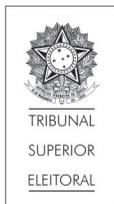


REVISTA DE
JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL



Volume 21 – Número 1 – Janeiro/Março 2010



ISSN 0103-6793

REVISTA DE
JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 21 – Número 1
Janeiro/Março 2010

© 2011 Tribunal Superior Eleitoral

Secretaria de Gestão da Informação
Praça dos Tribunais Superiores, Bloco C, Edifício Sede
70096-900 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3316-3330
Fac-símile: (61) 3316-3591

Organização

Coordenadoria de Jurisprudência/SGI

Editoração

Coordenadoria de Editoração e Publicações/SGI

Capa

Luciano Holanda

Impressão, acabamento e distribuição

Seção de Impressão e Distribuição (Seidi/Cedip/SGI)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral / Tribunal Superior Eleitoral. –
Vol. 1, n. 1 (jul./set. 1990)- . – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1990-
v. ; 23 cm.

Trimestral.

Título varia: Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, v. 21, n. 1
(jan./mar. 2010)-.

Título anterior: Boletim Eleitoral (1951-jun.-1990-jul.).

ISSN 0103-6793

1. Direito eleitoral – Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral.

CDDir 340.605

Tribunal Superior Eleitoral

Biênio 2008-2010

Presidente

Ministro Ayres Britto

Vice-Presidente

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministros

Ministra Cármen Lúcia

Ministro Felix Fischer

Ministro Fernando Gonçalves

Ministro Marcelo Ribeiro

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Dr. Antonio Fernando Souza

Composição atual

Presidente

Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Ministros

Ministro Marco Aurélio

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Gilson Dipp

Ministro Marcelo Ribeiro

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Sumário

| | |
|--------------------------------|-----|
| JURISPRUDÊNCIA | |
| Acórdãos | 11 |
| Resoluções | 71 |
| SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 95 |
| ÍNDICE DE ASSUNTOS | 329 |
| ÍNDICE NUMÉRICO | 337 |



Jurisprudência



Acórdãos

HABEAS CORPUS Nº 672
JEQUITINHONHA – MG

Relator: Ministro Felix Fischer.

Impetrantes: Tarso Duarte de Tassis e outro.

Paciente: José Maria Mendes Rodrigues.

Advogados: Tarso Duarte de Tassis e outro.

Autoridade coatora: Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Habeas corpus. Ação penal. Pedido de trancamento. Corrupção eleitoral. Art. 299 do Código Eleitoral. Eleitor com direitos políticos suspensos. Fato atípico. Concessão da ordem.

1. Nos termos do art. 299 do Código Eleitoral, que protege o livre exercício do voto, comete corrupção eleitoral aquele que dá, oferece, promete, solicita ou recebe, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.

2. Assim, exige-se, para a configuração do ilícito penal, que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar.

3. Na espécie, foi comprovado que a pessoa beneficiada com a doação de um saco de cimento e com promessa de recompensa estava, à época dos fatos e das Eleições 2008, com os direitos políticos suspensos, em razão de condenação criminal transitada em julgado. Logo, não há falar em violação à liberdade do voto de quem, por determinação constitucional, (art. 15, III, da Constituição), está impedido de votar, motivo pelo qual a conduta descrita nos autos é atípica.

4. Ordem concedida.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos das notas taquigráficas.
Brasília, 23 de fevereiro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro FELIX FISCHER, relator.

Publicado no *DJE* de 24.3.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, cuida-se de *habeas corpus* (fls. 2-16) com pedido de liminar, impetrado por Tarso Duarte de Tassis e Raphael Martins Borba Magalhães, em favor de José Maria Mendes Rodrigues, *contra ato reputado coator do e. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais substanciado no v. acórdão de fls. 194-201, integrado pelo v. acórdão de fls. 278-286.*

Tal *decisum*, que negou provimento a recurso criminal, *confirmou a condenação do paciente à pena de um ano de reclusão e ao pagamento de cinco dias-multa, substituída pena restritiva de direito*, consistente na prestação de serviços à comunidade enquanto durar a condenação.

Retratam os autos que *o paciente, junto com outros corréus, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral*¹.

O paciente e o candidato a prefeito Roberto Alcântara Botelho teriam doado a Romério Ferraz da Silva um saco de cimento, além de terem prometido custear obras de construção de um banheiro na residência deste último, em troca de voto.

Posteriormente, a denúncia foi aditada para requerer a exclusão do denunciado Roberto Alcântara Botelho.

A denúncia foi recebida apenas com relação a José Maria Mendes Rodrigues e Romério Ferraz da Silva.

Em primeira instância, o juízo singular absolveu Romério Ferraz da Silva e julgou parcialmente procedente a acusação quanto a José Maria Mendes Rodrigues, condenando-o à pena de um ano de reclusão e ao pagamento de cinco dias-multa, substituída pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade enquanto durar a condenação.

Houve recurso ao e. TRE/MG, ao qual, por maioria, foi negado provimento nos seguintes termos (fl. 194):

Recurso criminal. Corrupção eleitoral. Doação de bem em troca de voto – Art. 299 da Lei nº 4.737, de 15.7.1965 (Código Eleitoral). Ação julgada parcialmente procedente.

Captação ilícita de votos. Doação de bem em troca de voto. Cerceamento da liberdade do voto. Capacidade de influenciar a legitimidade das eleições. Suporte probatório apto a demonstrar a ocorrência do ilícito eleitoral. Sanções penais. Aplicabilidade.

Recurso a que se nega provimento.

¹Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Sobrevieram embargos de declaração, assim rejeitados (fl. 278):

Embargos de declaração. Recurso criminal. Doação de bem em troca de voto – art. 299 do Código Eleitoral. Recurso não provido. Aplicabilidade de sanção penal.

Inexistência de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão no acórdão. Mero inconformismo da parte com a decisão deste TRE.

Embargos rejeitados.

Seguiu-se a interposição de recurso especial eleitoral.

Daí o presente *habeas corpus* no qual *alegam os impetrantes*, em síntese, que o *suposto eleitor corrompido*, Romério Ferraz da Silva, *estava, desde a época dos fatos, e está até hoje, com os direitos políticos suspensos* em razão de condenação criminal.

Desse modo, *Romério Ferraz da Silva* estava desprovido da capacidade eleitoral ativa e passiva, *não ostentando a condição de eleitor*.

Concluem os impetrantes que, em razão deste fato, *a conduta supostamente praticada pelo paciente é atípica*, já que não houve doação ou promessa de recompensa para eleitor em troca de voto.

Segundo sua ótica, cuidar-se-ia de hipótese de *crime impossível*.

As razões expostas explicitariam o *fumus boni juris*.

Já o *perigo da demora* estaria consubstanciado na “*iminência ou possibilidade de se dar cabo aos efeitos do acórdão condenatório*” (fl. 15).

Ao fim, requerem, *liminarmente, o sobrestamento do RC nº 52/TRE/MG*, com a consequente suspensão dos efeitos do v. acórdão regional condenatório, até o julgamento do mérito deste *writ*.

No mérito, pugnam pela *concessão definitiva da liminar*, se deferida, e pelo trancamento da ação penal por ausência de justa causa (fato atípico).

Juntam documentos às fls. 17-289.

Às fls. 291-294, deferi a liminar pleiteada para suspender o trâmite do RC nº 52/TRE/MG até o julgamento de mérito deste *writ*.

Informações do e. TRE/MG às fls. 302-303.

A *d. Procuradoria-Geral Eleitoral* opina (fls. 331-333) *pela concessão da ordem*.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER (relator): Senhor Presidente, na espécie, *foi comprovado nos autos, fls. 39, que Romério Ferraz da Silva, supostamente beneficiado com a doação de um saco de cimento e a promessa de recompensa, caso votasse no paciente, estava à época dos fatos e das Eleições 2008, com os direitos políticos suspensos, em razão de condenação criminal*.

Assim, *reafirmo os fundamentos da decisão monocrática na qual deferi a liminar pleiteada.*

Penso que *a conduta descrita nos autos é atípica*, na medida em que não houve a prática de nenhuma das condutas típicas previstas no art. 299 do Código Eleitoral envolvendo pessoa apta a votar.

Por certo, *a lei protege o livre exercício do voto*. Todavia, no caso dos autos, *não há falar em violação à liberdade do voto de quem*, por determinação constitucional, (art. 15, III, CR/1988²), *está impedido de votar*.

Nesse sentido, a doutrina de *Antonio Carlos da Ponte*:

Para a configuração da corrupção eleitoral ativa, exige-se que o elemento subjetivo que a Escola Clássica ou Causalista denominava de dolo específico, consistente na atuação do agente buscando obter o voto ou conseguir a abstenção.

Caso a ação do agente recaia sobre não eleitor, ou pessoa que esteja com os direitos políticos suspensos, não há que se cogitar da infração. Cuida a situação discutida de crime impossível, em decorrência da absoluta impropriedade do objeto. Não se pode captar irregularmente o voto de quem não ostenta a condição de eleitor.

Atua como condição objetiva de punibilidade a necessidade do destinatário da ação ser eleitor. (*PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104*)

Este é o mesmo posicionamento de *Joel J. Cândido*, que pontua:

É verdade que o fato de o eleitor não ir votar não elide o crime, até porque a busca pela abstenção (que é, exatamente, não ir votar) é uma das modalidades criminosas. Tampouco afasta o crime o fato de ele não cumprir o combinado com o corruptor, indo votar tendo prometido abstenção, ou votando em outrem diverso do candidato que lhe deu a vantagem e com o qual comprometera. Porém, não é menos verdade que a doação, o oferecimento ou a promessa de vantagem a quem não pode votar tal como quer o corruptor não caracteriza crime. É o caso, por exemplo, nas eleições municipais, do eleitor que vota em Zona Eleitoral diversa da do candidato corruptor. Ou, ainda que ambos da mesma Zona Eleitoral, quando o eleitor estiver impossibilitado de exercer o *jus suffragii*, de que é exemplo certo a suspensão de seus direitos políticos. Haverá, no caso, aqui como alhures, impropriedade absoluta do objeto (CP, art. 17). (*CÂNDIDO, Joel J. Direito Penal Eleitoral & Processo Penal Eleitoral, Bauru, SP: EDIPRO, 2006, p. 184*)

²Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Nessa esteira, o parecer da d. Procuradoria-Geral Eleitoral, no qual se afirma que

aquele que recebe ou aceita tal vantagem deve estar apto a votar, ou seja, deve estar em gozo da capacidade eleitoral ativa, sob pena de atipicidade da conduta, ante a absoluta impropriedade do objeto, nos termos do art. 17 do Código Penal (fl. 333).

Ante o exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal, consubstanciada nos autos do RC nº 52 TRE/MG, por ausência de justa causa (fato atípico).

É o voto.

EXTRATO DA ATA

HC nº 672 (39310-92.2009.6.00.0000) – MG. Relator: Ministro Felix Fischer – Impetrantes: Tarso Duarte de Tassis e outro – Paciente: José Maria Mendes Rodrigues (Advogados: Tarso Duarte de Tassis e outro) – Autoridade Coatora: Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.



RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA Nº 761 SÃO PAULO – SP

Relator: Ministro Marcelo Ribeiro.

Recorrente: Ministério Público Eleitoral.

Recorrido: Celso Antonio Giglio.

Advogados: Alberto Lopes Mendes Rollo e outros.

Recurso contra expedição de diploma. Eleições 2006. Captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/1997). Descaracterização. Deputado estadual. Candidato. Oferecimento. Comida. Bebida.

1. Para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, é necessário que o oferecimento de bens ou vantagens seja condicionado à obtenção do voto, o que não ficou comprovado nos autos.

2. A simples realização de eventos, ainda que com a oferta de comida e bebida, no qual esteja presente o candidato, não caracteriza, por si só, a captação ilícita de sufrágio, embora seja vedada a realização de propaganda eleitoral por meio de oferecimento de dádiva ou vantagem de qualquer natureza.

3. É certo que o art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 não faz distinção entre a natureza social ou econômica dos eleitores beneficiados ou entre a qualidade ou valor da benesse oferecida. Ocorre que a conduta imputada ao recorrido é insuficiente para a caracterização do ilícito eleitoral.

4. Recurso ordinário não provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 18 de fevereiro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro MARCELO RIBEIRO, relator.

Publicado no *DJE* de 24.3.2010.

RELATÓRIO

16

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, trata-se de recurso contra expedição de diploma (RCED) interposto pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de Celso Antonio Giglio, candidato eleito ao cargo de deputado estadual nas eleições de 2006, com base no art. 262, IV, do Código Eleitoral.

O recorrente relata que em uma representação eleitoral que tramita no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP) apurou-se que o recorrido captou ilicitamente votos de eleitores, conduta vedada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Diante disso, afirma que a concessão do diploma do recorrido foi levada a efeito em manifesta contradição com as provas dos autos.

Aduz que Celso Antonio Giglio fez campanha eleitoral com distribuição gratuita de comidas e bebidas a eleitores, acompanhada de solitação de votos, em oito eventos realizados no mês de agosto de 2006.

Informa que “o recorrido comunicou à Justiça Eleitoral o seu comparecimento nos citados oito eventos, registrando, na ocasião, que estes não tinham o propósito de angariar recursos para a campanha eleitoral, já que foram organizados por um conjunto de comensais e que cada um deles iria custear seu próprio consumo (fls. 20-27)” (fl. 8).

Com base nessa comunicação, foram designados cinco servidores da Justiça Eleitoral para comparecerem aos eventos realizados, a fim de fiscalizarem e coletarem informações sobre a arrecadação de recursos para a campanha eleitoral do recorrido.

Acrescenta que “o evento eleitoral em tela, arquitetado com o fim específico de obter os votos dos eleitores, somente ocorreu graças à participação e anuência do recorrido, em torno do qual girou o evento e que nele discursou, pedindo expressamente votos aos presentes” (fl. 20).

Alega que “os oito eventos versados nos autos foram de grandes proporções, porquanto, comprovadamente, tiveram presentes 873 (oitocentos e setenta e três) convidados.” (fl. 14).

Expõe (fl. 15):

Como se vê, os elementos de convicção existentes nos autos não deixam margem a qualquer dúvida de que o candidato ora recorrido, em conduta plenamente típica à luz do art. 41-A da Lei das Eleições, ofereceu e deu aos eleitores presentes nos supracitados eventos, comidas e bebidas em abundância, agindo com o fim precípua de obter-lhes os votos, tanto assim que, em seus discursos, realizados nos locais dos eventos, pediu de modo expresso e enfático que votassem nele.

Instrui o recurso com prova pré-constituída trazida da representação eleitoral em curso no TRE/SP, e sustenta que, conquanto o Tribunal *a quo* não tenha julgado tal representação, nada obsta que este Tribunal examine as provas até então colhidas e juntadas ao presente apelo.

Requer a oitiva de testemunhas, todas servidores da Justiça Eleitoral, que foram designados para comparecerem aos eventos realizados.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 474-505.

Afirma que:

(a) os eventos em questão foram organizados espontaneamente por vários médicos, seus colegas de profissão, e que não se tratavam de eventos de campanha eleitoral e nem foram realizados para arrecadar recursos de campanha;

(b) não utilizou recursos para oferecer vantagem a eleitores com o intuito de obter-lhes o voto; não houve oferta de comida em troca de voto. Comprovou-se que os convidados eram de classe média (médicos e funcionários de hospital público, em sua maioria, conforme depoimento prestado por Rita de Cássia Ribeiro Gonçalves, observadora da Justiça Eleitoral) e compareceram a eventos em restaurantes de padrão simples;

(c) os jantares foram pagos por oito particulares, espontaneamente, que queriam homenageá-lo, e não pelo próprio candidato ou pelos responsáveis pela condução de sua campanha, conforme os documentos fiscais emitidos pelos restaurantes. Com base nesses documentos fiscais, teria emitido recibos eleitorais, apontando cada um dos consumidores anotados nas notas fiscais como doadores de bens estimáveis em dinheiro;

(d) os jantares oferecidos eram de valor irrelevante, portanto, não possuíam aptidão para influir decisivamente na vontade dos eleitores;

(e) nos eventos, não houve divulgação de propaganda eleitoral, pois não foram distribuídos impressos com divulgação das propostas do então candidato e pedido de votos. Não houve afixação de faixas, cartazes ou quaisquer outros adereços tipicamente instalados em eventos de divulgação eleitoral.

(f) meras promessas de atuação política, ou divulgação de plataforma eleitoral de interesse geral não configuram captação ilícita de sufrágio, visto que esta depende de concessão ou oferta de benesse individual. Assim, se o candidato eventualmente discursou em alguns dos eventos realizados, expondo seus projetos e realizações, nem por isso pode ser caracterizado o ilícito.

Ressalta que (fl. 494),

Não é demais lembrar, desde logo, a sólida, antiga, tranquila, jurisprudência dos tribunais eleitorais, segundo a qual a simples rejeição de prestação de contas de campanha não é suficiente para afastar do exercício do mandato o políticos eleito. Apenas o abuso de poder econômico, plenamente configurado, com potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito, é que pode levar a tal conclusão. E o abuso de poder econômico não fica caracterizado com a mera reprovação da prestação de contas de campanha.

Requer a oitiva das testemunhas indicadas, bem como a juntada de documentos como prova emprestada, em especial a perícia contábil requerida nos autos da Investigação Judicial nº 26 que trata do exame dos mesmos fatos tratados neste feito, sob a ótica do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Deferi a oitiva das testemunhas arroladas pelo recorrente e pelo recorrido (fl. 553).

O Ministério Público Eleitoral ratificou, às fls. 956-961, todos os termos da inicial e da petição de fls. 540-542.

O recorrido apresenta suas alegações finais, às fls. 980-993, e afirma que os fatos analisados neste recurso são os mesmos analisados no julgamento do RO nº 1.803, ocorrido no dia 4.8.2009 neste Tribunal, o qual não foi provido.

Parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral às fls. 1.011-1.016.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, o recurso não merece prosperar.

Constitui fato incontroverso a realização de oito eventos no Município de São Paulo/SP, em que houve distribuição gratuita de comidas e bebidas, entre os dias 2 a 26 de agosto de 2006. A discussão cinge-se à natureza das reuniões e à caracterização do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, que possui o seguinte teor:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Após análise dos elementos probatórios, verifica-se que a hipótese dos autos não se subsume ao tipo legal.

Por um lado, ficou comprovado que o recorrido discursou no evento. Também há depoimentos no sentido de que o recorrido pediu votos aos presentes.

Por outro lado, não havia propaganda eleitoral nos locais, o que se constata pelas fotos de fls. 51-92 e pelos depoimentos de todas as testemunhas arroladas. Ademais, os pedidos de votos não se deram em troca da permanência no local ou do fornecimento da comida e da bebida, o que descaracteriza o ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. A propósito, transcrevo os seguintes depoimentos:

Rita de Cássia Ribeiro Gonçalves, funcionária pública federal, designada para fiscalizar os eventos realizados (fls. 699-714):

[...] J.: No discurso do então candidato, Celso Antonio Giglio, houve menção da realização de obras, enquanto prefeito de Osasco? D.: Sim. Seu discurso se baseava em explicar porque ele não era candidato a deputado federal e sim a deputado estadual. [...] J.: Alguma vez chegou a ver, nesses eventos, material de campanha? D.: Não havia nem faixa. J.: Foi apenas campanha verbal? D.: Verbal.

Juan Alejandro Cancio Perez, gerente operacional da Choperia Bandeira Paulista (fls. 727-733):

[...] Def.: Nesses eventos, quem organizava o salão, arrumava as mesas eram as pessoas do próprio restaurante? D.: Lógico, eu mandava organizar. J.: O dono mandava organizar? D.: Eu estava a frente e eu que mandava organizar, que cuidava da parte administrativa, do dinheiro. Def.: Nesses eventos foi colocada propaganda eleitoral? J.: Esta pessoa que tratou com o senhor, chegou a pedir para o senhor colocar papéis com nome do candidato? D.: Não, mas solicitaram para colocar caixas de som. Papéis, ao menos pelas minhas mãos não passaram.

Eliel Santiago Gaspar, proprietário da Choperia Bandeira Paulista, local onde se realizaram cinco eventos (763-764):

[...] O depoente preparou o ambiente com a colocação das mesas para receber as pessoas. Não existiria nenhuma faixa no local. Os convidados utilizaram as mesas que sempre estiveram disponíveis na casa e eram utilizadas no dia a dia. [...] O local do evento era um bar. Não percebeu, durante o evento, nenhum dizer a respeito do fato de que o jantar ou o almoço estaria sendo oferecido em troca de votos.

Não obstante seja vedada a realização de propaganda eleitoral por meio de oferecimento de dádiva ou vantagem de qualquer natureza (art. 243 do CE), é de se concluir que a realização de eventos, com fornecimento de comida e bebida de forma gratuita, acompanhada de discurso do candidato, não se amolda ao tipo do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. O que se pretende com o oferecimento de refeições desse tipo é obter a presença do eleitor no evento, para que ele ouça as propostas do candidato. Vale dizer, pretende-se atrair o eleitor para o comício.

A caracterização da captação ilícita de sufrágio, não obstante prescindida da demonstração da potencialidade lesiva, necessita da prova de que o oferecimento de bem ou vantagem pessoal tenha sido condicionado à obtenção do voto, o que não ficou comprovado nos autos.

Os eventos realizados não aconteceram com o fim de compra de votos. Assim, concluo pela ausência do dolo específico.

É certo que o art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 não faz distinção entre a natureza social ou econômica dos eleitores beneficiados ou entre a qualidade ou valor da benesse oferecida. Ocorre que a conduta imputada ao recorrido é insuficiente para a caracterização do ilícito eleitoral.

Observo que os fatos ora analisados são os mesmos constantes no RO nº 1.803/SP, de minha relatoria, ao qual esta Corte, no julgamento realizado em 4.8.2009, negou provimento, sob o fundamento de que o fato não caracterizou o ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

Tenho que permanecem incólumes as razões de decidir desta Corte naquele julgamento, vez que possui idêntico acervo fático-probatório.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso contra expedição de diploma.

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, o pronunciamento do Tribunal no recurso ordinário já transitou em julgado?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): O julgamento foi realizado em 4 de agosto de 2009, mas não sei se houve recurso.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Transitou em julgado em 8 de setembro.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ante o trânsito em julgado, Senhor Presidente, entendo não haver o que se examinar, já que, conforme salientado

pelo relator, o quadro fático é o mesmo. E, defrontando-se com esse quadro fático, o Colegiado concluiu que não haveria transgressão ao art. 41- A da Lei nº 9.504/1997.

Acompanho o relator tendo em conta essa circunstância do trânsito em julgado decidido pelo plenário.

EXTRATO DA ATA

RCED nº 761 (31787-97.2007.6.00.0000) – SP. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro – Recorrente: Ministério Público Eleitoral – Recorrido: Celso Antonio Giglio (Advogados: Alberto Lopes Mendes Rollo e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Marco Aurélio, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e a Dra. Sandra Verônica Cureau, vice-procuradora-geral eleitoral.

*Notas orais do Ministro Marco Aurélio sem revisão.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.529 MACEIÓ – AL

Relator: Ministro Fernando Gonçalves.
Recorrente: Antônio Holanda Costa Júnior.
Advogadas: Angela Cignachi Baeta Neves e outra.
Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

**Eleições 2006. Deputado estadual. Ação de impugnação de mandato eletivo. Captação de voto por meio de ardil apto a configurar o abuso do poder econômico.
Recurso ordinário desprovido.**

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover o recurso, nos termos das notas taquigráficas.
Brasília, 15 de dezembro de 2009.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro FERNANDO GONÇALVES, relator.

Publicado no *DJE* de 10.3.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas julgando procedente a ação de impugnação de mandato eletivo em desfavor de Antônio Holanda Costa Júnior, deputado estadual. Eis a ementa do julgado (fls. 413-414):

Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico. Corrupção eleitoral. Compra de votos. Cartão magnético. Mecanismo de controle do eleitor. Comprovação. Voto. Momento da votação. Suposta aferição posterior. Abuso de poder econômico e político. Fornecimento de iluminação. Construção de escola. Colocação de postos de saúde à disposição de comunidades. Realização de saneamento. Induzimento. Doação de remédio. Pagamento de contas de energia elétrica. Engano. Vício de vontade. Ludíbrio. Eleitor. Depoimentos testemunhais. Documentos. Cadastros de eleitores. Comproventes de votação. Potencialidade. Nexo de causalidade. Prova robusta, sobeja e incontestável. Incidência. CF/1988 (art. 14, § 10). Procedência do pedido. Decretação da perda do mandato. Execução imediata. Código Eleitoral (art. 257, *caput* e parágrafo único). Resolução-TSE nº 22.154/2006 (art. 171, § 2º). Precedentes. TSE (REspe nº 21.176; MC nº 1.272; MC nº 1.357 etc.).

I – comprovada, à saciedade, a prática de corrupção eleitoral e abuso de poder econômico e político, é imperativo reconhecer a incidência do art. 14, § 10, da Constituição Federal;

II – decretada a perda do mandato em decorrência da procedência de pedido deduzido em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, aplica-se o art. 257 do Código Eleitoral, *caput* e parágrafo único, o que impõe a execução imediata do *decisum*.

O recorrente sustenta:

- a) ter o relator ultrapassado a causa de pedir, afrontando o art. 128 do CPC;
- b) ser a ação de impugnação de mandato eletivo a via inadequada para a discussão do abuso de poder político;
- c) faltar “consistência nos fatos trazidos aos autos por testemunhas absolutamente comprometidas, que mentem por esporte e ainda ganham, como EDSON, uma viagem para a Itália!” (fls. 489);
- d) não haver nos autos prova firme e incontestada do abuso de poder econômico ou político, visto que nem ele nem seu pai são membros do Poder Executivo local (fls. 491).

Em contrarrazões, o Ministério Público Eleitoral pugna pelo não conhecimento do recurso ante a preclusão de arguir nulidade da instrução processual. Além disso, assevera que a matéria discutida nestes autos trata “de questão de ordem pública, inderrogável por vontade das partes, motivo pelo qual não se pode dispor do direito em questão” (fls. 502).

Parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral pelo desprovemento (fls. 512-516).
É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Senhor Presidente, de início, verifico que a petição inicial dá conta da ocorrência do abuso de poder econômico e corrupção mediante o uso de engenhoso ardil. A troca da promessa do recebimento de R\$50,00, era entregue a quem votasse no candidato Antônio Holanda Costa Júnior um cartão plástico a ser utilizado da seguinte forma:

Os eleitores eram orientados a digitar na urna eletrônica os números dos candidatos constantes do cartão, e, ao final, passar a tarja preta sobre a urna eletrônica, a fim de que ficassem registrados no cartão os números nos quais o eleitor havia votado.

Com essa estratégia, o candidato objetivava garantir o voto comprado, fazendo com que os eleitores acreditassem que somente receberia o valor de R\$50,00 se o seu voto estivesse registrado no “cartão magnético”. (fls. 4)

Assim, conforme jurisprudência desta Corte, correta a via eleita, a ação de impugnação de mandato eletivo. Nesse sentido, REspe nº 28.581/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJE de 23.9.2008:

Eleições 2004. Recurso especial eleitoral. Preclusão. Não ocorrência. Ação de impugnação de mandato eletivo. Causa de pedir. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder político e econômico. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Conduta. Subsídio de contas de água. Prefeito. Abuso de poder econômico mediante utilização de recursos públicos. Cabimento da AIME. Potencialidade demonstrada.

1. Não houve omissão do v. acórdão recorrido quanto à possibilidade de a AIME ser fundamentada em abuso de poder político e em conduta vedada, uma vez que essa alegação foi analisada no v. aresto.

2. Não assiste razão aos recorrentes no tocante à alegação de julgamento *extra petita* e cerceamento de defesa pelo fato de a ação ter sido proposta com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 e a condenação ter-se baseado no abuso de poder político e econômico. Verifica-se que a causa de pedir da AIME abarcou tanto a captação ilícita de sufrágio como também o abuso de poder político e econômico.

3. O alegado dissídio jurisprudencial acerca da tese de preclusão da AIME não ultrapassa o juízo prévio de admissibilidade, uma vez que os recorrentes não realizaram o cotejo analítico e não demonstraram a similitude fática dos julgados. Ademais, diferentemente do que sustentam os recorrentes, os fatos apurados na AIME não se limitam a março de 2004, momento da edição da Lei Municipal nº 335/2004 (previsão abstrata de subsídio à população de baixa

renda), mas, principalmente, aos dois meses que antecederam o pleito, ocasião em que ocorreu a efetiva concessão de subsídios para pagamento de contas de água.

4. O c. Tribunal Superior Eleitoral, na sessão de 22.4.2008, passou a entender pela possibilidade de abuso de poder econômico entrelaçado ao abuso de poder político: *“Se o abuso de poder político consistir em conduta configuradora de abuso de poder econômico ou corrupção (entendida essa no sentido coloquial e não tecnicamente penal), é possível o manejo da ação de impugnação de mandato eletivo”* (REspe nº 28.040/BA, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 1º.7.2008). No ponto, o voto de desempate do e. Min. Marco Aurélio também é elucidativo:

“[...]”

Então, assento premissa necessária a passar ao exame da controvérsia sob o ângulo da impugnação ao mandato: a circunstância de se tratar de conduta vedada pela Lei nº 9.504/1997 não implica restrição, não afasta a formalização da ação de impugnação ao mandato e possibilidade de vir a ser acolhido o pedido. [...]

