer do extraordinário ou do recurso, que, por sua natureza extraordinária, exige que o conflito tenha sido objeto de debate e decisão prévios, esteja prequestionado –, "independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso. Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito - explica Barbalho -, mas o ato contrário à Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a Lei Suprema."

Sobre a matéria e os precedentes deste Plenário, inclusive um recente, com a atual composição, são muitos. Refiro-me aos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 219.934, da relatoria da Ministra Ellen Gracie. A decisão foi unânime. Estavam presentes os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Nelson Jobim, Vossa Excelência e eu próprio.

Também tivemos, na Segunda Turma, o Recurso Extraordinário nº 145.589. Vou excluí-lo, porque, nessa situação concreta, houve controvérsia sobre a possibilidade de mudar-se a causa de pedir, no que o recorrente teria veiculado a ofensa ao direito adquirido, e admitiu-se o recurso, no caso, contra o meu voto. O Tribunal admitiu o recurso considerada a irredutibilidade dos vencimentos.

Outra decisão em que se averiguou de ofício a harmonia ou não da lei com a Constituição Federal foi a do Recurso Extraordinário nº 264.289.

Prossigo com o Mandado de Segurança nº 20.505. Aliás, o caso em que houve mudança na causa de pedir não foi o referido – Recurso Extraordinário nº 145.589 –, mas o do Recurso Extraordinário nº 298.694.

Tivemos também o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, isso quanto à Lei de Arbitragem. Examinamos, ainda, o Recurso

Extraordinário nº 58.947, no Plenário, com a composição atual. Já então atuaram os Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

Presidente, há outro princípio básico nesse campo da análise da constitucionalidade da lei – mais uma vez, valho-me da lição de Lúcio Bittencourt –, o da necessidade, da utilidade, do caráter indispensável da apreciação do tema e isso ocorre tendo em conta o caso concreto. Lúcio Bittencourt aponta na obra, da Editora Forense, que:

o Poder Judiciário só se pronuncia em face de um caso concreto, para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie.

De qualquer forma, a maioria está formada no sentido que entendo que acaba por manietar o guarda maior da Constituição – o Supremo –, como teve a oportunidade de ressaltar o Ministro Sepúlveda Pertence em um dos precedentes, ou seja, não admitir que possa atuar de ofício – uma vez, repito, ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso – ao julgar a causa. É adentrar um campo *kafkaniano* e dizer-se que ele próprio, guarda maior da Carta da República, está compelido a aplicar, ao caso concreto, lei inconstitucional.

Presidente, venho ressaltando, já há algum tempo, que vivemos momentos muito estranhos, momentos de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, em que o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa. Nessas quadras é que se deve ter apego maior pelas franquias constitucionais e uma delas nos direciona à irretroatividade da lei. Cito Vicente Ráo, em "O Direito e a Vida dos Direitos", referido por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, em "Comentários à Constituição do Brasil":

Tem sido uma constante em nosso Direito Constitucional a preocupação com a tutela das situações já consolidadas no tempo.

Sobre a necessidade dessa proteção nada mais preciso que as palavras de Vicente Ráo:

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças." (Vicente Ráo *in* "O Direito e a Vida dos Direitos", v. 1, p.428)

Seria o caso de perguntar, diante da nova consequência, sobre ser possível caminhar para o retorno ao *statu quo ante*.

Presidente, não chego a traçar um paralelo entre a situação gerada pela irretroatividade da lei com o conteúdo do livro *Pureza Fatal*, obra de uma historiadora inglesa, Ruth Scurr, sobre Robespierre, mas, ante as palavras do Ministro Gilmar Mendes, lembrei-me de uma primeira lição que recebi do professor de Introdução à Ciência do Direito na minha, na nossa, Procurador-Geral da República, amada Faculdade Nacional de Direito, Professor Artur Machado Paupério. Para dizer da abrangência de três fenômenos ou três institutos – religião, moral e direito –, ele se referia

a círculos concêntricos. E temos o círculo maior, que é o da religião: abaixo dele, o da moral e, de forma muito precisa, o do próprio Direito.

Presidente, o que nos vem das Constituições do Brasil?

Em primeiro lugar, a regra explícita da Constituição absolutista do Império, outorgada pelo Imperador, em que, além dos Poderes que conhecemos até hoje, os quais alicerçam a nação, o país, havia o Moderador.