Está-se diante de quadro a revelar, além de conduta vedada, o acionamento do poder econômico da prefeitura em prol, justamente, daqueles que se mostraram candidatos à reeleição”.

5. Na espécie, abusa do poder econômico o candidato que despende recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral. Nesse contexto, o subsídio de contas de água pelo prefeito-candidato, consignado no v. acórdão regional, o qual se consumou com o favorecimento de 472 famílias do município nos 2 (dois) meses anteriores às eleições, e a suspensão do benefício logo após o pleito configura-se abuso de poder econômico com recursos públicos.

6. Uma vez constatado o abuso do poder econômico mediante o entrelaçamento com o abuso de poder político (v.g., conduta vedada), descabe alegar preclusão das alegações aduzidas na AIME. Decorrência da tese inaugurada no REspe nº 28.040/BA, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 1º.7.2008.

7. A potencialidade da conduta, pelo consignado no v. acórdão recorrido, é evidente, considerando a quantidade de pessoas beneficiadas (472 famílias) e a diferença de apenas 31 (trinta e um) votos entre o primeiro e o segundo colocado.

8. Quanto à inelegibilidade, observo que este c. Tribunal, no Agravo de Instrumento nº 8.892 relativo à AIJE nº 999/2004, cujos autos integram a AIME em apreço, entendeu que aos recorrentes nestes autos não poderia ser reconhecida a sanção (inelegibilidade), já que decorridos três anos das eleições (perda do objeto).

9. Não se conhece da alegada divergência jurisprudencial quanto à tese de que os atos impugnados na AIME seriam lícitos, uma vez que não foi demonstrada similitude fática dos julgados nem realizado o cotejo analítico.

Ademais, uma vez constatado o abuso do poder econômico, descabe sustentar licitude da conduta.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa, desprovido

Apesar de o recorrente defender a tese de que não seria cabível a AIME ao caso, extraem-se dos autos elementos que conduzem à configuração do abuso do poder econômico e corrupção, aptos a ensejar a sanção imposta pelo Tribunal Regional.

Para melhor compreensão da controvérsia, destaco trecho do voto condutor do acórdão regional, *verbis* (fls.418-419):

Após um esmerado compulsar destes autos, pude constatar que a ação foi proposta pelo Ministério Público em decorrência de denúncias oferecidas por eleitores que, em 6.10.2006 – 5 (cinco) dias após as eleições – concentraram-se às portas deste Tribunal no intuito de noticiar que, embora tenham efetivamente votado no réu, não receberam o pagamento em tese ajustado, cada qual no valor correspondente a R\$50,00 (cinquenta reais).

No transcorrer da instrução processual foi apresentado o seguinte acervo probatório:

- 1ª) termos de denúncias oferecidas à Polícia Federal;
- 2ª) testemunhos prestados à Polícia Federal;
- 3ª) comprovantes de votação;
- 4ª) cadastros clandestinos de eleitores, onde constam nomes e dados eleitorais de diversos cidadãos, com nomes, números de inscrição eleitoral, zona e seção;
- 5ª) auto de apreensão; e
- 6ª) testemunhos prestados em juízo.

No que diz respeito aos comprovantes de votação e aos cadastros clandestinos de eleitores, percebo que estes, isoladamente, nada comprovariam, pois poderiam ter sido produzidos por quaisquer pessoas, como o réu, ou o suplente diretamente beneficiado na hipótese de sua cassação, por eleitores desagradados etc.

Entretanto, sua análise tem de ser feita dentro de todo o arcabouço probatório constante dos autos, como os testemunhos oferecidos em juízo, com o devido cotejo.

A prática de controle de eleitores via confecção de cadastros clandestinos está muito bem demonstrada, dada a contundência das provas, tanto pelos depoimentos, e pelos próprios cadastros e demais documentos, quanto pelo auto de apreensão de fl. 331, donde se infere que foi entregue pelo coordenador da campanha eleitoral do réu, Cícero Marques da Silva, conhecido como Marcos da Cacimba, *“1 (um) caderno pequeno, na cor vermelha, com slogan “João Lyra*

– *Alagoas crescendo pra valer”, contendo em seu interior diversas anotações referentes a nomes, endereços, dados eleitorais de diversos nacionais”.*

E continua o relator, transcrevendo depoimentos de testemunhas e analisando os fatos trazidos aos autos, para assim concluir (fls. 442 e 444):

Constato, por fim, que houve patente nexo de causalidade entre as condutas ilícitas descritas e a eleição do então candidato, além provável influência no resultado do pleito, ou manifesta potencialidade de interferência, aliás, mais que simples potencialidade, efetiva interferência no resultado do pleito, mormente porque a eleição do réu, com 28.981 (vinte e oito mil novecentos e oitenta e um) votos, deu-se sob o sistema proporcional, método em face do qual qualquer voto pode ocasionar imensuráveis consequências no resultado da votação, pois tem a força implacável de alterar irreversivelmente os coeficientes eleitoral e partidário.

Enfim, *quarenta mil “cartões magnéticos”,* que indicam idêntico número de eleitores cooptados, associados aos dividendos eleitorais decorrentes do abuso de poder econômico e político caracterizado pelo fornecimento de iluminação, pela colocação à disposição de moradores de postos de saúde, pela realização de saneamento, pela construção de escola etc., “benfeitorias” essas praticadas em diversos conjuntos habitacionais, bem como a doação de remédios e pagamento de contas de energia elétrica, não só tiveram efetiva potencialidade de interferir, mas certamente interferiram no resultado de pleito.

[...]

Assim, considerando a consistência de todo o acervo probatório criteriosamente colacionado, o contexto em que os fatos ocorreram e as demais evidências constantes dos autos, máxime a confecção de inusitados 40.000 (quarenta mil) cartões em PVC, com tarjas magnéticas, em condições absolutamente inexplicáveis, como a localidade em que sediada a empresa contratada (interior do estado de São Paulo), o momento da entrega do objeto contratado (às vésperas das eleições), o excessivo valor despendido, se comparado a instrumentos publicitários outros, e o momento da distribuição desses cartões – a poucas horas das eleições –, bem como a doação de remédios, o pagamento de contas de energia elétrica, o fornecimento de iluminação, a construção de escola, a realização de saneamento, a construção e o uso de postos de saúde, tudo em favor de habitantes de comunidades carentes, o que demonstra também um pernicioso uso da máquina pública, concluo que houve flagrantes corrupção eleitoral e abuso de poder econômico e político, todos, conjunta ou isoladamente, aptos a ensejar a cassação do mandato que, portanto, foi ilicitamente conquistado, implicando, por consequência, a incidência da sanção prevista no art. 14, § 10, da Constituição Federal. (Grifo nosso.)

Conforme trecho destacado do voto condutor, resta claro que o artifício utilizado para captar ilicitamente votos teve potencialidade suficiente, por si só,

para caracterizar o abuso do poder econômico, repercutindo decisivamente no resultado do pleito.

Sobre a potencialidade, é firme o entendimento desta Corte de não se exigir o nexo de causalidade. Basta que o ilícito provado tenha capacidade ou potencial para viciar a vontade do eleitor, conforme recente decisão no RCED nº 698/TO, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 12.8.2009, em que foi cassado o diploma do governador do Estado do Tocantins.

Nego provimento.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1.529 – AL. RO nº 1.529/AL. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Recorrente: Antônio Holanda Costa Júnior – Advogadas: Angela Cignachi Baeta Neves e outra – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usaram da palavra, pelo recorrente, a Dra. Angela Cignachi Baeta Neves e, pelo recorrido, o Dr. Edilson Alves de França.

Decisão: Após os votos dos Ministros Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e Cármen Lúcia, desprovendo o recurso, pediu vista o Ministro Marco Aurélio. Aguarda o Ministro Felix Fischer.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Marco Aurélio, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, também acompanho o relator.

Particpei do julgamento da medida cautelar à época, que foi relatada pelo Ministro Ari Pargendler, em que muito nos impressionou o argumento – o Ministro Marco Aurélio e Vossa Excelência estavam presentes, Senhor Presidente – de que o cartão magnético que teria sido dado ao eleitor – que passaria por sobre a urna – identificaria ou registraria de alguma forma o voto. Esse voto depois seria checado pelo ponteiro que, depois, pagaria os R\$50,00 (cinquenta reais).

Lembro-me de que, como foi relatado pelo Ministro Ari Pargendler, as denúncias surgiram porque o pagamento não estaria sendo feito. Ou seja, o eleitor teria votado, teria usado esse cartão magnético, o teria passado por sobre a urna, mas, depois, parece, o ponteiro olhava por sobre a luz e dizia que, ou o voto não foi registrado, ou não teria votado na pessoa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Dir-se-ia que o controle não funcionou.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: O que chama mais à atenção, no caso, é que a prova testemunhal não é, realmente, prova muito certa, muito segura, muito firme, sempre leva a certos titubeios, mas, como a prova foi produzida perante a instância regional, acredito que é sempre bom privilegiar aqueles que ouviram diretamente das testemunhas aquelas versões, sem prejuízo de dar a devida valoração a essa espécie de prova.

Sempre, em um ponto ou noutro – li com muita atenção o memorial, assim como ouvi com atenção a sustentação –, pode haver certa divergência: um diz que recebeu R\$150,00 (cento e cinquenta reais) para prestar o serviço, outro diz que não, que foi R\$160,00 (cento e sessenta reais) ou R\$300,00 (trezentos reais).

Penso que esse tipo de divergência não macula toda a prova produzida, sobretudo a prova no processo eleitoral, que é muito difícil, muito sujeita a modificações, dependendo do desgosto do eleitor, do candidato, do relacionamento que existe entre eles. Às vezes, o eleitor presta declaração de que foi corrompido, mas, quando chega a juízo, tende a desmentir essa versão apresentada.

Por tudo isso, Senhor Presidente, tendo a dar prevalência à prova produzida perante a instância regional. Embora sejamos aqui, para esse efeito, instância ordinária, podendo rever toda a matéria de prova em grau de recurso, tendo a privilegiar o que é decidido pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Acompanho o relator, negando provimento ao recurso.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, também acompanho o relator.

Chamo à atenção para o que foi posto na decisão do Tribunal Regional Eleitoral, para o que foi exposto no voto e mesmo para o que afirma o Ministério Público em seus pareceres, quando analisa, enfoca e verifica isso que o Ministro Arnaldo Versiani acaba de dizer. Não há uma única prova; há uma série de provas as quais, somadas, realmente, conduzem a que eu possa, com tranquilidade, acompanhar o relator, negando provimento ao recurso.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, estamos a julgar em sede ordinária, e é viável o reexame da prova. Devemos proceder a esse reexame. Recebi o memorial e nele são apontadas diversas incoerências. É apontado que tudo seria armação promovida por um assessor de suplente que,

ao que tudo indica, veio a assumir a cadeira ante a cassação do recorrente. Não tenho condições de proferir o voto, Senhor Presidente, sem examinar o que realmente está no processo.

Conforme ressaltado pelo Ministro Arnaldo Versiani, eu estava presente quando apreciamos o pedido de concessão de medida acauteladora e indeferimos esse pedido. E fiquei impressionado com alguns aspectos, até o fato de se ter subestimado, e subestimado a mais não poder, a inteligência dos eleitores, com esse cartão, que seria quase que milagroso, para registrar o voto inserido na urna. Fiquei realmente impressionado com o quadro, considerado o aspecto apontado que teria levado às denúncias, ou seja, não ter o candidato honrado o compromisso assumido em termos de pagamento.

Eu vou me permitir pedir vista deste processo, muito embora já formada a maioria suficiente ao desprovimento do recurso, mesmo porque estou com poucos processos a serem apreciados.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Adoto as informações confeccionadas pela Assessoria:

O Ministério Público Eleitoral no Estado de Alagoas propôs, em 21 de dezembro de 2006, ação de impugnação de mandato eletivo contra o deputado estadual Antonio Holanda Costa Júnior, diplomado em 19 de dezembro de 2006. Segundo consta da inicial, o deputado estadual teria prometido o pagamento de R\$50,00 para quem nele votasse no pleito realizado em 1º de outubro de 2006. A Polícia Federal apurara a existência de uma “operação para recrutamento de eleitores”. Pessoas denominadas “ponteiros” arregimentavam os eleitores, realizando cadastramento, juntamente com cópia de títulos eleitorais, entregando-lhes um cartão magnético com a foto do candidato, o número com o qual estava concorrendo e a frase-lema da campanha. No verso do cartão, havia uma lista com fotos e números dos candidatos apoiados bem como a tarja na cor preta, tal qual aquela constante em cartão de crédito. Os eleitores eram orientados a digitar, na urna eletrônica, os números dos candidatos presentes no cartão e, depois, passar a tarja preta sobre a urna eletrônica, a fim de ficarem registrados, no referido cartão, os números dos candidatos votados. Assim, acreditaram os eleitores, uma vez anotado o voto no cartão magnético, receberiam o valor de R\$50,00.

Tendo como caracterizada a prática de abuso de poder econômico e de corrupção eleitoral, o Ministério Público requereu a procedência do pedido formulado na ação, para cassar-se o mandato do deputado e tornar sem efeito a diplomação. O processo foi instruído com cópias das peças do inquérito instaurado pela Polícia Federal (fls. 8 a 93).

O Tribunal Regional Eleitoral rejeitou as preliminares relacionadas à ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal bem assim à

inexistência dos pressupostos indispensáveis ao ajuizamento da ação. Quanto ao cerceamento do direito de defesa e a violação do princípio do devido processo legal, entendeu que, dada a natureza inquisitória e informativa do procedimento policial, a alegação apresentava-se insubsistente. No tocante à ausência dos pressupostos para o ajuizamento da ação, anotou estar a petição inicial acompanhada de cópia dos elementos coligidos no inquérito policial, as quais serviram como início de prova. Fez ver, mais, que, no transcorrer da instrução processual, o advogado do réu participara ativamente da fase de colheita de depoimentos.

Quanto ao mérito, teve como demonstrada a prática de corrupção eleitoral e de abuso de poder econômico e político, reconhecendo a incidência do disposto no artigo 14, § 10, da Constituição Federal. Em decorrência, declarou a perda do mandato eletivo do deputado estadual Antonio Holanda Costa Júnior. Ante a previsão do art. 257 do Código Eleitoral, determinou a execução imediata do julgado (fls. 413 a 463).

Contra o referido acórdão foi interposto recurso ordinário eleitoral. O recorrente aponta a inobservância do art. 128 do Código de Processo Civil. O Tribunal Regional Eleitoral teria deixado de atentar para os limites da pretensão deduzida na inicial. Segundo afirma, os atos ilícitos a si imputados ficaram circunscritos à captação de sufrágio e ao abuso de poder econômico. No entanto, na assentada de exame da ação de impugnação de mandato eletivo, veio à balha a prática de abuso de poder econômico e político, por fato não apontado na petição inicial e sobre o qual não teria apresentado defesa: o depoimento de testemunhas dando conta de que o pai do candidato eleito haveria “ajudado a comunidade se empenhando com a prefeitura municipal e tendo conseguido a construção de uma escolinha, um posto de saúde e iluminação, além do aterro de uma lagoa que havia se formado no conjunto habitacional”.

Relativamente à prática de abuso de poder político, assevera que, consoante jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, na ação de impugnação de mandato eletivo fundada no art. 14, § 10, da Carta da República, a alegação de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude há de ser apurada em representação, proposta até a data da eleição (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.906/SP, relator Ministro Gerardo Grossi, *Diário da Justiça* de 29 de agosto de 2007). Desse modo, mostrar-se-ia inadequada a via da ação de impugnação de mandato eletivo.

Ao discorrer sobre as provas testemunhais colhidas, diz da existência de contradição e sustenta ser imprestável a documentação juntada ao processo. Destaca o depoimento de Cleonice de Oliveira Melo, que teria sido convidada pelo pai do candidato para trabalhar na campanha como “cabo eleitoral”, ao valor de R\$50,00 por mês (agosto e setembro). Ressaltando as contradições que assevera existentes nos depoimentos, apresenta o resumo de fl. 483 a 489. Quanto à prova documental anexada com a inicial, o recorrente dá relevo à carta anônima e à relação de pessoas em documentos apócrifos, sem identificação de candidato ou beneficiário. Segundo aduz, esses elementos, por serem frágeis,

não foram sequer explorados nos votos dos juízes do Tribunal Regional Eleitoral, que se ativerem à análise dos depoimentos. Por fim, quanto à imputação de abuso de poder político e econômico, anota não ser, nem o próprio pai, integrante do Poder Executivo, razão pela qual a realização das obras públicas mencionadas durante o julgamento da referida ação não poderia ser creditada à respectiva atuação.

Pede o provimento do recurso, para julgar-se improcedente o pedido formulado na ação de impugnação de mandato eletivo. Em seguida, requer a produção de prova documental, pericial e testemunhal, especialmente a oitiva de Edson Rosa de Lima, que teria urdido todos os depoimentos na Polícia Federal e não foi ouvido em juízo, porque, na ocasião, viajara para a Itália.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 500 a 508).

A Procuradoria-Geral Eleitoral, no parecer de fl. 512 a 516, manifesta-se no sentido do não provimento do recurso. Assevera que o abuso de poder político e econômico bem como a captação ilícita de votos inserem-se na abrangência da expressão “abuso de poder”, não se encontrando distinção na jurisprudência eleitoral. Quanto à alegação de julgamento *extra petita*, conquanto seja matéria de ordem pública passiva de apreciação nesta instância, entende estar ausente a ofensa ao disposto no art. 128 do Código de Processo Civil, por existir congruência entre o pedido e a sentença. Tem como comprovados os fatos ilícitos imputados ao réu, não só com base em depoimentos, mas também em documentos. Aponta encontrar-se devidamente instruído o processo.

O Ministro Fernando Gonçalves, relator, na sessão do dia 17 de setembro de 2009, votou pelo desprovimento do recurso ordinário, porque compreendeu caracterizada a prática de abuso de poder econômico e de corrupção. Consignou mostrar-se claro que o artifício utilizado visando a captar votos teve potencialidade suficiente para a consecução do ato ilícito, repercutindo decisivamente no resultado do pleito, sendo dispensável o nexo de causalidade.

Em seguida, após os votos dos Ministros Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e Cármen Lúcia, também desprovendo o recurso, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista de Vossa Excelência.

Inicialmente, consigno a base, as causas de pedir da ação formalizada. Ficaram circunscritas ao abuso do poder econômico e à corrupção, considerado o disposto no § 10 do art. 14 da Constituição Federal no que delimita em dez dias, contados da diplomação, o prazo decadencial para dar-se o ajuizamento da ação visando a fulminar mandato eletivo. Então, presente até mesmo a restrição temporal, há de proceder-se ao julgamento segundo essas causas de pedir, tais como versadas na inicial.

Sob o ângulo dos fatos, apontou-se que o recorrente teria prometido pagamento de R\$50,00 para quem nele votasse. Então, fez-se alusão a pessoas denominadas como “ponteiros”, as quais seriam responsáveis pela arregimentação de eleitores, cadastramento e tomada de títulos eleitorais bem como entrega de

cartão magnético contendo a foto do recorrente, o número com o qual estava concorrendo às eleições e, no verso, uma tarja preta igual às usadas em cartões de crédito. Os eleitores teriam sido instruídos a passar a tarja preta sobre a urna eletrônica a fim de gravar, no cartão, os números que houvessem digitado. Com isso, ficaria garantido o voto, levando-se o eleitor a crer que somente receberia o valor se o cartão magnético registrasse a votação no recorrente.

Mencionaram-se, na inicial, inúmeros depoimentos prestados na fase inquisitorial. O esquema teria vindo à balha ante a ausência do pagamento referido a certos eleitores. Na peça primeira do processo, alude-se à apreensão de elementos, a saber:

a) 21 cartões plásticos contendo, em uma das faces, a foto e o respectivo número eleitoral do candidato a deputado estadual;

b) 13 folhas de papel com nome, endereço, bairro, número do título de eleitor, zona e seção de diversas pessoas;

c) 64 cópias de títulos eleitorais e 6 de comprovante de votação.

De início, excluiu a possibilidade de considerarem-se depoimentos colhidos na fase policial, sem a observância, portanto, do contraditório. Cabe o exame da prova coligida no processo judicial.

À audiência retratada no termo de fl. 169 não compareceram as testemunhas do Ministério Público, porque não intimadas, sendo requerida a cientificação das arroladas para depor e designando-se data para tanto. A testemunha Cleonice de Oliveira Melo fez ver que:

- não conhece nem o recorrente, nem o genitor;
- nunca votou no recorrente;
- em 2006, foi procurada por colega que a aconselhou a votar no recorrente, sendo indagada se conhecia algumas pessoas;
- conversou com algumas pessoas que votaram no recorrente espontaneamente;
- Antônio Holanda era dono do poço que havia na região e que funcionava antes mesmo do período eleitoral;
- na data da eleição, pediu os comprovantes de votação daquelas pessoas com quem tinha falado, para entregá-los ao Senhor Adeilton como prova de que votaram;
- Adeilton falou para a depoente ajudar o deputado Antônio Holanda;
- Adeilton não lhe entregou nenhum cartão para orientar os eleitores quando da votação;
- não foi oferecido transporte aos eleitores, em razão de a sessão eleitoral ser próxima, bem como também não ocorreu o fornecimento de lanches;
- Adeilton lhe dissera que ia falar com Gilvan, o qual conversaria com o deputado para ver se pagaria as contas da declarante;
- foram pagas as contas de energia no valor de R\$162,00;

- chegou a falar uma vez com o pai do candidato, que queria conhecê-la;
- pensa que o pai do candidato desejava conhecê-la porque Adeilton tinha falado sobre seu filho doente;
- ganhou R\$ 150,00 do pai do candidato para o recibo de luz;
- quem entregou o dinheiro disse que o pai enviara o dinheiro;
- Adeilton afirmara que ela iria receber, por parte do candidato, R\$300,00 mensais;
- tinha um cadastro próprio com nome, endereço e título do eleitor;
- não recorda o nome deles;
- não ficou com cópia do cadastro, lembrando que estariam cadastrados quinze eleitores;
- Adeilton disse que os “ponteiros” passariam o carbono para os eleitores vizinhos cadastrados pela depoente;
- a declarante mostrou-se muito nervosa, alegando não se lembrar de todos os fatos;
- disse, em seguida, que não houve carbono;
- nas suas mãos, não chegou carbono;
- também era “ponteira”;
- não ouviu comentário de nenhum de seus vizinhos que receberam carbono;
- escutou falar em cartão magnético, mas nunca o viu;
- conversou com o pai do candidato, Senhor Antônio Holanda, na chácara Arara Azul, onde esse afirmou que não distribuía cimento nem remédio, mas, quando a depoente comentou sobre dinheiro, esse falou que poderia ajudar os eleitores com R\$50,00 de pagamento para cada pessoa. Se o dinheiro não chegasse até a véspera da eleição, no sábado à noite, ninguém era obrigado a votar em seu filho;
- Gilvan disse à depoente que, caso não houvesse pagamento antes da eleição, os eleitores deveriam votar porque chegaria depois;
- foi com outras pessoas, no dia 1º de outubro, à chácara Arara Azul para receber o dinheiro combinado;
- no local se encontrava o pai do candidato, que informou não ter dinheiro, pois os candidatos João Lira e João Caldas não haviam repassado o montante prometido;
- disse ainda que as pessoas tivessem paciência porque o dinheiro chegaria depois;
- aonde ia, era influenciada por Adeilton;
- fora ele quem lhe dissera para ir à chácara Arara Azul e a chamara também para vir ao Tribunal Regional Eleitoral à tarde;
- depois da eleição, as pessoas foram cobrá-la, mas respondera que não havia pagamento de voto, que as pessoas ganharam remédio;
- o povo demonstrara sua raiva contra os “ponteiros”, pois o dinheiro não chegara;

- alguns eleitores reclamavam que os “ponteiros” haviam recebido o dinheiro e não tinham repassado para eles;
- a ideia de vir ao Tribunal Regional Eleitoral fora de Adeilton;
- a depoente o acompanhou;
- havia várias pessoas desconhecidas da depoente;
- nunca pensou em vir ao Tribunal Regional Eleitoral porque não pretendia prejudicar ninguém;
- perguntada a quem se referia ao dizer que não pretendia prejudicar ninguém, que aludia a ela mesma e ao deputado, que não conhecia nem conhece;
- antes de comparecer ao Tribunal Regional Eleitoral, não conversou com “ponteiros”;
- no dia, chamou as pessoas para ir ao TRE/AL, mas, ao ser perguntada o que viriam fazer, respondeu não saber, afirmando que lhe tinham dito que viessem para o Tribunal Eleitoral;
- no dia em que comparecera ao Tribunal Regional Eleitoral, cuja data não lembra, recebeu um telefonema de Adeilton para juntar seu povo e ir ao TRE, pois receberiam o dinheiro prometido, o que foi feito;
- ainda perguntou que dinheiro era, já que não havia sido prometido dinheiro;
- os comprovantes de votação dos eleitores ainda se encontravam na bolsa da depoente, que os trouxe para a manifestação;
- vieram para a frente do Tribunal em um ônibus de linha, cada um pagando sua passagem;
- não soube explicar por qual motivo foi ao Tribunal Regional Eleitoral.

Em seguida, respondendo a questionamento feito pelo Procurador Eleitoral, confirmou a ida à Polícia Federal e os depoimentos prestados. À defesa disse que conseguiu eleitores para votar no recorrente e que Gilvan lhe pagara R\$150,00 no mês de setembro. Ela completara com R\$12,00 e quitara a conta de energia. Afirmou, mais, que Edson organizara o deslocamento das pessoas à Praça Sinimbu.

Vê-se que esse depoimento não se mostrou revelador quanto aos fatos contidos na inicial, ou seja, a entrega de cartão magnético a eleitores com a promessa de que, uma vez apresentados após a votação e registrado neles o voto no recorrente, receberia cada qual R\$50,00.

Na Polícia Federal, depoimento que teria confirmado em juízo, a declarante, conforme é dado constatar à fls. 30 à 32, asseverou que cadastrara cerca de vinte pessoas e que, seguindo orientação de Gilvan, contou a elas que perceberiam R\$50,00 por voto. Na mesma oportunidade, esclareceu que Gilvan aludira a carbono para comprovar os votos e falara também na entrega de cartão magnético, material que nunca chegara à depoente. Na delegacia, também dissera que jamais conversara com o candidato Antônio Holanda Junior.

A participação do pai do recorrente não foi mencionada na inicial. Nesta, repito, apontou-se que tudo teria ocorrido mediante a entrega de cartões magnéticos a

eleitores que votariam no candidato. O fato, comprovado com a passagem do cartão na urna eletrônica, geraria o pagamento de R\$50,00. Extrai-se dos dois depoimentos – e volto a consignar: o prestado em juízo confirmou aquele que fora formalizado na fase inquisitorial – que teria havido a promessa de pagamento de certo valor, ocorrendo as pessoas para receber o que prometido.

Adeilton, depondo em juízo – fl. 183 a 186 –, afirmou que fora procurado por Gilvan, assessor do pai do recorrente, e que não conhecia este último. O objetivo tinha sido convencer pessoas a votarem no recorrente, em quem o próprio já votaria. Mencionou a prestação de serviços pelo recorrente à coletividade e o recebimento de R\$150,00 durante dois meses. Elucidou que não prometera dinheiro aos eleitores. Como alguns precisavam de remédios e de quitar contas de luz atrasadas, por exemplo, o declarante falava com Gilvan e esse conseguia solucionar a pendência. Outros eleitores lhe disseram que, em caso de necessidade, procuravam o deputado e eram ajudadas.

Quanto aos citados cartões, ouviu comentários sobre eles quando foi depor na Polícia Federal, mas não havia recebido nem visto nenhum. Aludiu ao fato de os R\$50,00 serem uma espécie de taxa especial que outros políticos estavam pagando. Afirmou a existência de promessa do recorrente de entregar o dinheiro no domingo, mas veio a ser informado de não haver chegado numerário. Assim, as pessoas, revoltadas, passaram a ameaçá-lo. Declarou que Edson viajara para a Itália, mas não sabia se ele trabalhou para outro candidato e se pagou a passagem.

Nota-se, apesar dos desencontros nesse depoimento, que os eleitores tinham a esperança de receber R\$50,00, em espécie, como taxa especial, que era disponibilizada também por outros candidatos. Não houve esclarecimentos quanto aos cartões.

A depoente Maria José Nascimento de Lima referiu-se à promessa de Edson – que, ao final, induzira eleitores a fazerem manifestação perante o Tribunal – de pagar R\$50,00 e também uma feira. Afirmou que não levara o número de nenhum deputado escrito em papel, exceto o do candidato à Presidência da República, e que dera o título de eleitor a uma mulher no Bom Pardo, para tirar xérox do documento. Aludiu à circunstância de a mulher encontrar-se com vários títulos na mão, devolvendo-lhe o próprio por meio de uma vizinha. Acrescentou que, como não sabia usar o cartão eletrônico, Edson explicara o que fazer e ainda lhe dissera para procurá-lo quando acabasse de votar, que receberia os R\$50,00. Relatou, mais, que:

- depois de votar, passou o cartão eletrônico com a tarja de frente para a tela;
- o voto foi dado ante a promessa de Edson de pagamento de R\$50,00;
- várias pessoas andavam arregimentando eleitores, colhendo dados relativos ao título e oferecendo recompensa nos valores de trinta, quarenta, cinquenta e setenta reais.

- trabalhavam para diversos candidatos;
- não conhecera o recorrente, e sim o pai deste último, na época em que ainda era solteira;

- Edson teria dito “que sujasse a turma do Holanda”, mas a testemunha ressaltou que não sujou. Não conseguiu explicar a razão pela qual Edson a instruíra a macular a figura de Holanda;

- Edson arregimentara e organizara grupo para ir à Praça Sinimbu, com contratação de carros. Os motoristas indagavam quem iria pagá-los. Edson pagara as corridas.

Desse documento, de fl. 187 a 191, depreende-se ter havido promessa de satisfação do valor de R\$50,00 e instrução quanto ao uso do cartão eletrônico.

A testemunha Ubirany Antônio de Oliveira, às fls. 193 a 198, esclareceu que prestara depoimento na Polícia porque Edson, irmão de Carlos, mandara. Teria ocorrido a promessa de que, quando saísse da Polícia Federal, receberia R\$50,00 e mais alguma coisa após. Informou haver constatado, na Polícia Federal, a existência do cartão magnético com tarja preta. Consoante relatou, Edson dissera que, ao votar, deveria colocar o cartão ao lado da urna e ficaria registrado em quem tinha votado, mas o depoente não acreditou. Segundo ouvira de algumas pessoas, Edson prometera dinheiro a elas para votarem no recorrente. A seguir, indagado, disse não saber para quem Edson trabalhava. Excluiu a participação do recorrente em reuniões organizadas pelo irmão de Edson. Esse, ameaçando-o, avisara que não falasse na Polícia Federal sobre o ordenado por ele.

Conforme narrou, Edson arregimentara pessoas para o protesto no Tribunal Regional Eleitoral, às quais proporcionara, até mesmo, bebidas. Imaginou que Edson trabalhava para a família Holanda, levando em conta os laços que o irmão mantinha com essa última. Disse que a família Holanda sempre ajudara a coletividade no bairro mencionado. Asseverou, mais, não conhecer ninguém que tivesse entregue o título de eleitor a Carlos, Valberto ou Edson. Acrescentou que Valberto era chefe de tudo e que estaria agenciando pessoal para pedir votos, vindo a ser instruído no sentido de falar que o deputado estava oferecendo R\$50,00. Não teria desmentido o que veiculado na Polícia ante receio das ameaças de Edson. Negou que afirmara ter ciência de esquema de compra de votos. Por último, alegou não saber se o recorrente ou qualquer pessoa a seu mando oferecera dinheiro em troca de votos – parte final de fl. 197.

A testemunha José Laelson Correia Ramos disse, conforme termo de fl. 200 a 204, que ganhara santinhos e cartões magnéticos com os nomes dos candidatos a governador, deputado estadual e senador nos quais os eleitores deveriam votar. Teria ele distribuído o material, acompanhado de panfletos, entre os integrantes da comunidade. No entanto, não fora orientado a explicar aos eleitores a utilidade dos cartões e não recebera documentos daqueles que iriam votar.

Esclareceu que o pai do recorrente fornecera panfletos e cartões magnéticos para serem entregues à população. Afirmou haver divulgado a esta os benefícios proporcionados pelo pai do recorrente e não ter sido procurado por nenhum eleitor para falar sobre propostas de voto em outros candidatos. Disse ainda que o cartão era dado a qualquer pessoa, inclusive a crianças, para levar para casa e que não tinha conhecimento de pagamento algum a eleitor pelo voto neste ou naquele candidato. Quanto à utilidade dos cartões, revelou haver alcançado notícia a partir do que publicado em jornais e ter reconhecido cópia do cartão constante do processo.

Nesse depoimento não se mencionou a relação entre a entrega do cartão e a promessa de, ocorrido o certame, vir o eleitor a ganhar os R\$50,00.

A testemunha José Gildo Maximino Silva também pouco esclareceu no depoimento de fl. 205 a 208. Afirmou ignorar o pagamento de R\$50,00 por voto, mas confirmou a entrega de cartões magnéticos contendo nome, número e foto de candidatos a presidente, governador, senador, deputado federal e deputado estadual. Consignou a surpresa no tocante à notícia jornalística de que eleitores compareceram à Praça Sinimbu, após as eleições, para denunciarem o fato de o recorrente não ter pagado o valor de R\$50,00 prometido por voto.

Verifica-se, por meio desse depoimento, que ocorreu realmente a distribuição de cartões com nomes dos candidatos a presidente, governador, senador, deputado federal e deputado estadual, mas nada foi dito sobre os “ponteiros” haverem prometido R\$50,00 a cada eleitor.

A depoente Lindalva Marques Teles salientou, à fl. 209 à 212, que não recebera nenhuma informação sobre o uso do cartão e a possibilidade de nele ficar registrado em quem o eleitor votara. Ressaltou jamais ter ouvido a referência a “ponteiro”. Mencionou o trabalho no bairro, o que a família Holanda conseguira para o local. Negou ter conhecimento de pessoas recolhendo títulos e carteiras de identidade dos eleitores. Por ouvir dizer, veiculou que Edson, após a denúncia contra o recorrente, viajara para a Itália. Afirmou haver atuado visando a conseguir votos para o recorrente, percebendo R\$500,00 mensais. Os cartões magnéticos a serem distribuídos aos eleitores teriam chegado no sábado, véspera do dia das eleições.

Também nesse depoimento, nota-se a inexistência de clareza quanto ao elo entre o cartão e o recebimento de certo valor em contrapartida a voto.

Conforme despacho de fls. 216 e 217, o juízo, após esses depoimentos, considerou importante ao deslinde da ação a voz de duas testemunhas – Edson Rosa de Lima e Josefa Maria dos Santos –, que, assim, vieram a ser intimadas. Também determinou fosse oficiado ao superintendente da Polícia Federal no

estado para informar sobre o passaporte de Edson Rosa de Lima. O juízo deixou consignado entender que, apesar de já terem sido colhidas as declarações das demais, “as duas testemunhas são conhecedoras de fatos e circunstâncias que podem influir na decisão da causa, o que justifica a realização de diligências com o escopo de localizá-las para que possam ser ouvidas em juízo”. Em síntese, àquela altura, teve como frágeis os depoimentos tomados até então.

Pois bem, confirmou-se a expedição do passaporte em nome de Edson Rosa de Lima, justamente aquele que haveria provocado o movimento contra o ora recorrente – fl. 223. Nova audiência foi designada para a audição das testemunhas José Bráulio Bezerra Cavalcante, Luzinaldo Umbelino da Silva, Carlos Alves de Lima e Lindinalva Lessa de Melo e Silva (fl. 338).

Carlos Alves de Lima, à fl. 354 à 359, esclareceu que recebia ajuda mensal de R\$100,00 em razão de atividade consistente na conscientização da comunidade para votar no candidato. Confirmou que Edson também trabalhava, percebendo R\$300,00 por mês. Segundo asseverou, distribuía santinho de papel e utilizara o cartão magnético. O citado cartão não teria sido usado para identificar voto de eleitor. Revelou que Edson veio a romper com o pai do ora recorrente, “por questão de ciúmes, pois ele não aceitava outras lideranças”, e organizou uma caravana em direção ao Tribunal Regional Eleitoral, objetivando denunciar o recorrente. Na verdade, relatou, Edson é que oferecera R\$50,00 para cada pessoa que o fizesse (fl. 355).

Nesse depoimento, ficou elucidada a desavença daquele que, em um primeiro passo, estava engajado na candidatura do recorrente, recebendo valor mensal para o trabalho a ser desenvolvido, e que, mais adiante, chegou a movimentar eleitores, com promessa de pagamento de R\$50,00, para procederem à denúncia que deu margem à instauração de inquérito e, posteriormente, a esta ação, vindo o desafeto a deixar o país sem depor em juízo. As demais pessoas não foram ouvidas.

A leitura das declarações colhidas, sob o ângulo do contraditório, não permite entendimento seguro quanto à imputação formalizada na inicial. Ao reverso, os dados mostram-se desencontrados, notando-se que o citado cartão magnético seria forma toda própria, moderna, de contar-se com o denominado santinho, nele figurando nomes de candidatos a diversos cargos, inclusive ao de presidente da República e ao de senador.

Ora, conforme disposto no § 10 do art. 14 da Carta de 1988, a ação de impugnação ao mandato, para ser julgada procedente, pressupõe prova robusta de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, o que não houve na espécie. Não se confundem com a previsão contida no preceito a distribuição dos chamados santinhos e o fato de certas pessoas, nos meses anteriores às eleições, engajarem-se no trabalho de convencimento, recebendo valores que

não se revelam substanciais, cerca de R\$100,00 por mês – o desafeto do ora recorrente, outrora engajado na campanha, autor da denúncia que criou a celeuma retratada neste processo, o qual depois migrou para a Itália, percebia R\$300,00 por mês.

Frise-se, por oportuno, que o texto constitucional versa mais do que a previsão do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

Ante a inexistência de prova robusta do procedimento imputado ao recorrente, a ponto de fulminar o mandato popular – promessa de compra de votos à razão de R\$50,00 para quem nele votasse e passasse o cartão magnético na urna visando, no que seria verdadeiro estelionato, a comprovar o voto –, julgo improcedente o pedido formulado na inicial de fl. 2 a 6.

VOTO (RATIFICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Senhor Presidente, meu voto direcionou, sem análise da prova testemunhal, no fato de o cartão ter tido efetivamente potencialidade para marcar em quem o eleitor havia votado, ou não. E é evidente que não.

É fato incontestado que realmente houve abuso de poder econômico: a prova testemunhal mostra ter havido pagamento de conta de energia elétrica, além de outras questões que não foram trazidas à colação nos depoimentos das testemunhas.

Num primeiro momento havia pensado em pedir vista regimental, mas depois me convenci de que houve, realmente, abuso de poder econômico, principalmente porque se tratou de eleição proporcional, em que o somatório dos votos, em poucas situações, pode realmente representar uma potencialidade muito grande, a alterar o resultado do pleito.

Assim, apesar de louvar o voto do Ministro Marco Aurélio, peço vênia para manter meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Foram 40 mil cartões magnéticos que circularam entre os eleitores?

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Sim. É o que consta do acórdão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não há, nos depoimentos – e estes são descontraídos como tivemos oportunidade de constatar – essa notícia, esse argumento *ad terrorem* de 40 mil cartões, e, por consequência, 40 mil promessas de entrega de R\$50,00.

Se houvesse, eu não teria a menor dúvida em acompanhar o relator e fulminar o mandato.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Consta do voto do relator no Tribunal *a quo* referência a 40 mil cartões magnéticos, que indicam idêntico número de eleitores cooptados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Estamos em sede ordinária, podemos reexaminar fatos e devemos reexaminá-los.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): E, mais adiante, diz o relator no Tribunal *a quo* (fls. 444):

[...]

Assim, considerando a consistência de todo o acervo probatório criteriosamente colacionado, o contexto em que os fatos ocorreram e as demais evidências constantes dos autos, máxime a confecção de inusitados 40.000 (quarenta mil) cartões em PVC com tarjas magnéticas, [...]

Isso impressionou-me.

Voto

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, prestei muita atenção, tanto no voto do ministro relator, na ocasião, quanto no voto do eminente Ministro Marco Aurélio, mas, com a devida vênia, acompanho o relator.

Voto

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Eu elogio o longo voto do Ministro Marco Aurélio, minucioso, cuidadoso, descritivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Tendo de reexaminar provas, presidente, eu não poderia utilizar o poder de síntese, sob pena de, inclusive, prejudicar o voto. Sigo aquele lema: para acompanhar o relator, não precisamos nos estender muito, basta o “de acordo”; mas, para divergir, sim.

Em respeito a Sua Excelência é que me aprofundi no exame dos elementos probatórios e colhi esses dados, que trouxe à balha até mesmo para justificar o meu voto divergente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Oferecendo alternativa de voto a todos os ministros, especialmente ao Ministro Felix Fischer e a mim mesmo, que ainda não votamos.

Louvo o voto do Ministro Marco Aurélio, mas peço vênia para acompanhar o eminente relator.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1.529 – AL. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Recorrente: Antônio Holanda Costa Júnior – Advogadas: Angela Cignachi Baeta Neves e outra – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Marco Aurélio, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.

*Notas orais dos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio sem revisão.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.761* CUIABÁ – MT

Relator: Ministro Marcelo Ribeiro.

Recorrente: Walter Machado Rabello Junior.

Advogados: Emanuel Cavalcante Trajano e outros.

Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Recurso ordinário. Fidelidade partidária. Deputado estadual. Constitucionalidade. Res.-TSE nº 22.610/2007. Legitimidade. Ministério Público. Justa causa. Desfiliação partidária. Descaracterização.

1. A constitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007, que regulamenta os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 3.999 e 4.086.

2. O Ministério Público é parte legítima para atuar nos referidos processos.

3. A eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária.

4. Recurso ordinário desprovido.

*Vide o acórdão nos EDRO nº 1.761, de 19.11.2009, publicado neste número: embargos de declaração contra este acórdão parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso, nos termos das notas taquigráficas.
Brasília, 10 de junho de 2009.

Ministro CARLOS AYRES BRITTO, presidente – Ministro MARCELO RIBEIRO, relator.

Publicado no *DJE* de 4.8.2009 e republicado no *DJE* de 18.9.2009.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário, interposto por Walter Machado Rabello Junior, em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso (TRE/MT), que, julgando procedente pedido ajuizado pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), decretou a perda de seu mandato de deputado estadual, em virtude de infidelidade partidária decorrente de desfiliação sem justa causa do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) (fls. 293-322).

Tal acórdão foi assim ementado (fls. 165-166):

Perda de mandato eletivo. Desfiliação partidária. Grave discriminação pessoal. Desvio reiterado do programa partidário. Justa causa. Não configuração. Ação julgada procedente.

A discriminação pessoal prevista pela Res.-TSE nº 22.610/2007 há que ser grave, injustificada, pessoal e, acima de tudo odiosa e jamais uma singela dissensão interna.

A pretensão de lançar-se candidato em pleito futuro caracteriza-se como projeto pessoal. A fatigada alegação de falta de espaço dentro da agremiação compõe o cenário político. Divergências internas devem também ser resolvidas internamente.

Conteúdo programático é aquilo que consta no estatuto e nas normas partidárias, e somente o desrespeito, o abandono a estas diretrizes desde que demonstradas de maneira incontestável é que se prestarão a amparar a justificativa prevista no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 1º, da norma regulamentadora.

Não restando comprovado nos autos quaisquer das hipóteses previstas pela Res.-TSE nº 22.610/2007 a justificar a desfiliação atacada, impõe-se a decretação da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

Alega, em síntese, que:

a) as resoluções-TSE nºs 22.610 e 22.733 são inconstitucionais, pois afrontam os princípios da separação dos poderes e da reserva legal, e que a Justiça Eleitoral não é competente para julgar ações de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária (fls. 296-300);

b) o Ministério Público Eleitoral não tem legitimidade “para defender direito individual do PMDB e seus filiados em matéria interna corporis” (fl. 300), não havendo lei que faculte ao MPE “substituir os partidos políticos na matéria de fidelidade partidária” (fl. 302);

c) a Res.-TSE nº 22.610 diz respeito ao processo de perda de cargo eletivo, não se aplicando ao recorrente, que é detentor de “mandato eletivo, figuras constitucionalmente distintas entre si” (fl. 604);

d) as únicas hipóteses em que um parlamentar pode perder o seu mandato eletivo são as previstas no art. 55 da Constituição Federal (fl. 305);

e) restou violado o art. 5º, incisos XXXVI, II, VIII, XVII, XX e XI, da Constituição Federal (fls. 307-309);

f) a Res.-TSE nº 22.610 foi editada em 30.10.2007, não podendo retroagir a 14.9.2007, alcançando a desfiliação do recorrente (fls. 309-311);

g) a inicial é inepta, ante a não existência nos autos de documento comprobatório de sua desfiliação partidária (fls. 311-316);

h) o “PMDB, pela sua direção, que tem o poder de comando, deixou claro que o requerente não poderia disputar as eleições”, motivo pelo qual “exerceu o seu direito enquanto cidadão, de pleitear a disputa da Prefeitura Municipal, e transferiu de partido político para este fim” (fl. 316);

i) a “mudança de partido para viabilizar uma candidatura é direito natural do recorrente, porque é garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal, sendo inclusive expressa enquanto direito suposto do eleitor a fidelidade partidária não está expresso, mas sim, mediante interpretação” (fl. 316);

j) com o advento da Res.-TSE nº 22.610, não foi “assegurado aos detentores de mandatos, o direito de se realinhar politicamente nos partidos, o que por si só viola o direito adquirido do recorrente e de todos aqueles que detêm mandato eletivo” (fl. 317);

l) não há prova nos autos que demonstre que a sua desfiliação violou o estatuto do PMDB e que esse partido não regulamentou o instituto da fidelidade partidária (fl. 319);

m) o recorrente obteve, sozinho, votação superior ao quociente eleitoral, motivo pelo qual a sua eleição não dependeu do resultado do partido (fl. 321).

Requer o provimento do recurso para “cassar o acórdão regional, restabelecendo o mandato do recorrente” (fl. 322).

Contrarrazões às fls. 326-341.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo desprovimento do recurso ordinário (fls. 346-353).

Com o objetivo de suspender os efeitos do acórdão do TRE/MT, que decretou a perda do seu mandato de deputado estadual, o recorrente ajuizou, nesta Corte, a Ação Cautelar nº 2.424/MT, cujo pedido de liminar deferi, em 5.6.2008, tão somente para sustar a execução do acórdão do TRE/MT até a publicação do aresto que apreciou os embargos de declaração.

Em 11.6.2008, Walter Machado Rabello Júnior informou a publicação do acórdão e a interposição de recurso ordinário e apresentou pedido de reconsideração parcial, para que a liminar fosse estendida até a apreciação por esta Corte do recurso ordinário interposto ou que fosse recebido como agravo regimental.

Por entender não estar presente o *fumus boni iuris*, neguei seguimento à ação cautelar em 16.6.2008.

Dessa decisão, o recorrente opôs agravo regimental, o qual foi desprovido por esta Corte na sessão de 11.10.2008.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, inicialmente, as preliminares suscitadas não merecem acolhimento.

No que tange à inconstitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007 e à incompetência da Justiça Eleitoral para disciplinar a matéria relativa à infidelidade partidária, sem razão o recorrente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 12.11.2008, declarou improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nºs 3.999 e 4.086), ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR), assentando a constitucionalidade da resolução que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Quanto à tese da ilegitimidade do Ministério Público, em várias oportunidades esta Corte já se manifestou no sentido de ser legitimado o *Parquet* para propor a ação de que trata a Res.-TSE nº 22.610/2007, estando prevista tal legitimidade no § 2º do art. 1º da mencionada norma, que assim reza:

§ 2º Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral.

No que se refere ao argumento de que a aplicação da Res.-TSE nº 22.610/2007 viola dispositivos constitucionais, tal tese não subsiste diante da declaração de constitucionalidade da norma pelo próprio STF.

De igual modo, a diferenciação entre mandato e cargo eletivo é no mínimo imprópria. A Res.-TSE nº 22.610 não faz essa distinção. Por cargo eletivo, entenda-se aquele que se preenche por eleição. É o caso dos autos.

Também não procede o argumento de inépcia da inicial em razão da falta de apresentação de documento essencial no momento da propositura da ação.

Depreende-se dos autos que foram apresentados com a inicial, ajuizada em 20.12.2007, relatórios do Sistema ELO da Justiça Eleitoral e outros documentos

fornecidos pelo TRE/MT, a pedido do *Parquet*, nos quais consta a informação da desfiliação partidária ocorrida em 14.9.2007, conforme se verifica às fls. 11-12 e 15-22.

De fato, em 17.1.2008, após, portanto, a propositura da demanda, o Ministério Público Eleitoral requereu a juntada (fl. 27) e apresentou os documentos de fls. 28-34, o que, segundo o recorrente, teria causado a nulidade do processo, em virtude de ter sido instruída a causa com documento essencial após o ajuizamento da ação, quando já decorrido o prazo decadencial previsto no art. 1º, § 2º, da Res.-TSE nº 22.610/2007, em violação ao disposto no art. 283 do Código de Processo Civil.

Ocorre que os documentos juntados às fls. 28-34 são na verdade cópias das peças de fls. 11- 12 e 15-22, apresentados com a inicial. Não há falar, portanto, em contrariedade ao disposto no art. 283 do CPC.

Quanto à alegação do recorrente de que os relatórios extraídos do banco de dados da Justiça Eleitoral não seriam aptos a fazer prova da data do seu desligamento do partido, em razão da fragilidade do sistema, tal tese não há como prevalecer.

Como bem ressaltou a Corte Regional no julgamento dos embargos de declaração, “embora o sistema ELO possua características próprias é certo que a Justiça Eleitoral é órgão competente para prestar essas informações e que estas detém presunção *juris tantum* de veracidade e somente podem ser desconstituídos por meio próprio [...]” (fls. 251-252).

Observo, ainda, que não se controverte nos autos acerca da data da desfiliação, que se encontra comprovada nos documentos de fls. 11 e 34, expedidos pela Justiça Eleitoral, a requerimento do Ministério Público.

Também sem razão o recorrente quando sustenta a improcedência do pedido, por não ter havido violação às normas internas do partido, tendo em vista a ausência de previsão expressa no estatuto da agremiação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Como bem pontuou a Corte Regional, “aqui, não se trata de pormenores aduzidos por cada agremiação como normas internas, mas de uma prerrogativa maior que deve ser observada por todos aqueles que alcançaram a condição de mandatários” (fl. 251).

Ressalte-se que a ação que visa a decretação da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária nada tem a ver com a violação a normas partidárias, mas sim com a inobservância do preceito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal de que o mandato pertence ao partido.

Dessa forma, basta que o requerente promova a ação com base na resolução desta Corte que regulamenta a matéria, demonstrando que houve a desfiliação no prazo vedado, cabendo ao requerido a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito.

No que tange à assertiva de que o recorrente alcançou sozinho o quociente eleitoral, entendo que tal afirmação não afasta o fato de que o mandato pertence

ao partido, mormente porque a Constituição Federal exige, como condição de elegibilidade, a existência de vínculo partidário.

Quanto ao mérito, o recurso ordinário é inviável.

No caso dos autos, o ora recorrente se desligou do PMDB em 14.9.2007, após a data limite de 27.3.2007, fixada pela Res.-TSE nº 22.610/2007.

Aduz a existência de justo motivo para a desfiliação, ao argumento de que, diante da impossibilidade de disputar o cargo de prefeito municipal nas eleições de 2008, considerando a manifestação dos integrantes da direção do partido, viu-se compelido a se desligar da agremiação, para tornar viável sua candidatura.

Creio que tal fato não está apto a caracterizar justa causa, nos moldes do § 1º do art. 1º da Res.-TSE nº 22.610/2007, que assim dispõe:

Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

Conforme consignei no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 2.424/MT, ajuizada pelo ora recorrente, a eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra agremiação partidária não me parecem motivos ensejadores de justa causa, se considerados os parâmetros fixados pela norma.

A disputa e a divergência interna fazem parte da vida partidária, não sendo, desagregada de outros fatores, justificativa para a desfiliação.

Ademais, as alegações iniciais feitas perante a Corte Regional e não reiteradas nesta instância, de que a desfiliação partidária teria sido motivada por grave discriminação pessoal e pelo desvio reiterado do programa partidário, foram, em minuciosa análise, devidamente afastadas pela Corte de origem.

Do exposto, voto pelo desprovimento do recurso ordinário.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1.761 – MT. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro – Recorrente: Walter Machado Rabello Junior (Advogados: Emanuel Cavalcante Trajano e outros) – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Usou da palavra pelo recorrente, o Dr. Márcio Luiz Silva.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. No mérito, após o voto do Ministro Marcelo Ribeiro, desprovendo o recurso, pediu vista o Ministro Arnaldo Versiani.

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes os Srs. Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Antonio Fernando de Souza, procurador-geral eleitoral.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, tratam os autos de pedido de perda do cargo do deputado estadual Walter Machado Rabello Junior, por haver-se desfilado, sem justa causa, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

O Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso julgou procedente o pedido, para decretar a perda do cargo eletivo.

Este Tribunal, na sessão de 17.3.2009, em acompanhando o voto do relator, Ministro Marcelo Ribeiro, rejeitou as questões preliminares objeto do recurso ordinário interposto pelo deputado. Em seguida, após o voto do relator, no mérito, negando provimento ao recurso, pedi vista para melhor exame.

Estou de acordo com o voto do relator, para também negar provimento ao recurso.

Na realidade, mesmo na parte do recurso que se procura dedicar ao mérito em si, o recorrente não traz nenhuma questão da qual se possa extrair justa causa para a respectiva desfiliação partidária.

Com efeito, embora as intitulando de questões de mérito, insiste-se nas mesmas questões preliminares de que – quando o recorrente disputou as eleições em 2006 – não estava em vigor a interpretação sobre fidelidade partidária; de que a Res.-TSE nº 22.610/2007 não poderia retroagir para alcançar a sua situação; de que não houve prova nem da violação do estatuto do partido, nem de que o partido houvesse incluído em seu estatuto qualquer regra sobre fidelidade partidária, ou de que o recorrente obteve sozinho, por votação própria, quociente eleitoral suficiente para elegê-lo.

Quanto ao mérito em si, porém, a petição de recurso se limita a dizer que as “provas documentais e orais apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral, são extremamente frágeis” e que elas teriam sido derrubadas pela defesa (fl. 322).

Ocorre que não compete ao Ministério Público Eleitoral demonstrar e comprovar a justa causa. Esse ônus é exclusivo do próprio parlamentar que se desfilou do partido pelo qual se elegeu.

Assim, cumpria ao recorrente, na petição de recurso, trazer, ao menos, aquela que, a seu ver, constituiria justa causa para a desfiliação, de modo a permitir o seu exame por este Tribunal, o que, no caso, ele não fez, todavia.

Sendo assim, acompanho o relator, negando provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RO nº 1.761 – MT. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro – Recorrente: Walter Machado Rabello Junior (Advogados: Emanuel Cavalcante Trajano e outros) – Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes os Srs. Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Antonio Fernando de Souza, procurador-geral eleitoral.

*Acórdão republicado por ter saído com incorreção no original.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.761* CUIABÁ – MT

Relator: Ministro Marcelo Ribeiro.

Embargante: Walter Machado Rabello Junior.

Advogados: Paulo Goyaz Alves da Silva e outros.

Embargado: Ministério Público Eleitoral.

Embargos de declaração. Recurso ordinário. Fidelidade partidária. Deputado estadual. Perda de cargo eletivo. Nulidade do julgamento. Inocorrência. Embargos acolhidos sem efeitos modificativos.

1. Não há nulidade do julgamento por inobservância do *quorum* completo, uma vez que do extrato da ata consta a informação de que o julgamento se deu com a presença de todos os membros desta Corte.

2. Não enseja nulidade a não participação de ministro na segunda sessão de julgamento, quando já não mais fazia parte do quadro de ministros deste Tribunal.

*Vide o acórdão no RO nº 1.761, de 10.6.2009, publicado neste número.

3. "A teor da ressalva contida no § 2º do art. 134 do RISTF, não há que se falar em nulidade do acórdão quando ministro substituto se der por esclarecido quanto à matéria de fundo, mesmo que não haja assistido ao relatório nem participado dos debates" (Ac. nº 25.586/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 13.4.2007).

4. Não tendo sido apresentado pelos advogados do embargante pedido de renovação da sustentação oral quando do julgamento final do recurso, não há falar em cerceamento de defesa.

5. Não incide sobre o instituto da fidelidade partidária, disciplinado pela Res.-TSE nº 22.610/2007, o disposto no art. 55 da Constituição Federal, que estabelece a perda de mandato como sanção por ato ilícito, o que não ocorre com o ato de desfiliação partidária (Consulta-TSE nº 1.398).

6. Não está o julgador obrigado a se manifestar sobre todas as alegações da parte, caso já tenha encontrado motivo suficiente para decidir a causa.

7. Embargos acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em acolher parcialmente os embargos de declaração apenas para prestar esclarecimento, sem efeitos modificativos, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 19 de novembro de 2009.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no exercício da presidência – Ministro MARCELO RIBEIRO, relator.

Publicado no *DJE* de 12.2.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, trata-se de embargos de declaração opostos por Walter Machado Rabello Júnior de acórdão desta Corte que desproveu recurso ordinário, mantendo decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso (TRE/MT) que decretou a perda do mandato de deputado estadual do ora embargante, em virtude de infidelidade partidária.

O acórdão embargado recebeu a seguinte ementa (fl. 410):

Recurso ordinário. Fidelidade partidária. Deputado estadual. Constitucionalidade. Res.-TSE nº 22.610/2007. Legitimidade. Ministério Público. Justa causa. Desfiliação partidária. Descaracterização.

1. A constitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007, que regulamenta os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 3.999 e 4.086.

2. O Ministério Público é parte legítima para atuar nos referidos processos.

3. A eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária.

4. Recurso ordinário desprovido.

Defende inicialmente a nulidade do julgamento, porquanto não teria sido cumprida a exigência de *quorum* qualificado prevista nos art. 19 do Código Eleitoral e 16 do Regimento Interno do TSE.