Essa Constituição dispunha:

Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade publica, e a sua disposição não terá efeito retroactivo,

A Constituição da República dispôs do mesmo modo, de forma explícita, portanto, num alerta aos bem intencionados e estes são muitos:

*E' vedado aos Estados, como á União prescrever leis retroactivas,*

Seguiu-se a de 1934, e foi inaugurado o que temos hoje, no inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais, quanto ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

O que tivemos com a Constituição de 1937, outorgada pelo ditador Getúlio Vargas? O silêncio – e há quem diga que vivemos hoje ares

essencialmente democráticos, presente a Carta de 1988 – sobre o respeito ao direito adquirido, às situações aperfeiçoadas, segundo a legislação de regência da época, ou seja, algo decorrente da aplicação da lei no tempo –, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Seguiu-se a Constituição que se diz democrática também por excelência, a de 1946 – e, para mim, houve feliz coincidência, porque nesse ano nasci –, repetindo o que se continha na de 1934, e, mesmo na época de exceção dos regimes militares, inseriu-se a mesma regra de respeitabilidade ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Presidente, se folhearmos a Carta de 1988, vamos ver que dois dispositivos – cabeça do artigo 5º, que contém o rol das garantias constitucionais, e também a cabeça do artigo 6º, quanto aos direitos sociais –, se referem à segurança jurídica. Há, é certo, na própria Carta, a explicitude da irretroatividade da lei quanto a alguns temas.

O inciso XL do artigo 5º dispõe que a lei penal não retroagirá, a não ser para beneficiar o acusado. Tem-se – e ressaltou muito bem isso o Ministro Gilmar Mendes –, no campo tributário, que lei nova não pode apanhar fato gerador pretérito, fato gerador ocorrido em data anterior à vigência considerada não só a criação de tributo, como também o aumento do tributo e, digo em interpretação integrativa, teleológica, qualquer dos elementos que o revelem.

Existe outra regra – aliás, muito driblada – relativa à necessidade de o diploma ser editado no exercício financeiro anterior. E ocorreu um caso concreto em que, para observar-se essa anterioridade, se fez rodar o Diário Oficial no último dia do ano. E esse último dia do ano caiu em um sábado –, não bastasse ser dia, e todos sabemos, em que a administração pública não funciona normalmente.

Transportou-se para o campo do gênero tributo regra quanto à exigibilidade, que nasceu ligada apenas à espécie contribuição, ao prever-se que só é exigível o tributo, respeitadas aquelas duas garantias

fundamentais que protegem o contribuinte, passados noventa dias da vigência da lei.

Quanto a outro direito fundamental, que é o direito envolvido no que se tem como um grande todo, ou seja, o processo eleitoral, a Constituição fez-se explícita, e o preceito com uma mudança, que não se mostrou substância, é primitivo. Antes tínhamos, pelo artigo 16 da Carta Federal, que:

"A lei que de alguma forma alterar o processo eleitoral" – e o preceito não distinguiu, sendo que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo – "entrará em vigor na data de sua publicação," – nós tínhamos antes que a lei só entrava em vigor um ano após a publicação, mas veio o preceito novo, a revelar a entrada em vigor imediatamente, mas está em bom português, em bom vernáculo – "não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência."

O que se quer com esse dispositivo? Que a sociedade não viva em sobressaltos; que não haja surpresa nesse campo tão sensível que é o da escolha dos representantes. O que se quer, acima de tudo, é a estabilidade. Saber como ocorrerá a escolha dos representantes mediante legislação que, em tese, seja do conhecimento geral – e temos vários Brasis dentro do Brasil.

Presidente, todos somos a favor da lisura, somos a favor da probidade no campo administrativo – e não sei qual é o crime pior: se a corrupção ou o tráfico de drogas –, mas, se precisamos consertar o Brasil, com "c" e com "s", devemos fazê-lo de forma prospectiva, porque somente assim se avança culturalmente. Essas disposições esgotam esse valor tão importante na vida gregária, na vida em sociedade, voltado à paz social, que é o representado pela irretroatividade da lei? A resposta mostra-se negativa, porque a Carta de 1988 – como as Cartas, para mim, verdadeira Carta de 1969, a de 1967, a de 1946 e a de 1934 – contém a regra linear sobre a impossibilidade de a lei alcançar direito adquirido, direito



assegurado, portanto, por diploma anterior, o ato jurídico perfeito e acabado – não vamos confundi-lo com o consumado – segundo a legislação da época, e o ato perfeito por excelência, porquanto decorre de pronunciamento do judiciário, que é a coisa julgada.