Ressalta que “no momento do início do julgamento e no final do julgamento, somente *seis dos sete membros da corte estavam presentes e votaram*, o que torna nulo o julgamento ocorrido porque faltava um dos órgãos autônomos desta Corte, em violação aos artigos supracitados do Código Eleitoral e do Regimento Interno desta colenda Corte” (fl. 426).

Sustenta que o Min. Joaquim Barbosa proferiu voto sem ter participado da sessão que iniciou o julgamento, momento em que foram feitas as sustentações orais dos advogados, o que acarretou cerceamento de defesa.

Alega que a ausência de voto do Ministro Eros Grau, que estava presente no momento das sustentações orais, gera a nulidade do julgamento (fl. 427).

Pede que seja declarada “*a nulidade do julgamento determinando a renovação deste com a composição completa da corte e assegurando o amplo direito de defesa e contraditório [...] com o direito de voto aos ministros que estavam presentes no momento da sustentação oral, determinando-se no (sic) publicação de pauta*” (fl. 427).

Aduz que teria havido nulidade do julgamento também em razão de não ter sido o suplente, que tomou posse no lugar do ora embargante, chamado a integrar a lide, na qualidade de terceiro interessado.

Quanto a essa matéria, ressalta que, apesar de “faltar legitimidade ao embargante para alegar nulidade em face de direito de terceiros, cabe a este o direito de assegurar que no processo em que é parte a devida relação processual seja devidamente formada (art. 47 do CPC)” (fl. 428).

Indica a existência de omissão do julgado, em razão da ausência do enfrentamento das seguintes teses suscitadas no recurso ordinário:

a) violação aos arts. “121 (princípio da reserva legal) arts. 22, I; 48; 84, IV; art. 128, § 5º, c/c 129, IX e art. 2º; art. 60, § 4º, III, todos da Constituição Federal” (fl. 428), no que tange à alegação de incompetência desta Corte para legislar e de inconstitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007;

b) o embargante não ocupa cargo eletivo, que é objeto da norma que trata de fidelidade partidária, mas sim mandato eletivo, conforme a letra clara da Constituição;

c) entre as hipóteses elencadas no art. 55 da CF, que prevê a perda do mandato eletivo de deputado e senador, não consta a infidelidade partidária;

d) impossibilidade da aplicação, dentro da mesma legislatura, da jurisprudência do TSE e do STF, quanto à perda de mandato por desfiliação partidária;

e) violação aos princípios da segurança jurídica, do estado democrático de direito e do ato jurídico perfeito, insculpidos no art. 5º, XXXVI, da CF, e da violação aos incisos II, VII, XVII, XX e XI, do mesmo dispositivo constitucional;

f) inaplicabilidade da Res.-TSE nº 22.610/2007 ao caso concreto, por ter sido a norma editada após o ato de desfiliação;

g) “a norma proibitiva somente tornou-se pública para o embargante quando o mesmo teve conhecimento desta ação e assim não pode a mesma retroceder para lhe alcançar até porque o Embargante não tinha como ter conhecimento e nem tinha obrigação legal de saber da sua existência, ademais fora do período eleitoral” (fl. 443);

h) a desfiliação se deu por justa causa, em virtude de grave discriminação pessoal, sendo que “Não houve traição ao partido, tanto é verdade que o próprio partido não questionou a sua situação, por entender que não houve a infidelidade partidária” (fl. 445);

i) “inexiste nos autos prova de que tenha violado o estatuto do PMDB para caracterizar infidelidade partidária” (fl. 445)

j) violação aos arts. 17 da CF, “que remete ao Estatuto do partido definir a infidelidade partidária” (fl. 446), e aos arts. 282, V, e 333, I, do CPC, pois não foi juntada aos autos a cópia do estatuto do PMDB.

Aduz, ainda, a incompetência do TSE para julgar a matéria em sede de recurso ordinário, porquanto seria o juiz eleitoral o competente para julgar a ação. Afirma que o Tribunal Regional, ao julgar a demanda, violou o princípio do juiz natural, “uma vez que a regra é que todos são processados e julgados perante o juízo monocrático de Primeiro Grau” (fl. 446).

Pede a anulação dos julgamentos e o “envio dos autos ao juízo monocrático onde se encontrava filiado o embargante”, ou que sejam conferidos “efeitos modificativos ao julgado para prover o recurso ordinário e assegurar o mandato do embargante por ser de direito” (fl. 447).

Em contrarrazões, alega o Ministério Público que, ao contrário do afirmado pelo embargante, não ocorreram as omissões apontadas e nem houve nulidade do julgamento, uma vez que foi obedecido o *quorum* completo.

Quanto à nulidade do processo por não ter o suplente integrado a lide, ressalta que o entendimento desta Corte é de que, sendo a vaga do partido, não tem o suplente interesse jurídico.

Assevera que as matérias suscitadas no recurso foram devidamente apreciadas, sendo que o julgador não está obrigado a responder todos os questionamentos da parte, sendo suficiente proferir decisão motivada.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, no que se refere à possível nulidade do julgamento, por não ter sido observado o *quorum* completo, sem razão o embargante, uma vez que estavam presentes na sessão de julgamento do recurso ordinário todos os ministros desta Corte, conforme se verifica do extrato da ata de fl. 421, no qual consta:

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes os Srs. Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Antonio Fernando de Souza, procurador-geral eleitoral.

Alega o embargante que teria havido nulidade em razão de não ter proferido voto o Min. Eros Grau, que participou da primeira sessão de julgamento, quando ocorreram as sustentações orais, e também pelo fato de ter votado no julgamento final o Min. Joaquim Barbosa, que não estava presente na sessão inicial.

Tal argumento não procede. Como bem pontuado pelo Ministério Público nas contrarrazões, quando ocorreu a sessão de julgamento, em 10.6.2009, após o pedido de vista do e. Min. Arnaldo Versiani, o e. Min. Eros Grau já não fazia parte do quadro de ministros desta Corte, tendo sido sucedido pelo e. Min. Joaquim Barbosa.

Quanto ao fato de o Min. Joaquim Barbosa ter proferido voto sem assistir às sustentações orais, já decidi esta Corte que, “a teor da ressalva contida no § 2º do art. 134 do RISTF, não há que se falar em nulidade do acórdão quando ministro substituto se der por esclarecido quanto à matéria de fundo, mesmo que não haja assistido ao relatório nem participado dos debates” (Ac. nº 25.586/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 13.4.2007).

Ademais, não foi apresentado pelos advogados do embargante pedido de renovação da sustentação oral, quando do julgamento final do recurso, não havendo falar, portanto, em cerceamento de defesa.

No que tange à possível nulidade do processo por não ter o suplente, que tomou posse no cargo, sido chamado para integrar a lide, além de não ser possível alegar nulidade em face de direito de terceiro (art. 6º do CPC), tal alegação constitui inovação, porquanto suscitada pela primeira vez em sede de embargos.

Quanto à aventada violação ao art. 55 da Constituição Federal¹, que estabelece as hipóteses de perda do mandato de deputado ou senador, esta Corte, em

¹Constituição Federal.

Art. 55. Perderá o mandato o deputado ou senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

resposta à Consulta nº 1.398/DF, rel. Min. Cesar Rocha, *DJ* de 8.5.2007, com ressalva de meu ponto de vista, afastou da incidência da norma os casos de perda do cargo eletivo por infidelidade partidária. Nesse sentido, destaco do voto proferido pelo e. Min. Cesar Peluso:

Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, a qual não configura ato *ilícito*, mas do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica (*fattispecie concreta*) da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome foi eleito. Tal é a óbvia razão por que não incidem, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito!

O embargante suscitou no recurso ordinário violação ao art. 17, § 1º, da CF², ao argumento de que caberia ao partido político estabelecer critérios para a perda do mandato por infidelidade partidária. Alega que a questão não teria sido objeto de exame.

No entanto, a matéria foi abordada no acórdão embargado, nos seguintes termos (fl. 372):

Também sem razão o recorrente quando sustenta a improcedência do pedido, por não ter havido violação às normas internas do partido, tendo em vista a ausência de previsão expressa no estatuto da agremiação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Como bem pontuou a Corte Regional, “aqui, não se trata de pormenores aduzidos por cada agremiação como normas internas, mas de uma prerrogativa maior que deve ser observada por todos aqueles que alçaram a condição de mandatários” (fl. 251).

Ressalte-se que a ação que visa a decretação da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária nada tem a ver com a violação a normas partidárias,

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

²Constituição Federal.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

mas sim com a inobservância do preceito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal de que o mandato pertence ao partido.

Não há falar, portanto, em violação ao § 1º do art. 17 da CF, que impõe aos partidos políticos o dever de estabelecerem nos seus estatutos normas de fidelidade e disciplina partidárias.

Tal norma constitucional dispõe sobre as relações internas entre os partidos e seus filiados, o que difere da fidelidade partidária disciplinada pela Res.-TSE nº 22.610/2007. Esse é o entendimento desta Corte, conforme pontuado pelo e. Min. Cezar Peluso no voto proferido na Consulta nº 1.398:

Sobre em nada entender-se com os limites da fidelidade partidária objetivada na previsão do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, a consulta propõe a questão mesma da relação indelével entre o candidato eleito e o partido por que o foi, segundo a qual a consequência jurídica da atribuição da vaga ao partido *tem fundamento constitucional autônomo*, que não está apenas no art. 14, § 3º, inc. V, mas também, reafirmado, no alcance do art. 45 [...].

Quanto às demais violações apontadas (arts. 22, I, 48, 60, § 4º, III, 84, IV, 128, § 5º, c.c. 129, IX, e 121, da Constituição Federal), para demonstrar a inconstitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007, não foi omissivo o acórdão embargado, porquanto a questão foi tratada nos seguintes termos (fl. 370):

No que tange à inconstitucionalidade da Res.-TSE nº 22.610/2007 e à incompetência da Justiça Eleitoral para disciplinar a matéria relativa à infidelidade partidária, sem razão o recorrente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 12.11.2008, declarou improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nºs 3.999 e 4.086), ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR), assentando a constitucionalidade da resolução que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Ademais, sobre a constitucionalidade da norma editada por este Tribunal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 3.999/DF, consignou que:

É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição. O poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se subsume, por óbvio, à Constituição. Por seu turno, o texto constitucional comete ao Legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. [...]. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da *extraordinária* circunstância de o

Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a *ausência expressa* de mecanismo destinado a assegurá-lo.

No que tange ao argumento de que a regra da fidelidade partidária não poderia alcançar a atual legislatura, importante ressaltar que o marco temporal para a aplicação da tese da perda do mandato por infidelidade partidária foi firmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de segurança nºs 26.602 e 26.603, tendo em vista o entendimento desta Corte na Consulta nº 1.398, de 27.3.2007, cuja resolução foi publicada no *DJ* de 8.5.2007.

Sobre as demais matérias apontadas como omissas, relevante consignar que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações da parte, caso já tenha encontrado motivo suficiente para firmar seu convencimento. É o que ocorre no caso dos autos, porquanto a decisão embargada pautou-se no entendimento deste Tribunal e, de acordo com a orientação do STF.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos modificativos.

EXTRATO DA ATA

ED-RO nº 1.761 – MT. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro – Embargante: Walter Machado Rabello Junior (Advogados: Paulo Goyaz Alves da Silva e outros) – Embargado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração apenas para prestar esclarecimento, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e a Dra. Sandra Verônica Cureau, vice-procuradora-geral eleitoral. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Carlos Ayres Britto.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 2.367* RECIFE – PE

Relator: Ministro Arnaldo Versiani.

Recorrente: Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélllo.

*Vide decisão monocrática nos EDRO nº 2.367, de 7.4.2010, que deixa de ser publicada: homologação do pedido de desistência dos embargos de declaração opostos contra este acórdão.

Advogados: Virgínia Augusta Pimentel Rodrigues e outros.
Recorrido: Gilvan Oliveira Costa.
Advogados: Miguel Souza Gomes e outro.

Investigação judicial. Inelegibilidade. Cassação de diploma.

1. Julgada procedente a ação de investigação judicial eleitoral apenas para declarar a inelegibilidade do candidato para as eleições a se realizarem nos 3 anos subsequentes, afigura-se incabível posterior pedido de declaração de nulidade do diploma do investigado referente à própria eleição, em face do trânsito em julgado daquela decisão, cuja eficácia não é retroativa.

2. Eventual desconstituição do diploma, se não decretada na própria ação de investigação judicial, deve ser objeto das ações cabíveis, quais sejam, o recurso contra expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo.

Recurso especial recebido como ordinário e provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em receber o recurso especial como ordinário e o prover, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 2 de fevereiro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro ARNALDO VERSIANI, relator.

Publicado no *DJE* de 10.3.2010

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, Gilvan Oliveira Costa formulou pedido ao Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (fls. 2-4 – Petição nº 53/2009), informando, inicialmente, que, nas eleições de 2006, foi candidato ao cargo de deputado federal, pela Coligação Pernambuco Melhor, tendo sido eleito, à época, à quarta suplência.

Destacou que, em decorrência da Investigação Judicial Eleitoral proposta em face de Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo, então terceiro suplente, este teria sido declarado inelegível pelo Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, decisão mantida pelo Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal, ocorrendo o trânsito em julgado em 13.8.2008.

Ressaltou que, embora inelegível, Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo permanece na linha de suplência ao cargo de deputado federal, o que tem gerado sérias controvérsias e insegurança jurídica, pois poderá ser entendido que ele pode assumir a cadeira do Legislativo Federal.

Aduziu que a inelegibilidade reconhecida no âmbito de investigação com trânsito em julgado é consequência natural da declaração de nulidade do diploma.

Afirmou ser o suplente imediatamente seguinte, tendo em vista que o primeiro e segundo suplentes já assumiram seus cargos.

Ao final, requereu que, “em face de ter sido o 4º suplente no pleito eleitoral em questão, [...] seja declarado nulo o diploma conferido ao Senhor Antônio Charles Lucena da Oliveira Mello, como também que o mesmo seja imediatamente excluído da linha de suplência, declarando-se, como primeiro suplente, na ordem sucessória atual, ou terceiro suplente, conforme o resultado das mencionadas eleições o Senhor Gilvan Oliveira Costa” (fl.4).

Solicitou, ainda, em razão da suplência, seja determinada a sua diplomação, na forma acima mencionada.

O egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por unanimidade, julgou prejudicadas as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, de falta de interesse de agir e de possibilidade de decisões conflitantes em face da litispendência; por maioria, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral. No mérito, por maioria, deu provimento à pretensão de Gilvan Oliveira Costa, declarando nulo o diploma de Antônio Charles Lucena de Oliveira Mello, excluindo-o da relação de suplentes.

Eis a ementa do acórdão regional (fls. 220-221):

Petição. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido. Falta de interesse de agir. Possibilidade de decisões conflitantes. Competência da Justiça Eleitoral. Linha de suplência. Deputado federal. Declaração de inelegibilidade. Decisão transitada em julgado. Ação de investigação judicial eleitoral (AIJE). Prova. Recurso contra expedição de diploma (RCED). Abuso de poder político e econômico.

1. Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse de agir que se têm por prejudicadas face o surgimento de vaga a ser suprida pela suplência;

2. Preliminar de possibilidade de decisões conflitantes que se rejeita por não haver confusão entre o objeto da presente demanda com outro feito interposto no Supremo Tribunal Federal (STF), afastada a ocorrência de litispendência;

3. Preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral que se rejeita, por se reconhecer que à mesma é dado cumprir os seus próprios julgados;

4. Em homenagem aos princípios da eficiência e da interpretação efetiva no exercício da hermenêutica constitucional, afasta-se a preclusão por arguição de nulidade do diploma expedido em nome do requerido por inexistir a necessidade de provimento complementar à sentença de inelegibilidade, dispensada a provocação de terceiros, inclusive a necessidade de intervenção do Ministério Público na espécie, nos moldes do art. 14, § 10 da CF/1988, conforme precedentes do TSE;

5. É possível o indeferimento *ex officio* do registro de candidato inelegível, ainda que sem impugnação (art. 46 da Res.-TSE nº 22.717/2008);

6. O trânsito em julgado da decisão que decretou a inelegibilidade obriga a declaração de nulidade do diploma de suplente conferido ao candidato (art. 15 da LC nº 64/1990);

7. Foi analisado pelo julgamento que decretou a inelegibilidade do Requerido a possibilidade de exclusão da lista de suplência em face da existência de possível abuso de poder político ou econômico.

Houve a oposição de embargos de declaração (fls. 285-301), que foram parcialmente acolhidos, conforme acórdão de fls. 343-354, apenas para aclarar a parte final dispositiva do acórdão anteriormente proferido, que passou a figurar com a seguinte redação (fl. 344):

Acorda o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, à unanimidade, julgar prejudicadas as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse de agir, bem como rejeitar a preliminar de possibilidade de decisões conflitantes em face de litispendência. Por maioria, rejeitou-se a preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral, vencido o des. João Carneiro Campos. No mérito, por maioria, deu-se provimento à pretensão do requerente, o Sr. Gilvan Oliveira Costa e, em consequência, declarou-se nulo diploma de suplente expedido em favor do requerido, o Sr. Antônio Charles Lucena de Oliveira Mello, excluindo-o da relação de suplente, nos termos do voto do des. relator e das notas taquigráficas. Vencidos os des. Ademar Rigueira e João Campos.

Eis a ementa dessa decisão regional (fl. 343):

Embargos de declaração. Petição. Ação de investigação judicial eleitoral (AIJE). Petição. Processamento. Inelegibilidade. Declaração. Exercício. Cargo público. Vedação. Decisão judicial. Efeitos. Contradição. Omissão. Ausência.

1. Questões procedimentais relativas à forma de autuação ou pensamento de um documento, em nada modificam sua natureza. *In casu*, compreendem os presentes autos o processamento de mera petição noticiado o descumprimento de uma decisão judicial já transitada em julgado. Inexistência no acórdão de contradição.

2. Decorrem de lei os efeitos produzidos por sentença declaratória de inelegibilidade, dentre os quais a vedação para exercício de cargo público pelo período estabelecido na norma sancionadora. A publicação do acórdão torna pública a inelegibilidade sendo desnecessário qualquer ato integrativo para produção dos seus efeitos. Uma decisão judicial produz seus efeitos independentemente da proposição de uma nova demanda jurídica. Ausência de omissão no acórdão.

3. Decisão que se declara no sentido de demonstrar a inexistência de nova demanda nos termos do voto do relator.

Seguiu-se a interposição de recurso especial por Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo (fls. 358-401), recebido como recurso ordinário pelo presidente do Tribunal *a quo* às fls. 415-416.

Sustenta violação aos arts. 215; 216; 259; 261, § 6º; 262 e seus incisos e 275, II, ambos do Código Eleitoral, bem como aos arts. 15 e 22, *caput* e XV, da Lei Complementar nº 64/1990; art. 5º, incisos XXXVI, XXXVII e LIV, e §§ 10 e 11 do art. 14 da Constituição Federal. Ademais, aponta afronta aos arts. 463, I e II; 473 e 535, II, todos do Código de Processo Civil.

Alega que os embargos de declaração não foram devidamente analisados pela Corte de origem, uma vez que da leitura do acórdão não se pode inferir quais os fundamentos legais do voto do relator, o que torna evidente a violação aos art. 165; 458, e 535, II, do CPC, assim como ao art. 93, IX, da CF, cerceando, por conseguinte, o direito à ampla defesa amparado pelo art. 5º, LV, da CF.

Aduz que “o relator entendeu tratar-se a hipótese de mera petição formulada nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 12/2006 (já com trânsito em julgado), enquanto que a parte dispositiva do acórdão (como reproduzido acima) qualificou o pedido como procedimento distinto e autônomo, autuado como Petição nº 53/2009” (fl. 360).

Afirma que, não há respaldo na legislação processual para o processamento da referida petição, além do que a Corte de origem não se teria manifestado acerca desta questão, incorrendo, portanto, em omissão e negativa de prestação jurisdicional.

Menciona trechos de debates proferidos por desembargadores do TRE/PE, por ocasião do julgamento da referida petição, para afirmar que a pretensão desta consistiria em pedido de esclarecimento ou modificação do que foi decidido nos autos da AIJE nº 12/2006, em que foi imposta tão somente a sanção de inelegibilidade.

Sustenta que, para a desconstituição do diploma, seria necessário, à época, o ajuizamento da ação prevista em lei, especialmente porque o diploma foi expedido em 2006 e a nulidade somente foi requerida em 2009.

Defende a reforma do acórdão atacado, aduzindo, para tanto, que o relator do feito, em seu voto de mérito, teria afastado a aplicação do § 10 do art. 14 da Constituição Federal, o que confirma que, na espécie, não se trata de recurso contra expedição de diploma ou ação de impugnação de mandato eletivo, ações eventualmente aptas à desconstituição do diploma.

Afirma que, embora seu registro tenha sido devidamente deferido nas eleições de 2006, sem que ocorresse nenhuma impugnação, a Corte de origem teria adotado “por semelhança o indeferimento *ex officio* de registro de candidatura para anular o diploma do recorrente, através de procedimento que tombou como Pet nº 53/2009” (fl. 364).

Defende, portanto, que o deferimento do seu pedido de registro teria transitado em julgado, ressaltando, ainda, que na própria AIJE nº 12/2006, citada na Petição nº 53/2009, a Corte de origem teria decidido não cassar o registro de candidatura do recorrente, aplicando apenas a sanção de inelegibilidade.

A esse respeito, alega que, “do que se pode concluir, o colendo TRE/PE através de uma petição protocolada no ano de 2009, sob o número de 53, cassou registro deferido no ano de 2006 para deputado federal. Anulando, por conseguinte, o diploma de suplente conferido ao recorrente” (fl. 365), o que afrontaria o princípio da segurança jurídica e a garantia da coisa julgada.

Aduz que em seu desfavor não foi proposto, em tempo hábil, nem recurso contra expedição de diploma nem ação de impugnação de mandato eleito, entendendo a Corte de origem ser desnecessária a interposição de AIME, sob o fundamento de que o diploma poderia ser cassado *ex officio*, a qualquer tempo, como ocorreu na espécie, bem como ser desnecessário o RCED, uma vez que “só é interposto quando o candidato é ‘eleito’” (fl. 372).

Destaca o teor do voto vencido do desembargador João Campos no sentido de que “a decisão da Corte Regional estava caminhando em linha de confronto com os artigos 215 e 216 do Código Eleitoral, uma vez que não existiu pronunciamento expresso na AIJE nº 12/2006 sobre a cassação de diploma. Mormente porque o julgamento da AIJE nº 12/2006 ocorreu quando já expedido o respectivo diploma” (fl. 373).

Pondera que, em que pese o relator no Tribunal Regional Eleitoral ter alegado que seria o caso de aplicar a Lei Complementar nº 64/1990, o entendimento sedimentado pelo TSE é “de que a inelegibilidade infraconstitucional não se pode ser conhecida de ofício e deve ser arguida em momento próprio, sob pena de preclusão” (fl. 374).

Afirma ser evidente a negativa de vigência do art. 22, *caput*, inciso XV, da Lei Complementar nº 64/1990, tendo em vista que o referido dispositivo prevê a interposição de recurso contra expedição de diploma nos casos de a investigação judicial eleitoral, que não tenha determinado a cassação do registro, ter sido julgada após a expedição do diploma.

Defende que, “de acordo com a Lei Complementar nº 64/1990, tem-se que a AIJE, quando julgada procedente antes da eleição, acarreta inelegibilidade e cassação do registro. Entretanto, se tal julgamento de procedência ocorrer após a eleição do candidato, ainda que a AIJE comine pena de inelegibilidade, não mais possuirá eficácia de cassar o registro do candidato ou o seu diploma” (fl. 384).

Invoca julgados do TSE e de outros tribunais eleitorais para asseverar que “a decisão de acolhimento da investigação judicial eleitoral não possui o condão de [...] obstar a diplomação e, por conseguinte, o exercício do mandato eletivo, pois a anulação do diploma só se opera na esfera adequada, após o devido processo legal, como garantia constitucional inalienável” (fl. 385).

Gilvan Oliveira Costa, às fls. 422-429, apresentou contrarrazões, nas quais afirma que o recorrente, mesmo inelegível, assumiu o cargo no mês de março de 2009.

Alega que, nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990, a nulidade do diploma do recorrente deveria ser declarada, porquanto já existente.

Sustenta que não seria necessária “a apresentação da ação de impugnação de expedição de diploma, pois a AIJE 12/2006, é prévia à expedição do mesmo e, quando da diplomação do candidato, este já estava respondendo aos termos da AIJE e estava ciente das suas consequências, ou seja, o diploma lhe foi concedido por que, naquele instante, no momento da diplomação, o candidato preenchia os requisitos de elegibilidade, ou seja, como bem explanado pelo douto representante do MP, o diploma foi-lhe concedido sob ‘condição resolutiva’, qual seja o fracasso da AIJE, porém, não foi o que aconteceu” (fl. 425).

Defende, por conseguinte, não existir nenhuma ofensa aos arts. 216, 259 e 262 do CE, conforme alega o recorrente, aduzindo que, na verdade, o que ora se busca é o cumprimento da decisão que declarou o recorrente inelegível.

Afirma que o efeito da nulidade do diploma do recorrente seria decorrente dessa decisão que transitou em julgado nos autos da AIJE nº 12/2006, “e não de um suposto recurso contra expedição de diploma” (fl. 425).

Argumenta que, conforme estabelece a norma disposta no art. 15 da LC nº 64/1990, “é consequência natural e inevitável da decisão que condena o cidadão à inelegibilidade, que lhe seja declarado nulo o diploma, se já expedido, [...] podendo a decisão se proferida nos próprios autos” (fl. 425).

Menciona julgados do TSE nesse sentido.

Ressalta que, a teor do art. 22 da LC nº 64/1990, “o afastamento imediato se dará com a cassação do registro, inelegibilidade, do diploma ou mandato, conforme o caso” (fl. 427). Isso porque a norma jurídica, expressa no referido dispositivo, busca assegurar a legitimidade e a lisura do processo eleitoral, afastando imediatamente o candidato que praticar captação ilícita de sufrágio, decorrente da utilização de meios fraudulentos para influenciar na vontade do eleitor. A esse respeito, cita precedente deste Tribunal.

Assegura ser plenamente possível a cassação do diploma do recorrente, mesmo sem a determinação do TRE/PE em sede de AIJE, porquanto “a mencionada decisão nos autos do presente processo se adéqua perfeitamente à previsão legal vigente, também à época” (fl. 428).

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 438-443).

Por fim, anoto que, em 27.8.2009, deferi o pedido cautelar formulado pelo recorrente Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo nos autos da Ação Cautelar nº 3.309, a fim de suspender os efeitos da decisão regional até a apreciação do recurso por esta Corte Superior.

Ademais, houve a interposição de agravo regimental pelo recorrido Gilvan Oliveira Costa, o qual foi desprovido pelo Tribunal em sessão de 6.10.2009. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados em sessão de 19.11.2009.

Voto

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, inicialmente, destaco que o recorrente se insurge contra o acórdão do egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, nos autos da Petição nº 53/2009, em que essa Corte acolheu pedido formulado por Gilvan Oliveira Costa, quarto suplente de deputado federal nas eleições de 2006 do Estado de Pernambuco, declarando nulo o diploma do terceiro suplente de Deputado Federal Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo, excluindo-o da relação de suplentes (fl. 221).

Vê-se, portanto, que se trata de controvérsia atinente a diploma concedido a suplente de deputado federal.

E, a esse respeito, o Tribunal já decidiu que, “se o feito versa sobre inelegibilidade, ou envolve eventual possibilidade de cassação de diploma ou mandato atinente a eleições federais ou estaduais, a hipótese recursal contra a decisão dos Tribunais Regionais Eleitorais é sempre de recurso ordinário, seja o acórdão regional pela procedência ou improcedência do pedido, ou mesmo que se tenha acolhido preliminar com a consequente extinção do processo” (Recurso Ordinário nº 1.498, de minha relatoria, de 19.3.2009).

Desse modo, *examino o recurso especial de fls. 358-401 como ordinário.*

Para melhor compreensão da controvérsia, anoto, inicialmente, que o Ministério Público Eleitoral, em 2006, ajuizou uma investigação judicial eleitoral contra Malba Lucena de Oliveira e o ora recorrente Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo, candidatos, respectivamente, aos cargos de deputados estadual e federal, naquele pleito, em face da prática de abuso de poder (AIJE nº 12/2006).

O Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco julgou parcialmente procedente a investigação, declarando a inelegibilidade dos investigados por três anos subsequentes às eleições de 2006, e julgando prejudicado o pedido de cassação dos registros dos candidatos.

Houve recurso contra essa decisão (Recurso Ordinário nº 1.472, de minha relatoria), o qual esta Corte Superior desproveu em 4.12.2007. Foi interposto recurso extraordinário e, sucessivamente, agravo de instrumento ao Supremo Tribunal Federal. O trânsito em julgado ocorreu em 13.8.2008, conforme, inclusive, consta do Sistema de Acompanhamento Processual do Tribunal.

Em 13.2.2009, Gilvan Oliveira Costa formulou, então, um pedido na Corte de origem (Petição nº 53/2009), a fim de que fosse declarado nulo o diploma conferido ao investigado – terceiro suplente, excluindo-o assim da ordem de suplência.

Ademais, pediu fosse “declarado, como primeiro suplente, na ordem sucessória atual, ou terceiro suplente, conforme resultado das mencionadas eleições” (fl. 4).