Trago, Presidente, apenas para memorização própria, a lição de José Afonso da Silva: a lei é ditada para vigor para o futuro, não retroativamente. E digo mesmo que a primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei.

O que tivemos, Presidente, com essa lei que se diz de origem popular – e enquanto não houver uma revolução, o povo também, bem o diz Fábio Konder Comparato, se submete à Constituição Federal –, com a Lei Complementar de 4 de junho de 2010? Necessário se mostrou preencher um vácuo normativo? Não! Porque, depois da Carta de 1988, depois da referência à probidade, à moralidade pública, houve a edição da Lei Complementar nº 64/90, que, já disse, esteve em vigor durante vinte anos – e que culpa temos de o Congresso somente ter editado a Lei Complementar nº 135 quando já se avizinhavam as eleições? –, e nesse período foram realizadas eleições no Brasil.

Essa lei, Presidente, realmente implicou – e não sei se a manifestação de vontade dos Congressistas foi autêntica ou resultante de pressão popular – disciplina a alcançar inclusive aqueles que sejam excluídos do exercício profissional pelo órgão de classe, desde que não haja uma decisão do Judiciário mitigando a manifestação do órgão de classe. Tornam-se inelegíveis, se expulsos do órgão de classe, por oito anos.

Vossa Excelência ressaltou esse aspecto – ainda bem que, no Plenário do Supremo, não estou tão isolado como estive no Tribunal Superior Eleitoral, e votei vencido no Eleitoral quanto ao vício formal relativo a essa lei. Que venha a postura mais rigorosa, mas sem mitigar-se, sem colocar-se em segundo plano a Carta da República, que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas e que a todos, indistintamente, inclusive ao Supremo, submete.

Em um sistema bicameral, como o nosso para aprovação de uma norma, há de haver a manifestação de vontade dos representantes, como disse, do povo brasileiro, deputados federais, e dos representantes dos Estados, os senadores, ou vice-versa, mas deve existir a dupla manifestação. Pois bem, constatamos que o projeto atinente a essa lei saiu da Câmara dos Deputados com certa redação e, ao chegar do Senado – não posso subestimar a inteligência dos senadores, nem o jogo de cintura que os políticos em geral demonstram –, sofreu modificação básica, porque onde estava, por exemplo, a previsão de que estariam inelegíveis por oito anos os condenados em decisão transitada em julgado – e o verbo está em tempo a remeter ao passado –, lançou-se – não havendo simples mudança redacional, me poupem – que forem condenados. Ou seja, usou-se o verbo no futuro do subjuntivo. E, assim, tivemos as demais alterações. Os que tenham sido condenados para os que forem condenados, observando-se, portanto, o princípio da irretroatividade da lei. Os que tenham sido excluídos para os que forem – futuro – excluídos; os que tenham sido demitidos para os que forem demitidos; os magistrados e os membros do Ministério Público que tenham sido aposentados para os que forem aposentados. Nesse passo, andou certo o Senado da República.

A mudança, Presidente, foi substancial, e talvez fosse o caso de a Câmara não ter remetido o projeto sequer ao Senado da República, porque valeu a remessa feita por este ao Presidente da República para sancionar ou vetar o projeto. De qualquer forma, até aqui, está a prevalecer não a versão sancionada, mas a da Câmara.

A renúncia, Presidente, é ato de vontade que surte efeitos imediatos. Com a renúncia há, segundo a legislação da época em que implementada, o exaurimento dos efeitos. Presumir culpa considerado esse ato de vontade? Não podemos, e não sei como ficaria, em caso contrário, um ex-presidente da República que renunciou, qual seria a culpa dele no cartório, a não ser haver gerado uma brutal crise institucional. Refiro-me a Jânio Quadros.

Se entendermos aplicável a lei nova ao ato pretérito ocorrido no caso concreto, em 2006, passados seis ou sete meses do início do mandato, se

aplicarmos a esse ato concreto, repito, decorrente da manifestação de vontade do titular do mandato, a inelegibilidade, estaremos contemplando sanção à época não prevista.

Presidente, as lições de gramática revelam que o preceito se refere a renúncias futuras e, mesmo assim, a renúncias futuras ocorridas mais de um ano após a edição da lei, como está no artigo 16 da Constituição Federal.