Esse pedido, por maioria, foi acolhido pela Corte de origem, declarando-se nulo o diploma do autor e excluindo-o da ordem de suplência, ao fundamento de que, “em homenagem aos princípios da eficiência e da interpretação efetiva no exercício da hermenêutica constitucional, afasta-se a preclusão para arguição de nulidade do diploma expedido em nome do requerido por inexistir a necessidade de provimento complementar à sentença de inelegibilidade, dispensada a provocação de terceiros, inclusive a necessidade de intervenção do Ministério Público na espécie, nos moldes do art. 14, § 10 da CF/1988, conforme precedentes do TSE” (fl. 220).

O voto condutor na Corte de origem entendeu cabível a cassação do diploma, porquanto, nos termos do art. 15 da LC nº 64/1990, “o trânsito em julgado da decisão que decreta a inelegibilidade obriga a declaração de nulidade do diploma de suplente conferido ao candidato” (fl. 221).

No caso, o relator assim se pronunciou (fls. 225-228):

[...] a pretensão do requerido ao reconhecimento da preclusão para arguição da nulidade do seu diploma, fere a lógica jurídica e a função jurisdicional do Estado, ao pretender ver esvaziado de qualquer eficácia um provimento jurisdicional que reconheceu sua inelegibilidade para as eleições de 2006 e as que se verificarem nos três anos subsequentes.

[...] Assim, inexistente a necessidade de um provimento complementar à sentença de inelegibilidade para que o requerido não exerça mandato eletivo nas eleições de 2006 e nos três anos subsequentes.

Não se compreende que um resultado objetivo e de interesse geral – a inelegibilidade – só possa ser válido e eficaz a depender de complemento a ser acionado por terceiro que não compõe o Poder Judiciário.

[...]

Portanto, uma vez reconhecida a inelegibilidade, a cassação do registro ou do diploma se impõe *op legis*.

[...]

Esse é o caso dos autos, há uma sentença que declarou a inelegibilidade do requerido, a decisão transitou em julgado no ano de 2008, devendo ser declarado nulo o diploma de suplente conferido ao mesmo, nos termos do art. 15, da LC nº 64/1990.

O recorrente argumenta, em seu apelo, que a decisão na investigação judicial – transitada em julgado – apenas impôs a pena de inelegibilidade, motivo por que não seria cabível a pena de cassação se nenhuma outra ação ou recurso foi ajuizado, em tempo hábil, para desconstituir o diploma do suplente.

No caso, anoto que a investigação judicial foi julgada pela Corte de origem apenas em 5.6.2007, muito tempo após a diplomação dos eleitos nas eleições de 2006. Nesse julgamento, o TRE declarou a inelegibilidade dos investigados para os três anos subsequentes à referida eleição, assentando o prejuízo da pena de cassação de registro.

A atual jurisprudência deste Tribunal tem entendido que, após a diplomação, somente é possível na investigação judicial a imposição da pena de inelegibilidade, razão pela qual eventual desconstituição do diploma deve ser objeto das ações cabíveis, quais sejam, o recurso contra expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo.

Nesse sentido, transcrevo o voto do Ministro Ayres Britto no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.362, de 12.2.2009, *in verbis*:

[...] o todo articulado da Constituição Federal abona a conclusão de que, nos termos do inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, é possível a imposição da pena de cassação de registro e de inelegibilidade, mesmo após o dia da votação, mas antes da diplomação do candidato eleito. O que ocorre é que, após a diplomação, a imposição da pena de cassação de registro torna-se desvestida de eficácia jurídica, pois, nesse caso, não é mais o registro de candidatura que confere ao candidato a expectativa de ser empossado, mas sim o diploma.

40. Nessa marcha batida, devo averbar que estou a divergir, neste ponto, de parte da doutrina que entende que a diplomação não passa de simples ato declaratório. Não vejo como abonar essa teoria. Isso porque o ato declaratório apenas certifica uma situação já existente. A diplomação é muito mais do que isso. Não só constitui o marco temporal para duas importantes ações eleitorais (ação de impugnação de mandato eletivo e recurso contra a expedição de diploma), mas traz uma série de consequências no plano do direito material, previstas na própria Constituição Federal, e. g.: impõe que o militar com mais de 10 anos de serviço passe para a inatividade (inciso “do 9º do art. 14) e constitui o marco temporal para o início das imunidades e vedações aos parlamentares (art. 53 e inciso I do art. 54).

41. Com efeito, após a diplomação, para que se obste a posse do candidato eleito, deverá o interessado valer-se de outras ações, que possuam provimento compatível com a anulação do diploma ou cassação de mandato (recurso contra a expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo, respectivamente). Mas, antes da diplomação, a procedência do pedido da AIJE poderá, sim, acarretar a cassação de registro, impedindo a posse daquele que só se viu eleito em razão de práticas ilegítimas de abuso de poder.

Não obstante o entendimento do Ministro Ayres Britto, manifestei-me, nessa ocasião, no sentido de que – independentemente do momento em que a decisão fosse proferida no âmbito da investigação judicial – seria cabível a cassação de registro.

Destaco o seguinte trecho de meu voto:

Particularmente, entendo que a procedência da AIJE pode, sempre, resultar na cassação do registro, independentemente do momento em que ela ocorre, se antes da eleição, se antes da diplomação, ou mesmo se depois da diplomação.

Não vejo como se possa limitar a cassação do registro, em AIJE, até a eleição, ou mesmo até a diplomação. Se prescreve o inciso XIV, daquele mesmo art. 22, que, julgada procedente a representação, o Tribunal “declarará a inelegibilidade do representado, [...], além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado [...]”; pouco importa, a meu ver, o momento dessa cassação. Se cassado o registro, serão automaticamente desconstituídos os atos posteriores, quais sejam, a expedição de diploma e o exercício do mandato. Para mim, não há mandato sem diploma, como também não há diploma sem registro.

Acompanhei, no entanto, a conclusão do Ministro Ayres Britto, porque, naquele caso, a decisão da AIJE ocorrera antes da diplomação, o que tornava irrelevante discutir se seria cabível a cassação do registro após a diplomação.

Na espécie, a Corte de origem seguiu aquela orientação, impondo tão somente a pena de inelegibilidade, já que a investigação foi julgada em meados do ano seguinte à eleição, ou seja, após a diplomação.

Sendo assim, cumpria ao recorrido ou ao Ministério Público – autor da investigação judicial –, vislumbrando a possibilidade de que o Tribunal Regional Eleitoral não julgaria a AIJE antes da diplomação, ter interposto recurso contra expedição de diploma e/ou ajuizado ação de impugnação de mandato eletivo, meios aptos, então, à desconstituição do diploma do recorrente.

Não é possível, todavia, em face de mero trânsito em julgado da decisão que decretou a inelegibilidade na investigação, pretender que seja, automaticamente, declarado nulo o diploma do investigado.

A inelegibilidade em questão surtirá efeitos tão somente em relação a pleito futuro, tanto que o inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/1990 estabelece: “[...] cominando-lhes sanção de *inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou [...]*” (grifo nosso).

Em virtude dessa disposição legal, não há como emprestar efeitos retroativos a essa inelegibilidade, de modo a atingir o diploma conferido ao candidato na própria eleição a que se refere a investigação.

A meu ver, caso acolhida a tese do suplente recorrido, se estará, por via oblíqua, estendendo a condenação do recorrente na investigação, uma vez que nela foi imposta tão somente a inelegibilidade, não tendo sido ajuizado, a tempo e modo, as ações eleitorais cabíveis.

Em caso similar, este Tribunal já decidiu:

Reclamação contra acórdão regional que determinou arquivamento – sob o fundamento da perda de objeto – de ordem de cumprimento de decisão do TSE (REspe nº 16.067), decretando a inelegibilidade de candidato para as eleições a se realizarem nos três anos subsequentes ao pleito eleitoral de 1998. Alegação de violação do art. 15 da LC nº 64/1990: improcedência.

1. *A decisão que julga procedente representação por abuso de poder econômico ou político (LC nº 64/1990, art. 22, XV), em momento posterior ao pleito, não tem eficácia de coisa julgada (Precedente/TSE: Acórdão nº 19.862), seja em relação ao pleito em cujo processo haja ocorrido a prática abusiva, seja no que toca àqueles realizados do triênio.*

2. *Em ambas as hipóteses, quando proferida depois da respectiva eleição, a desconstituição do diploma expedido ou a cassação do cargo hão de ser perseguidos mediante instrumentos próprios: recurso contra diplomação (Cód. Eleit., art. 262, IV) ou ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 10).*

Reclamação julgada improcedente. Grifo nosso.

(Reclamação nº 152, rel. Min. Sepúlveda Pertence, de 27.8.2002.)

Reafirmo que a pretensão de desconstituição do diploma na AIJE é prevista pelo legislador, ao se referir à hipótese de cassação de registro (art. 22, XIV, da LC nº 64/1990), como votei no RO nº 1.362.

Por fim, ressalto que o art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990 não se aplica às sanções a que se refere o art. 22, XIV, da LC nº 64/1990, mas tão somente às hipóteses de inelegibilidade aferidas no processo de registro de candidatura.

A esse respeito, asseverei no julgamento do Processo Administrativo nº 20.159, Res.-TSE nº 22.992, relatora Ministra Eliana Calmon, de 19.12.2008:

De fato, nem o art. 15, nem qualquer outro dispositivo da legislação eleitoral, autorizam a diplomação do candidato que não está com o seu registro deferido, ou melhor, que está com o seu registro indeferido, seja por inelegibilidade, seja por falta de condição de elegibilidade. Por consequência, esse candidato não está eleito, pois os votos que lhe foram atribuídos são nulos, para todos os efeitos (art. 175, § 3º, do Código Eleitoral).

O referido artigo, a meu ver, apenas assegura a intangibilidade das duas fases – registro e diplomação – dentro delas próprias, não podendo passar-se à fase seguinte – da diplomação –, quando a fase anterior – do registro – não se aperfeiçoou, com o deferimento, ainda que provisório, do registro. E muito menos quando esse estiver indeferido, mesmo que sub judice.

Assim, quando se refere, relativamente à fase de registro, a que, transitada em julgado a decisão, será ‘negado registro ou cancelado, se já tiver sido feito’; ou, se a fase for a da diplomação, será ‘declarado nulo o diploma, se já expedido’.

Com essas considerações, *recebo o recurso especial como ordinário e dou-lhe provimento*, a fim de reformar a decisão regional e entender incabível o pedido

formulado por Gilvan Oliveira Costa (fls. 2-4), reconhecendo a validade do diploma de suplente conferido a Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Senhor Presidente, acompanho o eminente relator, porque o voto de Sua Excelência está consentâneo com a jurisprudência da Casa.

Concordo com Sua Excelência que a decisão que transitou em julgado tem eficácia apenas no que tange à inelegibilidade: tanto o recorrido quanto o Ministério Público não entraram com as ações eleitorais correspondentes para cassar efetivamente o diploma, que seria um recurso contra expedição de diploma (RCED), ou uma ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).

Voto, portanto, com o eminente relator.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, também acompanho o relator. O eminente relator não cuidou do segundo fundamento, que foi muito enfatizado exatamente porque o primeiro fora suficiente, no sentido de que a decisão se bastava num ponto, e esse ponto não maculava de nenhuma forma o mandato em curso.

Por essa razão, considero inteiramente necessária a reforma do acórdão, tal como feito pelo nobre relator.

Acompanho-o às inteiras.

EXTRATO DA ATA

RO nº 2.367 (42066-74.2009.6.00.0000) – PE. Relator: Ministro Arnaldo Versiani – Recorrente: Antônio Charles Lucena de Oliveira Mélo (Advogados: Virgínia Augusta Pimentel Rodrigues e outros) – Recorrido: Gilvan Oliveira Costa (Advogados: Miguel Souza Gomes e outro).

Usaram da palavra, pelo recorrente, o Dr. Fernando Neves da Silva e, pelo recorrido, o Dr. Nelson Buganza Júnior.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, recebeu o recurso especial como ordinário e o proveu, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.

*Notas orais da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski sem revisão.



Resoluções

RESOLUÇÃO Nº 23.182
CONSULTA Nº 1.690
BELO HORIZONTE – MG

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

Consulente: Antônio Eustáquio Andrade Ferreira, deputado federal.

**Consulta. Mudança partidária. Resolução nº 22.610/2007.
Retorno a partido. Aplicabilidade. Consulta conhecida.**

I – As mudanças partidárias ocorridas a partir de 27.3.2007, ainda que se trate de retorno à agremiação partidária pela qual o agente político tenha sido eleito, estão sujeitas às regras estabelecidas pela Res. nº 22.610/2007.

II – Consulta conhecida.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, responder à consulta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 3 de dezembro de 2009.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, relator.

Publicada no *DJE* de 10.2.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Senhor Presidente, trata-se de consulta formulada por Antônio Eustáquio Andrade Ferreira, deputado federal (fl.4), nos seguintes termos (fls. 2-3):

“[...]”

‘A quem pertence os mandatos eleitorais dos candidatos que deixaram os partidos políticos pelos quais foram eleitos na eleição de outubro de 2006 e antes do dia 27 de março de 2007? Já que os mandatos pertencem aos partidos políticos, gostaria que fosse esclarecido, se esses candidatos eleitos em outubro

de 2006 poderiam retornar aos partidos políticos pelos quais foram eleitos, sem risco de perderem seus atuais mandatos?
[...].”

A Assessoria Especial da Presidência (Asesp) prestou informação às fls. 8-14:

“[...]

No caso em exame, não obstante o preenchimento dos requisitos do artigo 23, XII, do CE, os questionamentos em apreço foram formulados de forma prolixa e em termos amplos, sem a necessária especificidade exigida por esta eg. Corte. Nesse sentido, a Res.-TSE nº 22.858, de 17 de junho de 2008, relator Ministro Félix Fischer

[...]

Nesse diapasão, cumpre firmar algumas considerações, a título de esclarecimento: 1º) a jurisprudência anterior ao marco estabelecido na Res.-TSE nº 22.610/2007 não reconhecia a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária e 2º) a questão relativa à infidelidade partidária, no que se refere aos cargos proporcionais – objeto da Consulta nº 1.398 – foi respondida por este Tribunal, tendo em vista a relação entre o representante eleito, o partido pelo qual se elegeu e o eleitor” (fl. 10).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (relator): Senhor Presidente, conheço da consulta, posto ter sido feita, em tese, por autoridade com jurisdição federal (art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral¹).

Entendo que a consulta é suficientemente clara. Acolho os esclarecimentos prestados pela Assessoria Especial da Presidência (Asesp).

A jurisprudência anterior à Res.-TSE 22.610/2007 era no sentido de que a infidelidade partidária não era apta, por si só, a gerar a perda do mandato.

Em virtude da mudança de entendimento, com escopo de resguardar situações jurídicas consolidadas em conformidade com a jurisprudência anterior, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, definiu:

“[...]

8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar

¹Art. 23 – Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII – responder, sobre matéria eleitoral, às *consultas* que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;”

que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido”.

Assim, somente aos casos de desfiliação partidária ocorridos após 27 de março de 2007 aplicam-se os efeitos da Res. nº 22.610/2007, que, em seu art. 13, estabelece:

Art. 13. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes, dentre outros: Pet nº 2.767/DF e AC nº 2.312/PA, rel. Min. Ayres Britto e REspe nº 28.628/BA, rel. Min. Félix Fischer, cuja ementa segue transcrita:

Recurso especial. Eleições 2004. Pedido de perda de cargo eletivo. Desfiliação partidária sem justa causa. Art. 13 da Res.-TSE 22.610/2007. Marco temporal. Desfiliações sucessivas. Partido político. Ilegitimidade ativa.

1. A perda do mandato dos titulares de cargos eletivos do sistema proporcional aplica-se somente aos casos de desfiliação partidária sem justa causa consumados após 27 de março de 2007 (art. 13 da Res.-TSE nº 22.610/2007).

2. Nas situações em que o parlamentar se desfilou do partido sob cuja legenda foi eleito em data anterior à estabelecida na Res.-TSE nº 22.610/2007, a agremiação não detém legitimidade para requerer a perda do cargo em decorrência de outras desfiliações consumadas após o advento da mencionada resolução. (Precedentes: REspe nº 28.607 e 28.631, rel. Min. Caputo Bastos, pendentes de publicação).

3. Na espécie, o recorrente se desfilou do PSDB, partido pelo qual se elegeu, antes da data fixada no art. 13 da Res. nº 22.610/2007. A segunda desfiliação partidária, do PFL (atual DEM) para o PMDB, embora efetuada após o marco temporal estabelecido na citada resolução, não renova para o PSDB o direito de vindicar o cargo por desfiliação sem justa causa.

4. Recurso especial não provido.

Isso posto, concluo que mudanças partidárias ocorridas a partir de 27.3.2007, independente de se tratar de mero retorno à agremiação partidária pela qual

o agente político tenha sido eleito, estão sujeitas às regras estabelecidas pela Res. nº 22.610/2007, podendo ensejar a perda do mandato por infidelidade partidária. Entendimento contrário ensejaria desrespeito à segurança jurídica.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Senhores Ministros, fui relator da Petição nº 2.767, Distrito Federal, e, pelo que estou percebendo do meu voto, há muita coincidência com os termos da consulta agora formulada.

Por isso, se Vossas Excelências não se opõem, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1.690 – MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Consultente: Antônio Eustáquio Andrade Ferreira, deputado federal.

Decisão: Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski respondendo à Consulta, antecipou o pedido de vista o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Henrique Neves e o Dr. Antonio Fernando de Souza, procurador-geral eleitoral.

VOTO -VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Senhores Ministros, com o propósito de examinar com mais detença o objeto da presente consulta, pedi vista dos autos. Vista que me possibilitou elaborar o voto que ora submeto ao lúcido pensar dos meus dignos pares.

2. O caso é este: trata-se de consulta formulada por Antônio Eustáquio Andrade Ferreira, deputado federal, nos seguintes termos:

“[...]”

A quem pertence os mandatos eleitorais dos candidatos que deixaram os partidos políticos pelos quais foram eleitos na eleição de outubro de 2006 e antes do dia 27 de março de 2007? Já que os mandatos pertencem aos partidos políticos, gostaria que fosse esclarecido, se esses candidatos eleitos em outubro de 2006 poderiam retornar aos partidos políticos pelos quais foram eleitos, sem risco de perderem seus atuais mandatos?

[...]”

3. Bem vistas as coisas, acompanho o Min. Ricardo Lewandowski, relator deste feito. Destaco trechos do voto de Sua Excelência:

“[...]”

A jurisprudência anterior à Res.-TSE 22.610/2007 era no sentido de que a infidelidade partidária não era apta, por si só, a gerar a perda do mandato.

Em virtude da mudança de entendimento, com escopo de resguardar situações jurídicas consolidadas em conformidade com a jurisprudência anterior, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, definiu:

[...]

8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/2007. 11. Mandado de Segurança conhecido e parcialmente concedido.

Assim, somente aos casos de desfiliação partidária ocorridos após 27 de março de 2007 aplicam-se os efeitos da Res. nº 22.610/2007 [...].

Isso posto, concluo que mudanças partidárias ocorridas a partir de 27.3.2007, independente de se tratar de mero retorno à agremiação partidária pela qual o agente político tenha sido eleito, estão sujeitas às regras estabelecidas pela Res. nº 22.610/2007, podendo ensejar a perda do mandato por infidelidade partidária. Entendimento contrário ensejaria desrespeito à segurança jurídica. [...]”

4. Com efeito, os mandatos eleitorais – com o advento da Constituição Federal de 1988 – pertencem aos partidos políticos (com ressalva do meu ponto de vista, pois entendo que o mandato político-eletivo é cotitularizado pelo partido e pelos eleitores). Ocorre que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, esta nossa Casa de Justiça fixou a data de 27 de março de 2007 como marco temporal, a partir do qual a Res.-TSE nº 22.610/2007 produziria efeitos. A propósito, transcrevo passagens da ementa do MS-STF nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello:

“[...]”

A natureza partidária do mandato representativo traduz emanção da norma constitucional que prevê o ‘sistema proporcional’.

– O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão

que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de ‘fundamento constitucional autónomo’, identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, *caput* (que consagra o ‘sistema proporcional’), da Constituição da República.

– O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina.

– A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.

[...]

Revisão jurisprudencial e segurança jurídica: a indicação de marco temporal definidor do momento inicial de eficácia da nova orientação pretoriana.

– Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

– Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes.

– A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.

– Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27.3.2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

[...]”.

5. De mais a mais, quanto à segunda indagação (“Já que os mandatos pertencem aos partidos políticos, gostaria que fosse esclarecido, se esses candidatos eleitos em outubro de 2006 poderiam retornar aos partidos políticos pelos quais foram eleitos, sem risco de perderem seus atuais mandatos?”), anoto que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral concluíram que o mandato (com a ressalva já feita) pertence ao partido político. Partido, diga-se, pelo qual o parlamentar foi eleito. Vale dizer: ocorrida a desfiliação após 27 de março de 2007, o partido pelo qual o parlamentar foi eleito poderá vindicar a vaga, desde que não concorde com o retorno do “trânsfuga arrependido”. Nesse sentido, a Petição nº 2.778/MA, rel. Min. Marcelo Ribeiro (DJU 21.5.2009):

“Agravos regimentais. Pedido de decretação de perda de mandato eletivo de deputado federal. Infidelidade partidária. Retorno ao partido. Interesse de agir. Suplente. Ausência. Pedido contraposto. Descabimento. Fundamentos não infirmados.

1. Não há se falar em infidelidade partidária por desfiliação sem justa causa se o deputado dito infiel foi aceito de volta na agremiação.

2. Sendo o mandato do partido, nos termos de reiterada jurisprudência, e não havendo prejuízo advindo da conduta do parlamentar, já que a vaga permanece com a agremiação, não se pode, nesse contexto, vislumbrar interesse jurídico do suplente em reivindicar a vaga que não lhe pertence.

3. O processo instituído pela Res.-TSE nº 22.610/2007 tem caráter dúplice porque, uma vez julgada improcedente a ação, pelo reconhecimento da justa causa, atestada estará a regularidade da migração partidária, sendo desnecessária e incabível a formulação de ‘pedido contraposto’.

4. Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.

5. Desprovimento.” (Grifei.)

6. Com estes fundamentos, acompanho a conclusão do relator, enfatizando, entretanto, que não há falar em infidelidade partidária quando a agremiação concorda com o retorno do parlamentar eleito pela legenda.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, não tenho dúvida a respeito de o parlamentar poder retornar ao partido. As tenho, contudo, quanto

à situação de o cidadão eleito, suponhamos, a deputado federal em 2006, antes da data fixada pelo Supremo Tribunal Federal em que não se poderia mais mudar de partido. Se houve essa mudança anterior, ele não estava sujeito à perda do mandato. Creio que, nesse caso, ninguém terá legitimidade para impugnar eventual mudança posterior.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Presidente): Se ele sai do partido e depois retorna, e o partido o recebe de volta, não há dúvida.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1.690 – MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Consultente: Antônio Eustáquio Andrade Ferreira, deputado federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu à consulta nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e a Dra. Sandra Verônica Cureau, vice-procuradora-geral eleitoral.

*Notas orais do Ministro Ayres Britto sem revisão.



RESOLUÇÃO Nº 23.192 **PRESTAÇÃO DE CONTAS Nº 32** **RIO DE JANEIRO – RJ**

Relator: Ministro Fernando Gonçalves.

Requerente: Partido Social Cristão (PSC) – Nacional, por seu presidente.

Advogado: Antônio Oliboni.

Questão de ordem. Julgamento de prestação de contas de partido político. Sessão jurisdicional (Art. 37, § 6º da Lei nº 9.096/1995, incluído pela Lei nº 12.034/2009).

Partido político. PSC. Prestação de contas. Aprovação.

Uma vez sanadas as irregularidades apontadas, impõe-se a aprovação da prestação de contas do PSC, referente ao exercício financeiro de 2008.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, aprovar a prestação de contas do PSC e, em questão de ordem assentar que, doravante,

no tocante aos processos de prestação de contas partidárias, sejam observados os procedimentos relativos aos processos de natureza jurisdicional, nos termos do voto do relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro FERNANDO GONÇALVES, relator.

Publicada no *DJE* de 10.3.2010.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Senhor Presidente, antes do julgamento da prestação de contas do Partido Social Cristão (PSC), relativamente ao exercício de 2008, submeto questão de ordem considerando a disciplina estabelecida no art. 37, § 6º da Lei nº 9.096/1995, incluído pela Lei nº 12.034/2009, que dispõe, *verbis*:

Art. 37. A falta de prestação de contas ou sua desaprovação total ou parcial implica a suspensão de novas cotas do Fundo Partidário e sujeita os responsáveis às penas da lei.

[...]

§ 6 O exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional.

A teor do referido dispositivo o julgamento das contas partidárias teria que ser realizado nas sessões jurisdicionais, demandando, assim, a necessária inclusão em pauta, precedida de publicação na imprensa oficial.

No caso, porém, considerando tratar-se de prestação de contas cujo parecer técnico é pela aprovação, não tenho dificuldade em submetê-lo, de imediato, nesta assentada administrativa, porquanto meu voto corrobora o aludido parecer, não havendo, portanto, qualquer prejuízo à agremiação.

Nesse contexto, proponho que doravante, no tocante aos processos de prestação de contas partidárias, sejam observados os procedimentos relativos aos processos de natureza jurisdicional.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Penso que podemos aprovar em sessão administrativa a resolução, mas assentando que a prestação de contas, doravante, terá caráter jurisdicional. Parece-me não haver inconveniente.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Não é obrigatória a inclusão em pauta?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Não creio que, para assentar o caráter jurisdicional da prestação de contas de órgãos partidários, a sessão deva ser jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Quando se aprovam as contas, não há problema, mas se for para desaprová-las, a parte ficará sem defesa. Assim, quando houver decisão jurisdicional, há de se incluir em pauta.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Sim, mas neste caso estamos aprovando simplesmente a modificação.

Esse processo é de prestação de contas?

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Sim. O caso é simples, estou aprovando as contas. Caso contrário, todas as prestações de contas terão de ser incluídas em pauta.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Este caso é diferente, não estamos aprovando uma resolução.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Mas o Ministro Fernando Gonçalves levantou questão de ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O ministro afirma que este caso é de aprovação, portanto não há contenda, litígio ou prejuízo. E sugere que a questão se resolva no sentido da possibilidade da aprovação.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Além disso, há ainda um detalhe: precisaríamos verificar se essa norma, que não é bem uma norma processual, altera o caráter...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): É da Lei nº 9.096/1995.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: De qualquer maneira, é de se aplicar em todas as prestações de contas? Inclusive nas anteriores à lei?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Não. A partir da lei.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Sim, a partir da lei, porque esta prestação de contas certamente é anterior a ela.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Em meu entendimento, doravante toda prestação de contas tem de ser julgada em sessão jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Assim, todas as prestações que se encontram no Tribunal são administrativas?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Sim.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Além dessa modificação, penso que foi modificada também a Lei das Eleições, para admitir a natureza jurisdicional das prestações de contas de campanha. Acredito que ela veio para isso e acabou por incluir também na Lei dos Partidos Políticos, porque são prestações de contas regulares do partido, são contas anuais.

Penso que a divergência estava naquelas contas de campanha, que, inclusive, o Supremo Tribunal Federal acolheu uma repercussão geral para verificar o cabimento de recurso especial nessas hipóteses.

A Lei das Eleições tratou da matéria para dizer exatamente do cabimento do recurso especial, ou seja, estabelecer a natureza jurisdicional e não mais administrativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Temos de fazer distinção entre as prestações que ingressaram antes da Lei nº 12.034/2009 e aquelas que foram posteriores.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Esta, por exemplo, começou antes da nova lei.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Porque as prestações de contas que forem apresentadas após a lei serão de caráter jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Embora se saiba que norma de caráter processual entra em vigor imediatamente.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Parece-me que a Lei nº 12.034/2009 possui dispositivo que manda aplicar aos processos em tramitação. Passo ao relatório.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Senhor Presidente, o Diretório Nacional do Partido Social Cristão (PSC) encaminha sua prestação de contas relativa ao exercício financeiro de 2008.

Constatadas irregularidades pela Coordenadoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias do TSE (Coepa), o partido foi intimado a saná-las. Cumpridas as

diligências, conforme última análise, aquele órgão técnico sugere a aprovação das contas (fls. 397/401).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Senhor Presidente, sanadas as irregularidades apontadas pela Coepa, aprovo a prestação de contas do PSC, referente ao exercício financeiro de 2008 e determino seja comunicada a Promotoria de Tutela das Fundações de Belo Horizonte acerca do repasse realizado pela agremiação no exercício financeiro de 2008 em favor da Fundação Instituto Pedro Aleixo, no valor de R\$717.000,00 (setecentos e dezessete mil reais), que representa 20,44% do Fundo Partidário e de R\$18.452,65 (dezoito mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos) de recursos próprios.

É o voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Se Vossas Excelências não se opõem, peço vista dos autos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: É muito oportuno seu pedido de vista porque haverá muitas consequências se de repente admitirmos novo rito com relação a algumas prestações. Podem ser invalidadas as decisões com relação àquelas que não seguiram o novo rito.

Há também a questão de saber se se trata de norma processual ou de conteúdo material; se se aplica imediatamente, ou não.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Vossa Excelência trouxe questão de ordem e votou em que sentido?

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Quanto à questão de ordem, entendo que doravante as prestações de contas têm de ser julgadas em sessão jurisdicional, mas parece que a lei possui dispositivo que diz que esse artigo se aplica inclusive aos processos em tramitação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Porque muito provavelmente há natureza processual.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Mesmo em relação às prestações de contas de campanha, não temos mais julgados aguardando decisão do Supremo

Tribunal Federal para saber se tais prestações têm natureza jurisdicional ou não; se cabe recurso ou não.

Nossas resoluções sempre previram o cabimento de recurso especial, mas a resistência ao seu cabimento em matéria administrativa também sempre foi muito grande. Essa é a questão, portanto, que está submetida ao Supremo Tribunal Federal.

A nova lei veio exatamente para dizer que não há essa natureza administrativa e que cabe recurso por se tratar de matéria jurisdicional.

EXTRATO DA ATA

PC nº 32 – RJ. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Requerente: Partido Social Cristão (PSC) – Nacional, por seu presidente (Advogado: Antônio Oliboni).

Decisão: Após o voto do Ministro Fernando Gonçalves, aprovando a prestação de contas do PSC e, em questão de ordem propondo que, doravante, no tocante aos processos de prestação de contas partidárias sejam observados os procedimentos relativos aos processos de natureza jurisdicional, antecipou o pedido de vista o Ministro Ayres Britto.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Senhores Ministros, pedi vista destes autos para verificar a possibilidade de julgamento do presente feito em sessão jurisdicional, ante as modificações trazidas pela Lei nº 12.034/2009.

O Min. Fernando Gonçalves, relator deste feito, embora haja proposto a observância dos procedimentos de caráter jurisdicional, aprovou, em assentada administrativa, a prestação de contas do partido político, em função da inexistência de qualquer prejuízo à agremiação interessada.

Pois bem, a Lei nº 12.034/2009, que incluiu os §§ 4º e 6º ao art. 37 da Lei nº 9.096/1995, passou a assim vigorar:

“[...]”

§ 4º Da decisão que desaprovar total ou parcialmente a prestação de contas dos órgãos partidários caberá recurso para os tribunais regionais eleitorais ou para o Tribunal Superior Eleitoral, conforme o caso, o qual deverá ser recebido com efeito suspensivo.

§ 6º O exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional.” (Grifei.)

Trata-se, a meu ver, de norma de caráter processual, ao prever, inclusive, o cabimento de recurso para o Tribunal *ad quem*. Norma, portanto, que deve ser aplicada imediatamente, respeitados, evidentemente, os atos praticados na vigência da lei anterior. Na lição de Ada Pellegrini Grinover¹, adotamos o sistema:

“[...] do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais.

Esse último sistema tem contado com a adesão da maioria dos autores e foi expressamente consagrado pelo art. 2º do Código do Processo Penal: ‘a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. E, conforme entendimento de geral aceitação pela doutrina brasileira, o dispositivo transcrito contém um princípio geral de direito processual intertemporal que também se aplica, como preceito de superdireito, às normas de direito processual civil.

Aliás, o Código de Processo Civil confirma a regra, estabelecendo que, ‘ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes’ (art. 1.211).”

Com estes fundamentos, acompanho o relator. É dizer: ante a inexistência de qualquer prejuízo à agremiação, voto pela aprovação da respectiva prestação de contas, mesmo em sessão administrativa. Proponho, todavia, que, doravante, os processos dessa natureza sejam julgados em sessão jurisdicional.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (relator): Senhor Presidente, então os processos referentes a prestação de contas deverão ser, a partir de agora, incluídos em pauta?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (presidente): Sim. Mas neste caso eu dei pela aprovação em sessão administrativa por não haver prejuízo para a parte. As prestações futuras terão pauta publicada para julgamento em sessão jurisdicional.

EXTRATO DA ATA

PC nº 32 – RJ. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Requerente: Partido Social Cristão (PSC) – Nacional, por seu presidente (Advogado: Antônio Oliboni).

¹GRINOVER, Ada Pellegrini et.al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 98 e 99.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, aprovou a prestação de contas do PSC e, em questão de ordem assentou que, doravante, no tocante aos processos de prestação de contas partidárias, sejam observados os procedimentos relativos aos processos de natureza jurisdicional, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Arnaldo Versiani, Henrique Neves e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.

*Notas orais dos Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e da Ministra Cármen Lúcia sem revisão.



RESOLUÇÃO Nº 23.201
CONSULTA Nº 1.738
BRASÍLIA – DF

Relator: Ministro Felix Fischer.

Consulente: Democratas (DEM) – Nacional, por membro de seu diretório nacional.

Consulta. Deputado federal. Aplicação do art. 224 do CE. Presidente da Câmara Municipal no exercício da chefia do Poder Executivo local. Interinidade.

1. Iniciada nova sessão legislativa sem decisão final quanto ao registro dos candidatos que obtiveram mais de 50% dos votos válidos, a administração do Poder Executivo Municipal ficará a cargo do presidente da Câmara eleito nos termos do seu regimento interno.

2. O posto de chefe do Executivo Municipal ocupado pelo presidente da câmara de vereadores tem natureza transitória e não se vincula a pessoa que desempenha o mandato (AgRgREspe nº 28.500/SP, de minha relatoria, DJ de 8.8.2008).

3. Nos casos em que o presidente da câmara municipal assume a chefia do Poder Executivo local como consequência da aplicação do art. 224 do Código Eleitoral, sua permanência nas funções de prefeito restringe-se ao período em que estiver no exercício da presidência.

4. Eleito novo presidente, de acordo com o regimento interno de cada Câmara Municipal, altera-se o responsável pela chefia do Executivo local, até que sobrevenha decisão definitiva ou se realizem novas eleições.

5. Consulta conhecida e respondida negativamente quanto à primeira pergunta e positivamente quanto à segunda.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, responder negativamente à primeira indagação e afirmativamente à segunda, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2009.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, vice-presidente no exercício da presidência – Ministro FELIX FISCHER, relator.

Publicada no DJE de 8.9.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, o Deputado Federal Vitor Penido, como membro do Diretório Nacional dos Democratas (DEM), formula as seguintes perguntas (fl. 3):

Na hipótese de se chegar ao dia 1º.1.2010, sem manifestação final do TSE nas hipóteses de impugnação de registro de candidatura de candidatos ao pleito majoritário que obtiveram mais de 50% dos votos válidos, permanece na administração do Poder Executivo Municipal o mesmo presidente da Câmara que assumiu o Poder em 1º.1.2009? Ou deverá ser observado o disposto nos regimentos internos de cada Câmara Municipal e, na hipótese de ser eleito novo presidente da Câmara para o exercício de 2010, este novo presidente é que deve assumir a administração do município?

Para tanto, elabora as seguintes considerações (fl. 2):

1. Atualmente, diversos municípios brasileiros estão sendo administrados pelo presidente da Câmara, a teor do que restou entendido no PA nº 20.159/PI, oriundo da Consulta nº 1657/PI, tendo em vista a impossibilidade dos candidatos que venceram o pleito majoritário de 2008 com mais de 50% dos votos válidos serem diplomados, em virtude de estarem com o registro de sua candidatura indeferido no momento da diplomação.

2. O mesmo processo administrativo deixou consignado o entendimento de que *'se persistir a nulidade de mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos dados a candidatos com registros indeferidos até a data da posse do prefeito e do vice-prefeito, caberá ao presidente da Câmara Municipal assumir e exercer o cargo de prefeito, até que sobrevenha decisão favorável no processo de registro, ou se realizem as novas eleições, após pronunciamento final do TSE'*.

3. O final do exercício de 2009 se aproxima, sem que muitas dessas situações tenham sido definidas pela Justiça Eleitoral, seja para decidir favoravelmente aos pedidos de registro, seja para decidir desfavoravelmente aos mesmos, marcando novas eleições.

4. Considerando o exposto acima bem como o MS nº 3.654/BA, rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2008, no qual restou ementado que '*A jurisprudência do TSE é no sentido de que deve ser evitada a indesejada sucessão de mandatários no comando do município, salvo por decisão judicial com esse efeito*', pergunta-se:

Informações da Assessoria Especial da Presidência (Asesp), às fls. 8-11, pelo não conhecimento da consulta.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER (relator): Senhor Presidente, o art. 23, XII, do Código Eleitoral prevê a competência desta Corte para "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político."

Sobre os requisitos de admissibilidade a Asesp assim se pronunciou (fls. 10-11):

"[...]

No caso em exame, não obstante a formulação da Consulta por parte legítima, trata-se de questionamento que não se amolda ao perceptivo do art. 23, XII do CE, vez que a adequada resposta depende da análise de cada caso concreto.

Nesse sentido, a Res. nº 23.149, de 24 de setembro de 2009, relator Ministro Felix Fischer, cuja ementa aduz, *in verbis*:

Consulta. Deputado federal. Suplente no exercício de mandato eletivo. Transferência de partido. Aplicação da Res.-TSE nº 22.610/2007. [...].

1. A possibilidade de o suplente, no exercício de mandato eletivo, ao mudar de partido, vir a sofrer sanções diversas das previstas na Res.-TSE nº 22.610/2007, às quais poderiam levar à sua inelegibilidade, *depende da análise de cada caso concreto*.

2. Consulta conhecida e respondida afirmativamente na primeira parte, e não conhecida na segunda parte.

Assim, em face das razões expendidas, opina-se pelo não conhecimento da presente Consulta.

"[...]"

Contudo, em que pese o parecer da Asesp, entendo que *o questionamento não demanda a análise de caso concreto*.

Em síntese, indaga-se tão somente quem será o responsável pela administração do Poder Executivo Municipal nos casos em que o presidente da Câmara ocupa a função de prefeito (art. 224, CE), mas *iniciada nova sessão legislativa sem decisão final quanto ao registro dos candidatos que obtiveram mais de 50% dos votos*.

O consulente aventa duas hipóteses:

1ª) permanência do atual Presidente da Câmara Municipal no exercício da chefia do Poder Executivo Municipal;

2ª) substituição pelo novo presidente eleito em 2010.

Preliminarmente, cabe ressaltar que o julgado citado pelo consulente, no qual ficou consignado que “deve ser evitada a indesejada sucessão de mandatários no comando do Município, salvo por decisão judicial com esse efeito” (MS nº 3.654/BA, rel. Min. José Delgado, DJ de 7.4.2008), não se aplica à presente consulta.

Na jurisprudência citada, a denegação do *mandamus* visou tão somente a preservação do impetrante no exercício do mandato de prefeito. Destituído do mandato, impedia-se a recondução do impetrante ao cargo de prefeito, uma vez que pendia pronunciamento definitivo sobre a sua *cassação*, embora o cargo estivesse ocupado interinamente pelo presidente da Câmara Municipal.

Já a presente consulta trata da *ocupação transitória da chefia do Executivo Municipal pelo presidente da Câmara de Vereadores em razão do disposto no art. 224, CE*. Como consignado nos autos do AgRgREspe nº 28.500/SP, de minha relatoria (DJ de 8.8.2008):

“[...] o chamamento do presidente da Câmara Municipal para a ocupação *interina* do cargo de prefeito municipal [...] decorre, exclusivamente, da previsão constitucional de substituição de seus titulares – prefeito e vice-prefeito eleitos – na hipótese de vacância (art. 80 da CR/1988). A toda evidência, tal circunstância não se confunde com o provimento *definitivo* do cargo, que somente encontra fundamento na soberania popular.

De fato, nesses casos, o vereador presidente da Câmara Municipal não preservará o cargo de chefe do Poder Executivo local, ocupado apenas em caráter transtório. O comando constitucional disposto no art. 801 determinou que o cargo da chefia do Executivo, nos casos de impedimento ou vacância, sejam ocupados pela chefia do Poder Legislativo.

¹Art. 80. Em caso de impedimento do presidente e do vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Consequentemente, o vereador permanecerá assumindo as funções de prefeito *enquanto estiver no exercício da presidência da Câmara de Vereadores*, eleito pela Mesa Diretora da Casa Legislativa. Eleito novo presidente, de acordo com o regimento interno de cada Câmara Municipal, este passará a assumir o cargo da chefia do Executivo local.

Ante o exposto, conheço da consulta respondendo que nos casos em que o presidente da Câmara Municipal assume a chefia do Poder Executivo local como consequência da aplicação do art. 224 do Código Eleitoral, permanecerá neste cargo até a eleição para novo presidente, de acordo com o regimento interno de cada Câmara Municipal, passando este a ocupar o cargo de prefeito, até que sobrevenha decisão definitiva ou se realizem novas eleições.

Consulta conhecida e respondida negativamente quanto à primeira pergunta e positivamente quanto à segunda.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1.738 – DF. Relator: Ministro Felix Fischer – Consulente: Democratas (DEM) – Nacional, por membro de seu diretório nacional.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu negativamente à primeira indagação e afirmativamente à segunda, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e a Dra. Sandra Verônica Cureau, vice-procuradora-geral eleitoral. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Ayres Britto.



RESOLUÇÃO Nº 23.210

CONSULTA Nº 1.716

BRÁSILIA – DF

Relator: Ministro Felix Fischer.

Consulente: Ministério Público Eleitoral.

Consulta. Ministério Público Eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Segredo de justiça. Art. 14, §11 e art. 93, IX da Constituição da República.

1. O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público (Cta nº 18.961/TO, rel. Min. Ellen Gracie, DJE de 27.4.2009).

2. A nova redação do art. 93, IX, da CR/1988, dada pela EC nº 45/2004, não determina que todos os processos tramitem publicamente, mas apenas que os julgamentos sejam públicos. Embora a regra seja a publicidade dos processos judiciais, é possível que exceções sejam previstas, mormente no próprio texto constitucional. Permanece em vigor o disposto no art. 14, §11, da CR/1988 que impõe o segredo de justiça ao trâmite da ação de impugnação de mandato.

3. Consulta conhecida e respondida positivamente, pela permanência da obrigatoriedade da decretação de segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, responder afirmativamente à consulta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 11 de fevereiro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO, presidente – Ministro FELIX FISCHER, relator.

Publicada no *DJE* de 11.3.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, o Ministério Público Federal formula a seguinte consulta (fl. 16):

Permanece ou não a obrigatoriedade da decretação do segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo, em face da nova redação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004?

Informações da Assessoria Especial da Presidência (Asesp), às fls. 36-65, pelo conhecimento da consulta.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER (relator): Senhor Presidente, o art. 23, XII, do Código Eleitoral prevê a competência desta Corte para “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.” Atendidos os requisitos, conheço da consulta.

De fato, a regra geral prevista no texto constitucional, especialmente após as alterações trazidas pelo art. 93, IX é de que o trâmite e julgamento dos processos

sejam acessíveis ao público. Contudo, é amplamente aceita a ideia de que, excepcionalmente, alguns casos devem ser albergados pelo segredo de justiça.

Tais exceções além de legalmente previstas, também foram expressamente consignadas no texto constitucional. Não é outro o caso da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), consignado no art. 14, § 11, da CR/1988: “A ação de impugnação de mandato *tramitará em segredo de justiça*, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”.

Interpretando mencionada norma, este c. Tribunal Superior Eleitoral expediu a Res. 21.283, de 5.11.2002, dispondo que embora o *trâmite* da AIME se dê em segredo de justiça, seu *juízo* deve ser público. Embora referida decisão tenha sido proferida antes da alteração constitucional, entendo *não haver razões que fundamentem a pretendida mudança de orientação*.

Conforme ressaltado pela Aesp, permanece obrigatória a “decretação do segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo, pois a alteração introduzida no inciso IX, art. 93, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não se propôs a imprimir orientação diversa a esse respeito” (fl. 65).

Nesse sentido, entendo que as alterações promovidas pela EC nº 45/2004 ao art. 93, IX, CR/1988 não revogaram *nem explícita nem tacitamente* a regra do art. 14, § 11, *também expressa no texto constitucional*. Como bem salientado pelo Min. Marcelo Ribeiro no Ag nº 8.980, DJE 16.6.2009:

[...] a tese segundo a qual a nova redação do art. 93, IX, dada pela EC nº 45/2004, teria esvaziado o conteúdo do art. 14, § 11, da CF, não merece prosperar, porquanto a aludida emenda não revogou, de forma expressa, a norma constitucional originária.

Além do mais, *normas gerais referentes à publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sem especificar a respeito da ação de impugnação de mandato eletivo, não revogam a norma especial, que assegura o sigilo da tramitação, e não do julgamento da referida ação*. Reproduzo, ainda, o parecer exarado pelo vice-procurador-geral eleitoral, que adoto como razão de decidir (fls. 1.536-1.538):

16. Analisando a nova redação do referido dispositivo [art. 93, IX, da CF], constata-se que *a emenda não determinou que todos os processos corresse publicamente, mas tão somente que os julgamentos o fossem*. Tampouco se determinou a revogação dos demais dispositivos constitucionais que porventura estabelecessem a necessidade de segredo de justiça em determinados feitos.

17. *Em regra, os processos judiciais correm publicamente, salvo raras exceções. Tais exceções devem estar legalmente previstas, como é o caso das ações de impugnação de mandato eletivo* (art. 14, § 11, da CF).

18. Não se pode conceber que, mediante as alterações trazidas em seu texto, a EC nº 45/2004 tenha revogado tacitamente a regra do art. 14, § 11. Nem nos casos de matérias formalmente constitucionais se pode conceber a possibilidade de revogação tácita.

19. O art. 60 da Constituição é claro ao prever o processo de emenda ao texto constitucional. É juridicamente inviável se revogar tacitamente uma norma criada pelo Poder Constituinte Originário através de interpretação sistemática de uma emenda que modifique outro dispositivo constitucional.

[...] 21. Assim, a r. decisão regional se encontra em consonância com o atual ordenamento jurídico, não merecendo reforma.

Ante o exposto, acolho o parecer da Aesp, no mérito, para responder ao questionamento nos seguintes termos:

A nova redação do art. 93, IX, da CR/1988, dada pela EC nº 45/2004, não determina que todos os processos tramitem publicamente, mas *apenas que os julgamentos sejam públicos*. Embora a regra seja a publicidade dos processos judiciais, *é possível que exceções sejam previstas, mormente no próprio texto constitucional*. Permanece em vigor o disposto no art. 14, §11, da CR/1988 que impõe o segredo de justiça ao trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

Cta nº 1.716 (38652-68.2009.6.00.0000) – DF. Relator: Ministro Felix Fischer – Consultante: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu afirmativamente à consulta, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Ayres Britto. Presentes a Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral eleitoral.



Acórdãos – STF

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 144* DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Celso de Mello.

Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outros.

Arguidos: Tribunal Superior Eleitoral.

Interessada: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outro.

Interessada: Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

Advogada: Juliana Lôbo de Almeida Santos.

Interessada: Partido Progressista (PP).

Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho.

Interessada: Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe).

Advogada: Sílvia Cristina Lins Ramos Frota.

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Possibilidade de ministros do STF, com assento no TSE, participarem do julgamento da ADPF. Inocorrência de incompatibilidade processual, ainda que o presidente do TSE haja prestado informações na causa. Reconhecimento da legitimidade ativa ad causam da associação dos magistrados brasileiros. Existência, quanto a ela, do vínculo de pertinência temática. Admissibilidade do ajuizamento de ADPF contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. Existência de controvérsia relevante na espécie, ainda que necessária sua demonstração apenas nas arguições de descumprimento de caráter incidental. Observância, ainda, no caso, do postulado da subsidiariedade. Mérito: relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecurável, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva. Registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado. Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa

*No mesmo sentido, entre outros, os acórdãos no RCED nº 702, de 18.6.2009; no RCED nº 684, de 26.5.2009; no REspe nº 33.685, de 3.11.2008, que deixam de ser publicados.

de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inócurre condenação criminal transitada em julgado. Proibidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, vita anteacta e presunção constitucional de inocência. Suspensão de direitos políticos e imprescindibilidade, para esse efeito, do trânsito em julgado da condenação criminal (CF, art. 15, III). Reação, no ponto, da Constituição Democrática de 1988 à ordem autoritária que prevaleceu sob o regime militar. Caráter autocrático da cláusula de inelegibilidade fundada na Lei Complementar nº 5/1970 (art. 1º, I, n), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais. Derrogação dessa cláusula pelo próprio regime militar (Lei Complementar nº 42/1982), que passou a exigir, para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de condenação penal por determinados delitos. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da LC nº 42/1982: Necessidade de que se achasse configurado o trânsito em julgado da condenação (RE nº 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa). Presunção constitucional de inocência: um direito fundamental que assiste a qualquer pessoa. Evolução histórica e regime jurídico do princípio do estado de inocência. O tratamento dispensado à presunção de inocência pelas declarações internacionais de direitos e liberdades fundamentais, tanto as de caráter regional quanto as de natureza global. O processo penal como domínio mais expressivo de incidência da presunção constitucional de inocência. Eficácia Irradiante da presunção de inocência. Possibilidade de extensão desse princípio ao âmbito do processo eleitoral. Hipóteses de inelegibilidade. Enumeração em âmbito constitucional (CF, art. 14, §§ 4º a 8º). Reconhecimento, no entanto, da faculdade de o Congresso Nacional, em sede legal, definir "outros casos de inelegibilidade". Necessária observância, em tal situação, da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º). Impossibilidade, contudo, de a lei complementar, mesmo com apoio no § 9º do art. 14 da Constituição, transgredir a presunção constitucional de inocência, que se qualifica como valor fundamental, verdadeiro cornerstone em que se estrutura o sistema que a nossa carta política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática. Privação da capacidade eleitoral passiva e processos, de natureza civil, por improbidade administrativa. Necessidade, também em tal hipótese, de condenação irrecorrível. Compatibilidade da Lei nº 8.429/1992 (art. 20, caput) com a Constituição Federal (art. 15, V, c.c o art. 37, § 4º). O significado político e o valor jurídico da exigência da coisa julgada. Releitura, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da Súmula-TSE nº 1, com o objetivo de inibir o afastamento indiscriminado da cláusula de inelegibilidade fundada na LC nº 64/1990 (art. 1º, I, g). Nova interpretação que reforça a exigência

ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, em decisão revestida de efeito vinculante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *em sessão Plenária*, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, *na conformidade* da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, *em acolher* a questão de ordem *suscitada* pelo Senhor Ministro Celso de Mello (relator), no sentido de julgar, desde logo, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em consequência do acolhimento desta questão de ordem, o procurador-geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, proferiu, oralmente, parecer na presente sessão. Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do relator, decisão esta dotada de efeito vinculante, segundo a Lei nº 9.882/1999. Votou o presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela arguente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae*, Partido Progressista (PP), o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. O relator comunicou ao Plenário que, em decorrência de pedido, somente nesta data formulado, admitiu a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) como *amicus curiae*.

Brasília, 6 de agosto de 2008.

Celso de Mello, relator.

Publicado no *DJ* em 26.2.2010.

Voto (EXPLICAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Senhor Presidente, há um pedido que me veio às mãos somente agora, formulado pela Associação dos Juízes Federais, requerendo a sua intervenção, nestes autos, como *amicus curiae*.

Nos termos das decisões anteriores, também admito essa entidade de classe, inclusive para efeito de sustentação oral, de tal modo que ela passará a figurar, formalmente, como interessada.

Voto
(S/ QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Senhor Presidente, em questão de ordem, proponho, ao Tribunal, desde que todos concordem, inclusive a Associação dos Magistrados Brasileiros e o senhor procurador-geral da república, que julguemos, desde logo, o mérito da controvérsia, encerrando, assim, definitivamente, o debate em torno da matéria suscitada na presente sede processual.

Observo que os órgãos de que emanou a Lei Complementar nº 64/1990, tanto quanto o e. Tribunal Superior Eleitoral, intervieram, formalmente, nestes autos, produzindo informações e discutindo não apenas aspectos pertinentes ao provimento cautelar, mas debatendo, também, o próprio fundo da controvérsia.

Relator: Min. Celso de Mello.

Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outro.

Arguido: Tribunal Superior Eleitoral.

Interessada: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outro.

Interessada: Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

Advogada: Juliana Lôbo de Almeida Santos.

Interessada: Partido Progressista (PP).

Advogado: Marcus Vinicius Furtado Coêlho.

Interessada: Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe).

Advogado: Sílvia Cristina Lins Ramos Frota.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): *Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), na qual se postula seja declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a não recepção de parte das alíneas d, e, g e h do inciso I, do art. 1º, e parte do art. 15, todos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (fls. 02 – grifei).*

Sustenta-se, ainda, na presente sede de controle normativo abstrato, que “Não pode mais a Justiça Eleitoral ficar obstada (a) quer diante do entendimento adotado pelo eg. TSE, no sentido de que não seria autoaplicável o § 9º do art. 14 da CF – diga-se e repita-se, em apertada maioria – (b) quer diante da autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF em razão de a ECR nº 4/1994 ter revogado parte das exigências contidas

nas alíneas d, e, g e h do inciso I, do art. 1º, e no art. 15, todos da LC nº 64/1990, quanto ao exercício de sua competência constitucional para promover o exame da vida progressa dos candidatos” (fls. 32 – grifei).

Eis as regras legais, que, constantes da Lei Complementar nº 64/1990, constituem objeto da presente arguição de descumprimento:

“Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, *transitada em julgado*, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

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

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, *salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença *transitada em julgado*, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

[...]

Art. 15. *Transitada em julgado* a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.” (Grifei.)

A ora arguente, embora não impugne a Súmula-TSE nº 13, questiona a interpretação nela veiculada e que decorreu de sucessivas decisões que o e. Tribunal Superior Eleitoral proferiu a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, do § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994.

O e. TSE, ao formular o enunciado constante da Súmula nº 13, proclamou a indispensabilidade de edição de lei complementar, *para efeito de conferir aplicabilidade imediata e incidência direta ao § 9º do art. 14 do texto constitucional*, que assim dispõe:

“Art. 14.

[...]

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

Em decorrência da orientação jurisprudencial prevalecente no e. Tribunal Superior Eleitoral, firmou-se entendimento, ora questionado nesta sede processual, no sentido de *não ser autoaplicável* o conteúdo normativo do § 9º do art. 14 da Constituição da República, na redação que lhe deu a ECR nº 4/1994.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, ao fundamentar a pretensão jurídica ora em exame, *assim destacou os aspectos essenciais* que dão suporte à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 16/31):

“Não parece curial, ressalvado o devido respeito, que a lei complementar de inelegibilidade tivesse necessariamente de estabelecer ‘os casos’ que poderiam implicar a inelegibilidade do candidato para o exame da ‘vida pregressa’.

Os casos objetivos que levam à inelegibilidade do candidato, sejam os previstos na Constituição Federal, sejam os previstos na Lei Complementar, não podem ser, necessariamente, os mesmos que haveriam de ser examinados em uma investigação da vida pregressa do candidato.

E não parece correto esse entendimento, d.v., porque, nas demais carreiras públicas nas quais o processo de seleção exige o exame da vida pregressa, as leis pertinentes não tratam de estabelecer ‘os casos’, mas apenas a existência da ‘investigação social’ na qual se fará o exame da vida pregressa. É o quanto basta.

Com efeito, o exame da vida pregressa não pode contemplar a existência de hipóteses certas, em razão da visão conceitual precisa da lavra do Min. Felix Fischer, porque ela ‘não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes.’ (STJ, 5ª Turma, RMS nº 22.089/MS, Min. Felix Fischer, DJ 13.8.2007)

Não se mostra exigível, pois, do legislador complementar, que ele venha a estabelecer qualquer hipótese ou caso para o fim de ser apurado em investigação social da vida pregressa de candidato político, conquanto possam ser estabelecidas algumas hipóteses, a título exemplificativo.

[...]

Não há necessidade, pois, de que a lei complementar de inelegibilidade disponha sobre hipóteses que haveriam de ser apuradas na investigação da vida pregressa, porque se trata de uma apuração ampla, impossível de ser reduzida a determinada hipótese, conquanto, reafirme-se, possa a lei vir a estabelecer algumas dessas hipóteses, de forma exemplificativa.

[...]

Ora, se para essas carreiras exige-se em respeito ao princípio da legalidade, apenas que a lei preveja a existência da investigação social destinada a apurar a vida pregressa do candidato, *a fortiori*, para o caso de candidatos a cargos eletivos, havendo previsão no próprio texto constitucional da investigação social destinada a apurar a vida pregressa destes, não se pode admitir o entendimento do eg. TSE, d.v., de que a norma do § 9º do art. 14 da CF não seria autoaplicável.

Cuida-se de norma de eficácia plena e não de eficácia contida, porque o legislador complementar haverá apenas de reproduzir no seu texto aquilo que já está contido no texto constitucional, uma vez que não parece razoável supor que seria necessário ao legislador complementar vir a definir os casos de inelegibilidade passíveis de serem apurados na investigação social destinada a apurar a vida pregressa do candidato.

[...]

Tal entendimento decorre da aplicação da própria teoria constitucional, segundo a qual, diante da força normativa da Constituição, uma regra constitucional apenas pode ser considerada não autoaplicável quando não houver nenhum meio de lhe conferir aplicabilidade. E não é o que acontece na hipótese.

Daí a conclusão imperiosa, de que, se a norma contida no § 9º do art. 14 da CF constitui norma de eficácia plena, haverá esse eg. STF de julgar procedente essa arguição de descumprimento de preceito fundamental para lhe dar essa interpretação – declarando sua autoaplicabilidade pela Justiça Eleitoral –, de forma a permitir a observância do preceito fundamental nela contido, da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

[...]