Fico a imaginar a resposta que teria sido dada a possível consulta formalizada perante Tribunal Superior Eleitoral antes dessa lei. De modo uníssono, responder-se-ia que a renúncia verificada implicaria, sim, a perda do mandato, a perda da cadeira ocupada na Casa Legislativa, mas não a inelegibilidade, porque estranha ao ordenamento jurídico.

Presidente, houve uma disputa entre gigantes do Parlamento. Refiro-me à divergência, considerado o acesso à Presidência da Casa, entre os Senadores Antonio Carlos Magalhães e Jader Barbalho. Ambos renunciaram em 2003. Um veio a falecer e o outro, no interregno entre a renúncia, em 2003, e a data de hoje, foi diplomado deputado federal duas vezes. Foi diplomado por quem? Pelo Judiciário Eleitoral, pela Justiça Eleitoral. Será que a Justiça Eleitoral diplomou-o quando se mostrava inelegível? Eis prova maior da retroatividade dessa lei, Presidente? Será que é possível, ante essa inelegibilidade estampada, porque é de oito anos – tendo como termo inicial o término do mandato em relação ao qual houve renúncia –, acionar a lei nova para, em verdadeiro passe de mágica, porque com efeito retroativo, interromper-se o mandato em curso? Sim, não se concebe que alguém inelegível esteja a exercer mandato. A incongruência salta aos olhos.

Presidente, um colega do Tribunal Superior Eleitoral, depois de ter ressaltado o ponto de vista em resposta a consulta formalizada – resposta em dia no qual verificada convenção do Partido Verde –, colocou a situação delicada do advogado que, procurado por cliente detento de mandato, busca saber a consequência jurídica da renúncia. Fatalmente responderia: "Olha, a consequência do ato, renunciando ao mandato, é única: você perde a cadeira." Então, de forma jocosa, é claro, observei que

esse advogado esquecera-se de um detalhe: a premonição. Teria que imaginar a possibilidade de vir à balha lei futura geradora da inelegibilidade.

Presidente, votei vencido na Ação Direta de Inconstitucionalidade relativa à emenda constitucional que deu aos partidos políticos autonomia maior para estabelecer coligações. Como frisou o Ministro Gilmar Mendes, no tocante àquela emenda constitucional – e não foi por isso que fiquei vencido –, entendi que, no caso concreto, não se teria algo a repercutir, como se tem relativamente à inelegibilidade, no processo eleitoral. Ainda bem que alguns Regionais não seguiram a orientação, na consulta, do Tribunal Superior Eleitoral.

#### **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - ...**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Votei vencido, na companhia honrosa do Ministro Sepúlveda Pertence, entendendo que ali não havia, pelo menos não de forma escancarada, situação jurídica normatizada – e normatizada mediante instrumento de envergadura maior, que é uma emenda constitucional, do que a lei complementar –, a repercutir no processo eleitoral.

O caso em apreciação repercute, inegavelmente, e repercute sobremaneira, no processo eleitoral, nas forças políticas em disputa, surpreendendo e gerando desequilíbrio na salutar, democrática e republicana disputa. O caso é muito mais favorável do que o alusivo às coligações.

Não tenho, Presidente, como menosprezar esse princípio a que me referi, a mola-mestra de um Estado Democrático de Direito – pelo menos que se diga Democrático de Direito –, que é a irretroatividade da lei. Não se avança culturalmente, buscando-se, de alguma forma, corrigir ou dar consequências ao passado. Ato e fato ocorrido no passado – estamos aqui a cogitar não de elegibilidade, mas de inelegibilidade, de sanção –, aperfeiçoados segundo a legislação da época, não são apanhados pela lei nova.

Peço vênia, Presidente – e já me sinto um pouco mais confortado nessa divergência, muito embora esteja acostumado a ficar isolado nos Colegiados, e a beleza do Colegiado é isso, o somatório de forças distintas, porque votaram nesse mesmo sentido os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes –, para, no caso, prover o recurso e assentar que a Lei Complementar nº 135/2010, quer ante o artigo 16 da Constituição Federal, quer ante a situação devidamente constituída, segundo a legislação da época, em relação ao recorrente – e, claro, se ele pudesse imaginar que forçosamente, em face da renúncia, teria a inelegibilidade, lutaria um pouco mais pelo mandato –, não se lhe aplica. Provejo o recurso e bisando o pronunciamento no Tribunal Superior Eleitoral, defiro o registro.

É como voto.