Com efeito, a autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF pode ser considerada igualmente a partir do momento em que se verifica que a exigência prevista na Lei de Inelegibilidades, pertinente ao trânsito em julgado de decisões condenatórias dos candidatos, não foi recepcionada pelo texto desse dispositivo constitucional, após a ECR nº 4/1994.

Sustenta, nesse quadro igualmente relevante, a AMB que (a) a exigência do 'trânsito em julgado' das decisões mencionadas nas alíneas *d*, *e* e *h* do inciso I, do art. 1º, (b) a ressalva quando 'a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário' mencionada na alínea *g*, do inciso I, do art. 1º, (c) bem ainda a exigência de que tenha 'transitado em julgado' a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990, conflitam diretamente com o texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994, no ponto em que estabeleceu que a Lei de Inelegibilidade teria a

finalidade também 'de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato'.

É que tais exigências, contidas na lei complementar, estão impedindo a Justiça Eleitoral de realizar o exame da vida pregressa do candidato, tal como determinado na Constituição Federal a partir da ECR nº 4/1994. Senão vejamos o seu texto, dando-se destaque para a nova redação:

'Art. 14. [...]

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

Convém reproduzir, igualmente, os dispositivos impugnados, destacando-se em negrito os trechos não recepcionados:

'Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

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

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irreversível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Pouco importa, d.v., que o eg. Tribunal Superior Eleitoral já tenha se pronunciado sobre o § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994, e concluído pela não autoaplicabilidade, como se extrai da Súmula nº 13:

‘Não é autoaplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.’

É que o entendimento do eg. TSE – no sentido de que a exigência que passa a constar do § 9º do art. 14 da CF, estaria a depender de uma alteração do texto da lei complementar de inelegibilidade, para estabelecer as hipóteses de inelegibilidade passíveis de ser apuradas no exame da vida progressa – não contemplou a possibilidade de ter ocorrido a revogação de parte da Lei Complementar de Inelegibilidade pelo novo texto constitucional proveniente da ECR nº 4/1994.

[...]

Basta ver que em um sistema judiciário como o brasileiro torna-se quase que materialmente impossível, por exemplo, obter-se uma decisão transitada em julgado em representação julgada pela Justiça Eleitoral, para que ela seja eficaz nos três anos seguintes à eleição (hipótese da alínea *d* do inciso I, do art. 1º da LC nº 64/1990). Senão vejamos:

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, ‘transitada em julgado’, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

A exigência do trânsito mostra-se impeditiva para a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade da maior parte dos candidatos que se encontram na situação ali prevista – com representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político –, já que a sanção da inelegibilidade está adstrita para as eleições na qual ele estiver concorrendo ou nas que se realizarem nos 3 anos seguintes.

[...]

O exame da vida progressa, para o fim de recusar o registro do candidato condenado em representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, somente se mostrará viável se se entender inexigível o trânsito em julgado da decisão condenatória. Fora dessa hipótese a exigência é letra morta.

Já quanto à exigência de sentença condenatória em processo criminal (hipótese da alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990), transitada em julgado, mostra-se ela complementar à sanção prevista no inciso III, do art. 15, da CF, que estabelece a sanção muito mas grave, para o período no qual estiver o condenado cumprindo a pena, da sanção da ‘cassação de direitos políticos’ (perda ou suspensão). [...]:

[...]

De acordo com essas duas regras, o condenado criminalmente, após o trânsito em julgado, terá seus direitos políticos suspensos durante o cumprimento da pena (decorrente da norma constitucional), e, após o cumprimento dessa pena, ficará inelegível por mais 3 anos (decorrente da norma legal).

Em face do vasto arsenal de recursos e da morosidade natural do processo penal brasileiro, no qual raramente se verifica a existência de decisões transitadas em julgado, especialmente dos crimes previstos na alínea e, o que se pode depreender é que se trata de regra de inelegibilidade praticamente inócua. Há, d.v., uma grande dificuldade de sua aplicação, decorrente do tempo transcorrido no processo penal e, assim, da possibilidade, concreta, da ocorrência da prescrição no próprio processo penal, de forma a inviabilizar sua aplicação.

Impõe-se, pois, afastar a exigência do trânsito em julgado, para que a Justiça Eleitoral possa considerar a sentença condenatória em processo criminal, nas hipóteses mencionadas – independentemente do seu trânsito em julgado – como fato passível se ser apurado no exame da vida pregressa do candidato.

A exigência do trânsito em julgado na hipótese da alínea h, do inciso I, do art. 1º da LC nº 64/1990 mostra-se igualmente impeditiva para a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade do candidato que se encontrar na situação ali prevista, já que a sanção da inelegibilidade está adstrita para as eleições que se realizarem nos 3 anos seguintes ao término do mandato ou do período da sua permanência no cargo. Senão vejamos:

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

[...]

Afastando-se, porém, a exigência do trânsito em julgado, poderá a Justiça Eleitoral tomar em consideração a primeira decisão proferida que tenha reconhecido que o candidato se beneficiou ou beneficiou terceiros, por meio de abuso do poder econômico ou político.

O exame da vida pregressa, para o fim de recusar o registro do candidato condenado por abuso do poder econômico ou político, somente se mostrará possível se se entender inexigível o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Outra regra que conflita com os preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo é a contida na alínea g, no ponto em que ressalva aqueles candidatos que, tendo tido suas contas rejeitadas por irregularidade insanável ou por decisão irrecorrível do órgão competente (do Poder Legislativo ou do Poder Executivo), tenham submetido tais decisões à apreciação do Poder Judiciário. Senão vejamos:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

[...]

Nesse ponto, por mais que o Tribunal Superior Eleitoral, após inúmeros debates, tenha assentado que não bastaria o ajuizamento da ação, mas sim que seria exigível do candidato a existência de decisão judicial suspendendo ou invalidando a decisão que rejeitara suas contas, está-se diante de uma norma que retira da Justiça Eleitoral a possibilidade de considerar o fato – a decisão que rejeita as contas – para negar o registro.

Daí a necessidade de se afastar essa ressalva, para que a Justiça Eleitoral possa proceder com plenitude ao exame da vida progressa do candidato, de forma a observar o cumprimento, ou não, dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo.

Por fim, mostra-se igualmente conflitante com os preceitos constitucionais apontados, a primeira parte do *caput* do art. 15 da Lei de Inelegibilidade, ao exigir o trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, para ser negado ou cancelado o seu registro. Senão vejamos:

Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, seja expedido.

Ora, para que a Justiça Eleitoral pudesse negar o registro tendo em vista a vida progressa do candidato, bastaria a verificação da existência de decisão que declarasse a sua inelegibilidade, independentemente do trânsito em julgado.

[...]

A inconstitucionalidade, no caso, decorre do fato de a exigência prevista no art. 15 estar impedindo que a Justiça Eleitoral considere o fato ali previsto, antes do trânsito em julgado, para o exame da vida progressa do candidato.

Daí a necessidade de se declarar não recepcionados pelo novo texto do § 9º do art. 14 da CF as exigências contidas nesses artigos e incisos da Lei de Inelegibilidades, de sorte a permitir que a Justiça Eleitoral possa considerar os fatos previstos nesses artigos e incisos – independentemente de trânsito em julgado, de decisão definitiva ou de submissão da decisão ao poder judiciário – no exame da vida progressa dos candidatos, visando ao deferimento ou indeferimento do registro.” (Grifei.)

Em consequência das razões que dão suporte ao seu entendimento, a Associação dos Magistrados Brasileiros deduz postulação, cujo conteúdo foi por ela assim definido (fls. 33/34):

“94. [...] *requer* a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) se digne esse eg. Supremo Tribunal Federal julgar essa ação procedente, para determinar a todos os juízos eleitorais, de qualquer instância, que observem a autoaplicabilidade da norma do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994, bem ainda a ocorrência da revogação das condições a seguir mencionadas, de forma a viabilizar exame da vida pregressa dos candidatos a cargos eletivos:

(a) a exigência do ‘trânsito em julgado’ das decisões mencionadas nas alíneas *d, e e h* do inciso I, do art. 1º,

(b) a ressalva quando ‘a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário’ mencionada na alínea *g*, do inciso I, do art. 1º,

(c) bem ainda a exigência de que tenha sido ‘transitada em julgado’ a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990,

95. *Requer* ainda a AMB – para evitar que a pretensão de impedir a ocorrência de um determinado dano (observância dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo) acabe por acarretar a ocorrência de um outro mais grave (impedir as candidaturas diante de qualquer decisão não transitada em julgado) – que essa eg. Corte, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.882/1999, fixe como condição e como modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato.” (Grifei.)

O Senhor Presidente da República, nas informações que prestou a esta Suprema Corte, suscitou duas questões preliminares pertinentes ao não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental: a primeira, referente à “*Não comprovação da existência de relevante controvérsia sobre o texto do art. 14, § 9º, da Constituição Federal*” (fls. 292), e a segunda, relativa à “*Ausência de Prova da Violação do Preceito Fundamental*” (fls. 295).

O chefe do Poder Executivo da União, de outro lado, defendeu a plena validade da Lei Complementar nº 64/1990, no que se refere aos preceitos normativos dela constantes e ora impugnados, sustentando, ainda, a correção da interpretação dada pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que a regra inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição da República não se qualifica como norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral (fls. 297/300).

A Câmara dos Deputados, por sua vez, ao prestar as informações que lhe foram solicitadas, (fls. 304/306), absteve-se de discutir a questão concernente à autoaplicabilidade, ou não, do que se contém no § 9º do art. 14 da Constituição, sob a alegação de que não lhe cabe examinar a interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral tem dado a referido preceito normativo.

O Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, de outro lado, sem se estender na análise das relevantes questões suscitadas na presente sede processual, limitou-se a dizer que a Lei Complementar nº 64/1990 “foi aprovada nesta Casa Legislativa seguindo todos os trâmites constitucionais e regimentais atinentes à espécie” (fls. 305).

O eminente Senhor Presidente do e. Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Carlos Britto, prestou substanciosas informações sobre a matéria ora em exame (fls. 308/325), reconhecendo a admissibilidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, inclusive no que se refere à observância da cláusula da subsidiariedade (fls. 311):

“É que a inexistência de outro mecanismo de controle concentrado apto à impugnação de direito pré-constitucional e de interpretação jurisprudencial, associado à proximidade do pleito eleitoral e ao exíguo prazo para análise, pela magistratura eleitoral, dos pedidos de registro de candidatos (prazo que termina em 16.8.2008), abonam a tese de ser a ADPF o único instrumento capaz de viabilizar uma pronta solução para a controvérsia *sub judice*; qual seja: pode a vida pregressa de um candidato ser aferida pela magistratura eleitoral, quando da apreciação dos pedidos de inscrição de candidatura? Ou, em palavras outras: pode um Tribunal Regional Eleitoral negar registro de candidatura a cargo políticoeletivo, sob o fundamento de estar o candidato a responder por um número tal de processos criminais que, de parilha com certos fatos públicos e notórios, caracteriza toda uma crônica de vida moralmente sinuosa, ao invés de retilínea? Todo um histórico de condutas profissionais, políticas e sociais de permanente submissão a questionamentos éticos e jurídicos? Um modo pessoal de ser e de agir aferrado à sempre condenável ideia de que ‘os fins justificam os meios’?”

Expuseram-se, nessas informações, quanto à orientação que o e. Tribunal Superior Eleitoral tem mantido no tema, as seguintes observações (fls. 312/313):

“7. Bem vistas as coisas, o que me cabe acentuar, na condição de presidente do Tribunal Superior Eleitoral (cujos precedentes são colocados em ‘xeque’) é que esta nossa Corte firmou jurisprudência (jurisprudência sumulada, diga-se de passagem – Súmula-TSE nº 13) no sentido de que a norma inscrita no § 9º do art. 14 da CF não possui autoaplicabilidade, de sorte que a vida pregressa do candidato só poderá ser considerada pela Justiça Eleitoral se e quando lei complementar vier a estabelecer nova hipótese de inelegibilidade.

8. Essa orientação, consolidada em enunciado sumular há quase 12 anos (Súmula-TSE nº 13, de 30.10.1996), tem-se mantido inalterada, muito embora entendimento contrário haja sido sustentado mais recentemente por três dos setes ministros integrantes da Corte e por numerosas cortes regionais eleitorais.

9. Ora bem, o posicionamento firmado pelo TSE assenta-se, de um lado, na ideia de que o § 9º do art. 14 da CF estabelece verdadeira 'reserva de lei complementar', de sorte que os valores ali homenageados ('probidade administrativa', 'moralidade para o exercício do mandato', 'normalidade e legitimidade das eleições') somente poderiam ser concretamente protegidos quando da intervenção normativa do legislador infraconstitucional, pelo que o dispositivo em questão seria de 'eficácia limitada'. Além disso, a posição deste Tribunal Superior Eleitoral também tem levado em consideração o princípio da não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF), a estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para melhor compreensão do posicionamento desta nossa Corte, farei juntar a estas informações cópia de dois recentes acórdãos, ilustrativos dos debates então encetados, proferidos nos julgamentos do Recurso Ordinário nº 1.069/RJ (caso Eurico Miranda) e da Consulta nº 1.261/PB:"

Assinalo, ainda, que o eminente Senhor Presidente do e. Tribunal Superior Eleitoral *ressalvou* a sua posição pessoal em torno do tema em debate, enfatizando, segundo o seu entendimento, que "a exigência de uma honrada vida pessoal pregressa" qualifica-se "como inafastável condição de elegibilidade", assim concluindo as informações que prestou (fls. 324):

"Foi, portanto, com apoio em tais razões que sustentei, em mais de uma oportunidade, que compete à Justiça Eleitoral o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo políticoeletivo, na perspectiva da vida moral pregressa do pré-candidato. Competência que por certo inspirou o legislador ordinário a embutir nas condições de registro de candidatura a cargo eletivo a juntada de 'certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral' (inciso VI do art. 11 da Lei nº 9.504/1997). Cabendo aos órgãos desse ramo do Poder Judiciário, também por certo, dizer se em face da natureza e da quantidade de eventuais processos criminais contra o requerente, aliadamente a outros desabonadores fatos públicos e notórios, fica suficientemente revelada uma 'vida pregressa' incompatível com a dignidade do cargo em disputa. Sem que isto signifique, obviamente, recusar ao Congresso Nacional a força de disciplinar a matéria, querendo, mediante lei genérica, impessoal e abstrata. Como também sem deixar de reconhecer a necessidade de se fixar, imediatamente, via resolução deste Tribunal Superior Eleitoral, critérios da maior objetividade possível quanto à avaliação daquela vida moral pregressa. Critérios que levem em conta, por hipótese, o número de processos judiciais a que responda o pretense candidato. Ou a distinção entre ações de improbidade administrativa e processos criminais. Também assim, a circunstância de já haver condenação em primeira ou em segunda instância, ainda que pendente de recurso. Enfim, a concomitância desse ou daquele passivo processual com toda uma ambiência social de notória má-fama do pré-candidato nos domínios da ética."

O eminente Senhor Presidente do Senado Federal também encaminhou, no encerramento do expediente judiciário de ontem (5.8.2008), as suas informações (fls. 512/519), nas quais, *depois de suscitar 2 (duas) questões preliminares* (“inadmissibilidade de impugnação de súmula” e “ausência de impugnação a todo o conteúdo normativo” veiculado na Lei Complementar nº 64/1990), pronunciou-se, quanto ao mérito, pela improcedência da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O eminente Senhor Procurador-Geral da República, em douto parecer pronunciado nesta sessão plenária, reconheceu a admissibilidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e a legitimação ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, manifestando-se pela procedência dos pedidos.

Registro, finalmente, que admiti (fls. 496, 498 e 558), como *amici curiae*, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) (fls. 468/470), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) (fls. 488/493), o Partido Progressista (PP) (fls. 501/509) e, nesta sessão, a Associação dos Juizes Federais (Ajufe), observando que as três entidades de classe manifestam-se pela procedência da arguição de descumprimento, enquanto a agremiação partidária pronuncia-se pelo “indeferimento do pleito propugnado na presente ADPF”.

Este é o relatório, de que se extrairá cópia a ser encaminhada a todos os eminentes Senhores Ministros deste Tribunal (Lei nº 9.882/1999, art. 7º, *caput*).

Voto

(S/ A EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL DE MINISTROS DO STF COM ASSENTO NO TSE)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): *A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), além de questionar determinadas regras inscritas na Lei Complementar nº 64/90, também impugna, na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a “interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994” (fls. 7 – grifei).*

O e. Tribunal Superior Eleitoral, ao proceder à interpretação do preceito constitucional em questão, culminou por formular o enunciado constante da Súmula-TSE nº 13, que tem o seguinte conteúdo: “Não é autoaplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994”.

Essa Alta Corte Eleitoral, por sua vez, também apreciou o tema ora proposto na presente sede processual, fazendo-o no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro (caso Eurico Miranda), do Recurso Especial

Eleitoral nº 26.437/RO, rel. Min. Marcelo Ribeiro, do Agravo Regimental no Recurso contra Expedição de Diploma nº 667/CE, rel. Min. Gerardo Grossi e, mais recentemente, na resposta à Consulta/PB nº 1.621, rel. Min. Ari Pargendler.

Registro que intervieram, no TSE, no julgamento dos recursos eleitorais mencionados, os eminentes Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto, além dos ilustres Ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, que participaram na formulação da resposta à referida consulta eleitoral.

Cabe verificar, desse modo, se os 5 (cinco) eminentes Ministros desta Suprema Corte (Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau) – que, na condição de membros integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, proferiram as decisões e a resposta à consulta eleitoral, de que resultou a interpretação ora questionada – *dispõem*, ou não, *de condições jurídico-legais* para participar do julgamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa mesma indagação também pode ser formulada em face do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, considerado o fato de que prestou informações, nesta causa, na condição de presidente do e. Tribunal Superior Eleitoral, cujas interpretações estão sendo impugnadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Tenho para mim *que inexistente*, em relação aos eminentes Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, *qualquer* situação de incompatibilidade *que os impeça*, salvo razões de foro íntimo, *de exercer* as suas funções jurisdicionais no exame da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que é prevalecente, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento jurisprudencial *quanto à inaplicabilidade*, ao processo de controle normativo abstrato, *dos institutos* do impedimento e da suspeição.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, firmou orientação no sentido de que o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, e os membros desta Corte integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, que intervieram nos processos de que resultou a deliberação impugnada ou que subscreveram resoluções no âmbito do próprio TSE não estão impedidos de participar de julgamento de processos de fiscalização abstrata nos quais seja debatida a constitucionalidade, *in abstracto*, de decisões emanadas daquela egrégia Corte Eleitoral.

Esse entendimento – de que não se registra, em tal situação, qualquer hipótese de incompatibilidade dos Ministros desta Suprema Corte que integram o Tribunal Superior Eleitoral – veio a ser reafirmado, por esta Suprema Corte, na ADI nº 2.243/DF, rel. Min. Marco Aurélio, na ADI nº 2.626/DF, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, na ADI nº 2.628/DF, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, e na ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello:

“[...] Fiscalização normativa abstrata. Processo de caráter objetivo. Inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição. Consequente possibilidade de participação de ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral.

– O presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, *não está impedido* de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, *in abstracto*, de atos ou de resoluções emanados daquela egrégia Corte judiciária. *Também não incidem* nessa situação de incompatibilidade processual, *considerado o perfil objetivo* que tipifica o controle normativo abstrato, os ministros do Supremo Tribunal Federal *que hajam participado*, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, *por este*, de atos ou resoluções *que tenham sido contestados*, quanto à sua validade jurídica, *em sede* de fiscalização concentrada de constitucionalidade, *instaurada* perante a Suprema Corte. *Precedentes do STF.*

– Os institutos do impedimento e da suspeição *restringem-se* ao plano exclusivo *dos processos subjetivos* (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), *não se estendendo nem se aplicando*, em consequência, ao processo de fiscalização *concentrada* de constitucionalidade, *que se define* como típico processo *de caráter objetivo* destinado a viabilizar o julgamento, *em tese*, não de uma situação concreta, *mas* da validade jurídico-constitucional, *a ser apreciada em abstracto*, de determinado ato normativo editado pelo poder público. [...]”

(ADI nº 2.321/DF, rel. Min. Celso de Mello.)

Não ignoro, Senhor Presidente, que é diverso, no plano do direito comparado, o tratamento normativo que outros sistemas jurídicos dispensam ao tema da incompatibilidade (impedimento/suspeição) em sede de controle normativo abstrato.

O ordenamento positivo de vários países que possuem tribunais constitucionais autoriza a aplicação do regime de impedimentos/suspeições aos juízes que compõem tais Cortes, mesmo quando se trate de processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como sucede, por exemplo, na Espanha (Lei Orgânica nº 2/1979, art. 10, *h*), na Colômbia (Decreto nº 2.067/1991, arts. 26 a 30, *c/c* o Regimento Interno da Corte Constitucional, art. 79), na Itália (Regimento Geral da Corte Constitucional, art. 14), em Portugal (Lei nº 28/1982, art. 29, nº 1), na República Federal da Alemanha (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, arts. 18 e 19), no Chile (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 19), na Turquia (Lei nº 2.949/1983, art. 46) e no Peru (Lei nº 28.301/2004, art. 5º), dentre outros.

Não é por outra razão que Gustavo Binenbojm (“A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, p. 146/147, item nº V. 1, 2001, Renovar), ao examinar o novo estatuto da jurisdição constitucional brasileira consubstanciado nas

Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, assinala a inconveniência de se proceder a uma “restrição apriorística à possibilidade de arguição do impedimento ou suspeição dos juízes do Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata [...]”, preconizando que a legislação permita a arguição de suspeição e/ou impedimento dos julgadores desta Corte no âmbito do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante razoável tal ponderação, cabe reconhecer, no entanto, que ela encerra solução *de lege ferenda*, a ser considerada, desse modo, pelo legislador, pois, como já acentuado, a jurisprudência desta Corte não admite a aplicabilidade, aos juízes do Supremo Tribunal, do regime das suspeições e/ou impedimentos, com ressalva da situação examinada na ADI nº 55/DF, rel. Min. Octavio Gallotti (RTJ nº 146/3), quando assim se definiu a questão ora em exame:

“[...] *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária [...], preliminarmente, *conhecendo da Questão de Ordem* que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro Presidente, *o Tribunal decidiu*, por unanimidade, que, *nos julgamentos* das ações diretas de inconstitucionalidade, *não está impedido o Ministro* que, *na condição* de Ministro de Estado, *haja referendado* a lei ou o ato normativo objeto da ação. *Também*, por unanimidade, *o Tribunal decidiu* que *está impedido*, nas ações diretas de inconstitucionalidade, *o ministro* que, *na condição* de procurador-geral da República, *haja recusado* representação *para ajuizar* ação direta de inconstitucionalidade.” (Grifei.)

A *diretriz jurisprudencial* ora referida – *que reconhece não se aplicar*, em regra, *ao processo* de controle normativo abstrato de constitucionalidade, *qualquer* das hipóteses legais de incompatibilidade previstas *no art. 134* (impedimento) e *no art. 135* (suspeição), *ambos* do CPC – *encontra fundamento* na circunstância de que os institutos do impedimento e da suspeição *restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos* (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), *não se estendendo nem se aplicando*, em consequência, ao processo de fiscalização abstrata, *que se define como típico processo de caráter objetivo*, destinado a viabilizar “o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese [...]” (RTJ 95/999, rel. Min. Moreira Alves – grifei).

Vale referir, neste ponto, *expressiva* passagem constante do voto que o eminente Ministro Marco Aurélio, *como relator da ADI nº 2.243/DF*, proferiu *a propósito* da questão ora em exame:

“[...] *o processo* tem peculiaridades, *entre* as quais constatamos *a ausência* de envolvimento *de interesse subjetivo*. *Esse fato*, a meu ver, *conduz à conclusão* de que *o Presidente* do Tribunal Superior Eleitoral, *que praticou* o ato impugnado e *que veio* a prestar informações, *não está impedido* de participar do julgamento.” (Grifei.)

A importância de qualificar-se o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da *harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição* (Celso Ribeiro Bastos, “Curso de Direito Constitucional”, p. 327, 11ª ed., 1989, Saraiva) –, além de refletir entendimento exposto em autorizado magistério (Clèmerson Merlin Clève, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 141/145, item nº 3.2.2, 2ª ed., 2000, RT; Nagib Slaibi Filho, “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, p. 106, 2ª ed., 1995, Forense; Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos”, p. 250, 1990, Saraiva), encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção *in abstracto* da ordem constitucional (RTJ nº 113/22, rel. Min. Néri da Silveira – RTJ nº 131/1001, rel. Min. Celso de Mello – RTJ nº 136/467, rel. Min. Celso de Mello – RTJ nº 164/506-509, rel. Min. Celso de Mello).

Isso significa – uma vez admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, “Jurisdição Constitucional”, p. 129/130, 2ª ed., 1998, Saraiva) – que, em princípio, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam e definem as hipóteses de impedimento e de suspeição, regras essas que se revelam ordinariamente inaplicáveis ao processo de ação direta de inconstitucionalidade, como tem enfatizado o Plenário do Supremo Tribunal Federal (RTJ 146/3-7, rel. Min. Octavio Gallotti – RTJ nº 147/719 e 750/752, rel. Min. Sydney Sanches).

Não custa rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, que, mesmo tratando-se de processos de índole subjetiva instaurados em matéria eleitoral, em cujo âmbito se veiculam litígios de caráter individual e concreto, ainda assim não se caracteriza hipótese de impedimento, quando se cuidar de causas, que, oriundas do Tribunal Superior Eleitoral, devam ser julgadas por esta Suprema Corte, incidindo, no tema, a norma consubstanciada no parágrafo único do art. 277 do RISTF, que assim dispõe:

“Não estão impedidos os ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral, tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição.” (Grifei.)

Essa mesma orientação acha-se consagrada no enunciado constante da Súmula-STF nº 72, que possui a seguinte formulação:

“No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.”
(Grifei.)

Sendo assim, tendo em vista as razões expostas – e considerando que sequer se discutem situações individuais nem interesses concretos no âmbito do controle normativo abstrato (RTJ nº 164/505-509, rel. Min. Celso de Mello – RTJ nº 170/801-802, rel. Min. Celso de Mello) –, torna-se juridicamente lícita a possibilidade de atuação, no julgamento da presente causa, dos eminentes Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, não obstante tenham participado, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, de julgamentos onde se firmou a orientação questionada nesta sede processual.

Reconheço, portanto, considerados os precedentes referidos, que os ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram, no Tribunal Superior Eleitoral, de julgamentos sobre a matéria em causa não incidem em qualquer situação de incompatibilidade processual.

É o meu voto.

Voto

(S/ PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Reconheço, preliminarmente, a legitimidade ativa *ad causam* da entidade de classe ora arguente, considerado o que estabelece o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999, c/c o art. 103, IX, da Constituição Federal.

Com efeito, esta Suprema Corte já reconheceu que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) dispõe de qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (RTJ nº 161/3 – RTJ nº 199/427-429).

Cabe registrar, ainda, que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) satisfaz, plenamente, a exigência jurisprudencial concernente à pertinência temática, consideradas, de um lado, as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional e, de outro, o próprio conteúdo material da postulação por ela deduzida.

É importante rememorar, neste ponto, que o requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ora arguente, ao sustentar a existência, no caso, dessa relação de pertinência temática, assim fundamentou as razões de seu entendimento (fls. 12/13):

“24. É que a AMB representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros, sendo indiscutível a legitimidade para propor a presente ação, ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os fins sociais da associação autora, na medida em que, dentre os seus objetivos institucionais, está contido o da defesa de medidas que assegurem a efetividade da jurisdição (art. 2º, inc. VI, do seu Estatuto Social).

25. No caso, é eloquente a defesa de medida que visa a assegurar a efetividade da jurisdição, tanto assim que a última decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral se deu em sede de Consulta formulada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, que ‘questionava sobre a possibilidade de se incluir na Resolução nº 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus’ (doc. 6).

[...]

27. Ademais, a jurisprudência desse eg. STF é firme no sentido de admitir a legitimidade da AMB para realizar a defesa não somente dos interesses corporativos dos seus associados, mas também para tutelar os interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário, como se observa pela seguinte ementa (STF, Pleno, ADI-MC nº 1.303, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1º.9.2000):

‘Ementa: medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. regimento interno do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina: § 2º do art. 45: redação alterada pela Resolução administrativa-TRT/SC nº 062/1995: promoção por antiguidade: juiz mais antigo; voto secreto. preliminar: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); legitimidade ativa; pertinência temática. despacho cautelar, proferido no início das férias forenses, ad referendum do plenário (art. 21, IV e V, do RISTF). 1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (ADI nº 1.127-8). [...]’

28. No caso concreto, os pontos da Lei de Inelegibilidade ora impugnados e a interpretação dada pelo TSE do § 9º do art. 14 da CF, estão impedindo a Justiça Eleitoral – e, portanto, os juízes eleitorais de qualquer instância – de exercer a competência que lhes foi atribuída no § 9º do art. 14 da CF, qual seja, o de realizar o exame da vida pregressa dos candidatos a cargos políticos, fato esse que justifica a defesa de medida que assegure a efetividade da jurisdição, com o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário.” (Grifei.)

Impõe-se destacar, neste ponto, que esse entendimento traduz orientação jurisprudencial que prevalece nesta Suprema Corte, cuja diretriz, na matéria, tem acentuado que a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em sede de controle normativo abstrato, decorre não apenas do encargo corporativo de discutir matérias pertinentes à carreira judiciária, mas, sobretudo, do dever estatutário de velar pela preservação dos altos interesses institucionais do Poder Judiciário, como já se decidiu, p. ex., na ADI nº 1.127/DF, rel. Min. Paulo Brossard.

Não foi por outra razão que o e. Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão preliminar idêntica à ora suscitada, proferiu, a propósito do tema, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento *da pertinência temática* relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), *admitindo* que sua atividade associativa nacional *busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender* o funcionamento do Poder Judiciário, *não se limitando* a matérias de interesse corporativo [...]”

(RTJ nº 174/743, rel. Min. Maurício Corrêa – grifei.)

Vê-se, daí, que a entidade de classe de âmbito nacional em questão dispõe de qualidade para fazer instaurar este processo objetivo e, em consequência, para arguir o descumprimento de preceito fundamental.

Cumpra verificar, agora, se se revela cabível, ou não, na espécie, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que prescreve o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que assim dispõe:

“*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*” (Grifei.)

O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ nº 189/395-397, v.g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor:

“– O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/1999, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF nº 3/CE, ADPF nº 12/DF e ADPF 13/SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional.

– A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/1999 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.”

(RTJ nº 184/373-374, rel. Min. Celso de Mello, Pleno.)

O exame do precedente que venho de referir (RTJ nº 184/373-374, rel. Min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do poder público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:

“[...] 6. *Cabimento* de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal,

estadual ou municipal, *inclusive anterior* à Constituição (norma *pré-constitucional*) [...]. 9. *ADPF configura* modalidade de integração *entre* os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, *porque o que se postula nessa ação* é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente [...]. 13. *Princípio da subsidiariedade* (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999): *inexistência* de outro meio eficaz de sanar a lesão, *compreendido* no contexto da ordem constitucional global, *como aquele apto* a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. *A existência* de processos ordinários e recursos extraordinários *não deve excluir, a priori, a utilização* da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *em virtude* da feição *marcadamente objetiva* dessa ação [...]"

(ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes – grifei.)

A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto preceitos normativos que antecederam a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ nº 145/339, rel. Min. Celso de Mello – RTJ nº 169/763, rel. Min. Paulo Brossard – ADI nº 129/SP, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, *v.g.*), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (ADPF MC/DF nº 130, rel. Min. Carlos Britto), admitiu a possibilidade de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra diploma normativo *pré-constitucional*.

Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É importante delimitar, neste ponto, o âmbito temático da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, que impugna – além da *"interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994"* (fls. 07 – grifei) – também a Lei Complementar nº 64/1990, especificamente no ponto em que esta exige, para efeito de reconhecimento de inelegibilidade, trânsito em julgado para determinadas decisões (art. 1º, inciso I, alíneas *d, e e h*, e art. 15), ou, então, que acolhe ressalva alegadamente descaracterizadora da situação de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea *g*, dessa mesma LC nº 64/1990 (*salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*).

A Associação dos Magistrados Brasileiros assim justificou o cabimento, na espécie, da presente arguição de descumprimento, ajuizada com o objetivo de

impugnar tanto a interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral deu, em diversos julgados (dos quais derivou a formulação da Súmula-TSE nº 13), ao § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994 (exegese no sentido da não autoaplicabilidade desse preceito constitucional, porque essencialmente dependente da edição de lei complementar), quanto a recepção, pela nova ordem normativa resultante da ECR nº 4/1994, de determinados textos constantes da Lei de Inelegibilidade, que é a Lei Complementar nº 64/1990 (fls. 4/7):

"[...] Entende a AMB que (a) a exigência do 'trânsito em julgado' das decisões mencionadas nas alíneas d, e e h do inciso I do art. 1º, (b) a ressalva quando 'a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário' mencionada na alínea g, do inciso I, do art. 1º, (c) bem ainda a exigência de que tenha 'transitada em julgado' a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990, conflitam diretamente com o texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994, no ponto em que estabeleceu que a Lei de Inelegibilidade teria a finalidade também 'de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato'.

O objeto da presente arguição de descumprimento do preceito fundamental – quanto à impugnação de lei federal antecedente à norma constitucional –, é o de declarar a invalidade das expressões destacadas anteriormente, em razão de as mesmas estarem contrariando os preceitos fundamentais contidos no § 9º do art. 14 da CF (a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato).

Ocorre que o Tribunal Superior Eleitoral, examinando o § 9º do art. 14 da CF, já com a redação dada pela ECR nº 4/1994, deu-lhe interpretação no sentido da não autoaplicabilidade, chegando a sumular tal entendimento (Súmula nº 13).

Então, a 'interpretação judicial' dada pelo Tribunal Superior Eleitoral em diversos julgados, que resultou na Súmula nº 13, também será impugnada pela presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, já que se está diante de relevante controvérsia sobre o novo texto constitucional.

Não se trata, quanto a esse ponto, de impugnar a súmula do TSE, porque nem a lei nem a jurisprudência desse eg. STF admitem procedimento com tal finalidade, pelo menos visando a impugnar súmula desse próprio STF, sob o fundamento de que ela seria apenas a expressão de entendimentos reiterados da Corte [...]:

[...]

Visando a evitar o debate quanto ao conhecimento dessa parte da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pede licença a AMB para deixar claro que está impugnando, no ponto, a interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994. [...]" (Grifei.)

Posta a questão nos termos em que deduzida pela ora arguente, também entendendo, na linha de orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (ADPF nº 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes), que a controvérsia constitucional suscitada pela AMB mostra-se passível de veiculação em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mesmo que o litígio tenha por objeto interpretação judicial alegadamente violadora de preceitos fundamentais, como os postulados da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, cuja suposta transgressão decorreria das decisões, precedentemente referidas, emanadas do e. Tribunal Superior Eleitoral.

Essa compreensão da matéria, que sustenta a viabilidade da utilização da arguição de descumprimento contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental, encontra apoio em valioso magistério doutrinário do eminente Ministro Gilmar Mendes (*"Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 3.12.1999"*, p. 72, item nº 6, 2007, Saraiva):

"Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional.

Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, a).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do poder público, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999." (Grifei.)

Cumprido analisar, agora, a preliminar de não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, suscitada pelo Senhor Presidente da República, que alegou a *"Não comprovação da existência de relevante controvérsia sobre o texto do art. 14, § 9º, da Constituição Federal"* (fls. 292).

É certo que a exigência de comprovação da existência de relevante controvérsia sobre determinada regra de direito positivo tem pertinência quando se tratar de ação declaratória de constitucionalidade, eis que tal requisito deriva não só de imposição legal (Lei nº 9.868/1999, art. 14, III) como resulta do próprio magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“Ação declaratória de constitucionalidade. Processo objetivo de controle normativo abstrato – a necessária existência de controvérsia judicial como pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade – ação conhecida.

– O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto* pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

– O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções relevantes’, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.”

(RTJ 185/3-7, rel. Min. Celso de Mello, Pleno.)

A orientação em causa – que impõe a necessidade de comprovação prévia de relevante controvérsia judicial sobre a validade constitucional de determinado ato estatal – tem o beneplácito de eminentes doutrinadores (Alexandre de Moraes, “Constituição do Brasil Interpretada”, p. 2.471-2.473, item nº 14.2, 7ª ed., 2007, Atlas; José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 57/59, item nº 17, 29ª ed., 2007, Malheiros; Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, “Controle Concentrado de Constitucionalidade”, p. 359/364, item nº 5.3.2, 2ª ed., 2005, Saraiva, v.g.), cabendo referir, no entanto, que, tratando-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o diploma legislativo que a rege somente torna exigível a demonstração desse específico pressuposto (Lei nº 9.882/1999, art. 3º, inciso V) quando se tratar de ação de arguição incidental a que se refere o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999.

Ainda que se tenha por imprescindível a necessária comprovação de controvérsia judicial relevante sobre o descumprimento de determinado preceito fundamental, como sustenta Gilmar Ferreira Mendes, notadamente em relação “àquela de perfil incidental...” (“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, p. 105, item nº 1.1, 2007, Saraiva), o fato irrecusável, no caso ora em exame, é que existe, como claramente resulta do próprio teor da petição inicial da

AMB, evidente dissenso no âmbito da Justiça Eleitoral a propósito da questão em exame (fls. 08/11):

“Para demonstrar o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mostra-se necessário comprovar que se está diante de relevante controvérsia sobre o texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994.

Com efeito, editada a Súmula nº 13 do TSE no ano de 1996 (DJs de 28, 29 e 30.10.1996), não se podia dizer, naquele momento, que haveria ‘controvérsia’ quanto ao entendimento nela sufragado, já que adotado de forma unânime pela Corte sem maiores debates.

No entanto, passados cerca de 10 anos, deu-se início em alguns tribunais regionais eleitorais ao debate sobre o acerto da interpretação da norma constitucional que o TSE afirmou em sua jurisprudência e na Súmula nº 13 que não seria auto aplicável.

No ano de 2006, especificamente na sessão de 20.9.2006, o Tribunal Superior Eleitoral, voltou a tratar do tema (caso Eurico Miranda), oportunidade em que três dos seus eminentes sete membros restaram vencidos (os em. Ministros Carlos Britto, César Rocha e José Delgado). E na sessão seguinte, do dia 21.9.2006, julgou outro caso, oportunidade em que esses três ministros ressaltaram o entendimento sobre a questão [...]:

[...]

No presente ano de 2008 mais um processo tratando da regra do § 9º do art. 14 da CF voltou a ser apreciado pelo TSE, tendo a Corte decidido por unanimidade, mas com ressalvas de alguns de seus Ministros (TSE, RCED nº 667, rel. Min. Gerardo Grossi, DJ 18.3.2008, ...):

[...]

Finalmente, em 10 de junho do corrente ano, voltou o Tribunal Superior Eleitoral a tratar da interpretação do § 9º do art. 14 da CF, oportunidade em que, por quatro votos a três, decidiu, ao responder a consulta do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, manter a orientação da Corte, no sentido de exigir o trânsito em julgado das decisões condenatórias dos candidatos (em processo criminal, eleitoral ou de ação civil pública ou de improbidade) para considerar a inelegibilidade.

[...]

A partir dessa relevante controvérsia constitucional, tem-se o cabimento da presente arguição de descumprimento do preceito fundamental em face da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, no sentido da não autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da CF, que, no entender da AMB, configura o descumprimento dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.” (Grifei.)

Vê-se, daí, que o tema ora em análise vem ensejando amplo dissenso na esfera da Justiça Eleitoral, notadamente por parte dos tribunais regionais eleitorais, cuja

orientação revela clara, frontal e direta oposição à diretriz jurisprudencial que tem prevalecido, embora por exígua maioria (4x3), no âmbito do e. Tribunal Superior Eleitoral.

A própria deliberação emanada do Colégio dos Presidentes dos tribunais regionais eleitorais, em reunião realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, revela, por seu conteúdo, o elevado teor de divergência e de controvérsia que há a respeito da matéria em causa (fls. 262/265):

“Os presidentes dos tribunais regionais eleitorais, em reunião colegiada realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, após a discussão dos assuntos constantes de pauta, deliberaram o seguinte:

1. Reafirmar a necessidade de a Justiça Eleitoral considerar a vida pregressa dos candidatos a prefeito, vice-prefeito e vereador nas próximas eleições, quando da apreciação do pedido de deferimento do registro da candidatura, para proteger e efetivar, previamente, a probidade administrativa e a moralidade pública no exercício do mandato eletivo.

2. Orientar os juízes e servidores da Justiça Eleitoral para que facilitem o acesso aos documentos que instruem os processos eleitorais, notadamente os que dizem respeito aos antecedentes dos pretendentes a candidato quando do pedido de registro; [...]” (Grifei.)

Inacolhível, ainda, a outra preliminar de não conhecimento suscitada pelo Senhor Presidente da República, que afirma inexistir *“prova da violação do preceito fundamental”* (fls. 295).

Tenho para mim que a Associação dos Magistrados Brasileiros claramente demonstrou, segunda a perspectiva que a orientou no ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a existência – conforme sustentado por ela própria – de violação, mesmo que iminente, dos preceitos fundamentais referentes à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato.

Refiro-me não só aos diversos precedentes firmados pelo e. Tribunal Superior Eleitoral após longos debates que cindiram aquela egrégia Corte Judiciária (e dos quais resultou, segundo a AMB, ofensa aos preceitos fundamentais em causa), mas também ao próprio relato extraído da página oficial que o e. TSE mantém na *“Internet”* (fls. 217/218):

“TSE decide que candidatos que são réus podem concorrer em 2008

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu nesta terça-feira (10) que os políticos que são réus em processos criminais, ação de improbidade administrativa ou ação civil pública, sem condenação definitiva, podem se candidatar nas eleições 2008.

Na sessão de hoje, três ministros (Eros Grau, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro) acompanharam o voto do ministro relator, Ari Pargendler, que avaliou que a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990) já limita os critérios para concessão de registro de candidaturas. O ministro Eros Grau, que havia pedido vista do processo na última quinta-feira (5), foi o primeiro a votar. 'O Poder Judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida progressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade', afirmou Grau.

O Ministro Caputo Bastos reforçou o posicionamento de que o TSE não poderia legislar sobre o assunto e lembrou que, na gestão do Ministro Carlos Velloso no Tribunal, foi enviado anteprojeto de lei para o Congresso Nacional que tratava do assunto. Já o Ministro Marcelo Ribeiro optou por reafirmar a posição defendida por ele no julgamento de um recurso do ex-deputado federal Eurico Miranda (PP/RJ) em 2006. Por considerar que o ex-deputado não tinha 'postura moral' para exercer cargo público, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ) negou o registro de candidatura a Eurico, que, posteriormente, foi concedido pelo TSE.

Votos contrários

Em posição contrária à do relator, ficaram os Ministros Carlos Ayres Britto, presidente do TSE, Joaquim Barbosa e Felix Fischer. Para o presidente do Tribunal, os ministros deveriam reconhecer que a Justiça Eleitoral tem o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo público na perspectiva da vida moral progressa do político.

Carlos Ayres Britto avalia que deve ser estabelecida uma condição para elegibilidade de todos os candidatos de forma que se exija mais de quem será responsável pelos bens da coletividade, para isso, defende regras objetivas para a concessão de registro. O ministro afirma que o detentor de poder tem garantias como a inviolabilidade material, imunidade processual e foro especial que o submetem a maiores exigências.

'A Constituição não exigiria do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida progressa também pautada por valores éticos', disse o presidente do TSE.

Ao concordar com Ayres Britto, Joaquim Barbosa defendeu o estabelecimento de critérios mais rígidos para a concessão de registro de candidatos. Entre a condição colocada por ele está a condenação em segunda instância para se negar o registro.

A discussão do tema foi provocada pelo processo administrativo (PA nº 19.919), originado de um ofício enviado pelo Tribunal Regional da Paraíba (TRE/PB). O Tribunal questionava sobre a possibilidade de se incluir na Res. nº 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus.

Para o TRE da Paraíba, a Justiça Eleitoral deveria criar mecanismos para impedir o registro de candidaturas espúrias. Entre os pré-requisitos sugeridos estava a

apresentação de diversos documentos que poderiam comprovar a integridade da conduta do futuro candidato.

Questionamentos

Além do questionamento feito pelo TRE da Paraíba, o TSE vai responder a outras duas consultas sobre o assunto. Na Consulta nº 1.495, a deputada federal pelo PDT do Espírito Santo, Sueli Vidigal, questiona sobre a possibilidade do TSE estabelecer normas de registro de candidaturas semelhantes às editadas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ). *O TRE do Rio entendeu* que candidatos *com vida progressa incompatível* com o exercício da função pública devem ter o registro eleitoral negado, posicionamento que foi seguido por diversos tribunais regionais.

A outra consulta sobre o assunto *foi apresentada* pelo presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB/RJ). *Ele pergunta se é possível o registro eleitoral de candidato que responda a processo criminal, ação de improbidade administrativa ou ação civil pública, sem condenação definitiva.* O parlamentar informa na consulta que é de interesse da comissão a fixação, 'em definitivo', de critérios sobre a inelegibilidade de candidatos a cargos políticos.

Confira os votos dos ministros do TSE no julgamento sobre candidaturas de políticos que são réus

Na sessão plenária da última terça-feira (10), o *Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que os políticos que são réus* em processos criminais, ação de improbidade administrativa ou ação civil pública, *sem condenação definitiva, podem se candidatar* nas eleições 2008.

A discussão do tema foi provocada pelo processo administrativo (PA nº 19.919), *originado* de um ofício enviado pelo Tribunal Regional da Paraíba (TRE/PB). *O Tribunal questionava* sobre a possibilidade de se incluir na Res. nº 22.717 do TSE, que estabelece condições para concessão de registro de candidaturas, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que deem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais em que pretensos candidatos sejam réus." (Grifei.)

A exposição de tais fatos revela que a Associação dos Magistrados Brasileiros corretamente demonstrou, segundo a perspectiva de interpretação que ela própria sustenta, haver atendido a exigência a que alude o inciso III do art. 3º da Lei nº 9.882/1999.

No que se refere à questão preliminar, suscitada pelo eminente Senhor Presidente do Senado Federal, referente à "inadmissibilidade de impugnação de súmula", entendo que não deva prosperar, eis que a Associação dos Magistrados Brasileiros não impugna, na presente causa, a Súmula-TSE nº 13, mas, sim, a interpretação nela veiculada e que decorreu de sucessivas decisões que o e. Tribunal Superior Eleitoral proferiu a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, do § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994.

Impende referir, ainda, que também não procede a preliminar, invocada pelo Senhor Presidente do Senado Federal, no sentido de que a Associação dos Magistrados Brasileiros não teria impugnado todo o conteúdo normativo veiculado na Lei Complementar nº 64/1990, que “regulamenta todo o sistema normativo destinado a tratar do instituto da inelegibilidade” (fls. 515).

Na realidade, a AMB delimitou, corretamente, o objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, inexistindo, por isso mesmo, ao contrário do que sustenta o Senhor Presidente do Senado Federal, *impugnação fragmentária* do complexo normativo em que se inclui a Lei Complementar nº 64/1990.

Sendo assim, em face das razões expostas, e por rejeitar todas as questões preliminares suscitadas nesta causa, e que ora venho de analisar, conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

VOTO (S/ MÉRITO)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Superados os aspectos preliminares que venho de mencionar, passo a analisar a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, parte ora arguente (fls. 33/34, item nº 94).

Como anteriormente referido, o âmbito temático da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental compreende, de um lado, o questionamento da “interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994” (fls. 07 – grifei) e, de outro, a impugnação à Lei Complementar nº 64/1990, especificamente no ponto em que este diploma legislativo exige, para efeito de reconhecimento de inelegibilidade, trânsito em julgado para determinadas decisões (art. 1º, inciso I, alíneas *d*, *e* e *h*, e art. 15), ou, então, que acolhe ressalva alegadamente descaracterizadora da situação de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea *g*, dessa mesma LC nº 64/1990 (“salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário”).

Eis as regras legais, que, constantes da Lei Complementar nº 64/1990, constituem objeto da presente arguição de descumprimento:

“Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, *transitada em julgado*, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

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

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, *salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário*, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença *transitada em julgado*, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

[...]

Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.” (Grifei.)

A ora arguente, embora não impugne a Súmula-TSE nº 13, questiona a interpretação nela veiculada e que decorreu de sucessivas decisões que o e. Tribunal Superior Eleitoral proferiu a propósito da aplicabilidade imediata, ou não, do § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994.

O e. TSE, ao formular o enunciado constante da Súmula nº 13, proclamou a indispensabilidade de edição de lei complementar, para efeito de conferir aplicabilidade imediata e incidência direta ao § 9º do art. 14 do texto constitucional, que assim dispõe:

“Art. 14. [...]

[...]

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

Em decorrência da orientação jurisprudencial prevalecente no e. Tribunal Superior Eleitoral, firmou-se entendimento, ora questionado nesta sede processual, no sentido de não ser autoaplicável o conteúdo normativo do § 9º do art. 14 da Constituição da República, na redação que lhe deu a ECR nº 4/1994.

Registre-se, desde logo, considerados os estritos limites temáticos delineados pela própria Associação dos Magistrados Brasileiros, em sua petição inicial, e que restringem o âmbito material da presente arguição de descumprimento (fls. 31/34), que não será objeto de discussão, nesta causa, a questão pertinente ao direito do cidadão à informação sobre os candidatos, eis que tal matéria sequer constituiu objeto de pedido formulado pela parte ora arguente.

É evidente, no entanto, Senhor Presidente, que o cidadão tem o insuprimível direito de ser informado, por meios idôneos, sobre a vida pregressa dos candidatos em geral, pois não se lhe pode subtrair o pleno conhecimento sobre fatos concernentes à *vita anteacta* daqueles que disputam qualquer mandato eletivo.

É importante reconhecer, por isso mesmo, que, no regime democrático, o cidadão tem direito à informação, notadamente sobre aqueles que concorrem, em processo eleitoral, à obtenção de mandato eletivo, nada lhe podendo ser ocultado nem excluído de seu conhecimento, pois a exigência de probidade deve representar, para o eleitor, um dado necessário ao exercício responsável e consciente do direito de sufrágio.

Na realidade, a gestão republicana do poder, a composição dos corpos legislativos e a escolha, em processo eleitoral, dos órgãos de direção política do estado expõem-se, em plenitude, ao postulado constitucional da publicidade e representam exigência incontornável imposta pela ordem democrática.

Tenho salientado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, que um dos vetores básicos que regem a gestão republicana do poder traduz-se no princípio constitucional da publicidade, que impõe transparência às atividades e aos atos de qualquer agente público ou daqueles que pretendam exercer mandato eletivo.

Nesse contexto, a informação revela-se elemento de extraordinária importância, pois significa, para o eleitor, um dado de inegável relevo que lhe permite não só o exercício consciente do direito de escolher candidatos probos, mas que lhe atribui o poder de censurar, pelo voto, candidatos eticamente desqualificados e que, não obstante seus atributos negativos, foram, assim mesmo, selecionados, mal selecionados, de maneira inteiramente inadequada e irresponsável, por suas respectivas agremiações partidárias.

Eis porque o sistema democrático e o modelo republicano consagram, como fórmula legitimadora do exercício do poder, o direito do cidadão à plena informação sobre a vida pregressa dos candidatos, especialmente se se tratar da escolha, em processo eleitoral, daqueles que irão, como membros do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, coparticipar da regência e da direção superior do Estado.

Nada, portanto, deve ser sonegado ao conhecimento dos eleitores, que devem ser adequadamente informados, por meios idôneos, sobre todos os fatos e dados relevantes concernentes aos candidatos, em ordem a propiciar, a cada cidadão, a

escolha de representantes políticos cujo passado seja fator de garantia de que o mandato eletivo será exercido com dignidade, retidão, honradez e fidelidade aos valores éticos que devem pautar o desempenho de qualquer atividade no âmbito governamental.

A plena submissão de todos os candidatos aos princípios que derivam da ética republicana e a integral exposição de seu comportamento individual, profissional e social, inclusive de sua vida pregressa, a amplo escrutínio público qualificam-se como requisitos cujo conhecimento deve ser transmitido aos cidadãos da República, para que estes disponham de elementos de informação necessários à prática responsável do poder-dever de eleger os representantes do povo.

Com esse propósito, a vida pregressa dos candidatos, particularmente naqueles pontos que possam representar fatores de comprometimento do interesse público, não deve constituir objeto de incompreensível segredo, pois, nesse domínio, e em face do sistema de direito positivo vigente no presente momento histórico, somente os eleitores dispõem de poder soberano e de legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito de voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados.

Daí porque se mostra essencial o conhecimento pleno, por todos os eleitores, de fatos revelados em consonância com as diretrizes constitucionais e concernentes à vida pregressa dos candidatos, erigindo-se, os cidadãos, à condição de únicos juízes da escolha, ou não, daqueles que disputam o acesso à titularidade de mandatos eletivos.

O respeito à exigência de publicidade situa-se, nesse contexto, como requisito inafastável e legítimo ao exercício do sufrágio popular, excluídas, portanto, quaisquer indevidas restrições ao conhecimento, pelo corpo eleitoral, de fatos, elementos e circunstâncias referentes à vida pregressa dos candidatos, que não deve ser mantida, conseqüentemente, como um domínio sigiloso e inacessível aos cidadãos, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO (*op. cit.*, p. 86), como “um modelo ideal do governo público em público”.

Daí, Senhor Presidente, a necessidade de se privilegiar, em favor de todos os eleitores, o direito à informação plena, correta, integral e idônea, para que não se comprometa a própria legitimidade do processo eleitoral.

Devo salientar, no entanto, que o tema concernente ao direito do eleitor à informação não compõe, como anteriormente já enfatizado, o objeto da presente demanda, ainda que o direito público subjetivo do cidadão de ser adequadamente informado de todos os dados pertinentes aos candidatos em

geral não se mostre incompatível com a exigência do trânsito em julgado, pois a observância do princípio da publicidade pode coexistir, harmoniosamente, com a garantia constitucional da presunção de inocência, notadamente se se considerar, no plano da teoria geral das inelegibilidades, que estas, embora não configurem pena, qualificam-se como matéria de direito estrito.

Assinalo, por isso mesmo, que a controvérsia constitucional exposta nesta sede processual, considerados os fundamentos deduzidos pela arguente, estimula reflexões e suscita, em última análise, para efeito de sua resolução e em decorrência dos pedidos que delimitam, de modo estrito, o objeto do presente litígio, as seguintes indagações:

(a) o postulado da não culpabilidade ou do estado de inocência restringe-se, unicamente, ao domínio penal ou, ao contrário, irradia os seus efeitos para além dos limites em que se delinea o processo penal de natureza condenatória?

(b) em caso de projeção extrapenal, esse postulado constitucional impede que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência da exigência de moralidade e de probidade administrativa, inelegibilidade ou obstem candidaturas para mandatos eletivos?

(c) a exigência de coisa julgada, quer a estabelecida na própria Constituição (CF, art. 15, III), quer a prevista na legislação comum (LC nº 64/1990, art. 1º, I, d, e, e h, e art. 15), faz instaurar situação de conflituosidade com os postulados da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, a que se refere o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994? e

(d) reveste-se, ou não, de auto aplicabilidade o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação que lhe deu a ECR nº 4/1994?

Vê-se, portanto, que a questão a ser inicialmente examinada nesta causa assim pode ser sintetizada: o direito fundamental à presunção de inocência restringe-se, quanto à sua incidência, apenas ao domínio processual penal ou, ao contrário, trata-se de postulado impregnado de espectro amplo, que também alcança e abrange a atividade do Poder Público em qualquer esfera de sua atuação, impondo-lhe limites inultrapassáveis?

O exame da matéria que a Associação dos Magistrados Brasileiros submete à apreciação do Supremo Tribunal Federal impõe que se rememore o quadro normativo que existiu sob a égide do anterior ordenamento constitucional.

A Carta Federal de 1969, outorgada por um triunvirato militar, que preferiu mascarar o ato de imposição sob a designação formal de Emenda Constitucional nº 1/1969, estabeleceu, no art. 151, em sua redação original, regra que assim disciplinou a matéria em causa, reproduzindo, no que concerne à defesa da probidade administrativa, a cláusula já contemplada na Carta Política de 1967 (art. 148, II):

“Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

I – o regime democrático;

II – a probidade administrativa;

III – a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e

IV – a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida progressa do candidato.” (Grifei.)

Essa regra da Carta Política de 1969, por sua vez, sofreu alteração, introduzida pela EC nº 8/1977, que deu, ao referido art. 151, a seguinte redação:

“Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida progressa do candidato:

I – o regime democrático;

II – a probidade administrativa;

III – a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e

IV – a moralidade para o exercício do mandato.” (Grifei.)

Para regulamentar esse preceito constitucional (CF/1969, art. 151), foi editada a Lei Complementar nº 5/1970, que, dentre as várias hipóteses de inelegibilidade, previu a perda da capacidade eleitoral passiva em decorrência da mera instauração de processo judicial contra qualquer potencial candidato que houvesse incidido em suposta prática de determinadas infrações penais.

Eis o teor dessa norma legal, inscrita em referido diploma legislativo:

“Art. 1º - São inelegíveis:

I – para qualquer cargo eletivo:

[...]

n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;” (grifei.)

Bastava, portanto, para gerar situação de inelegibilidade, o simples recebimento de uma denúncia, por alegado cometimento de certos ilícitos penais.

Essa cláusula legal provocou, mesmo sob a égide de um regime autoritário, amplo debate em torno de sua constitucionalidade, valendo lembrar que o

e. Tribunal Superior Eleitoral *pronunciou-se*, diversas vezes, sobre a matéria, *reconhecendo*, num momento inicial, a validade constitucional da regra legal em questão, *até que* o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, *em voto que prevaleceu* no julgamento do REspe nº 4.221/RS, *dissentiu* dessa orientação jurisprudencial, “[...] pela razão de considerar inconstitucional o art. 1º, inciso I, letra n, da Lei Complementar nº 5, *de acordo com o voto que ontem proferi* neste Tribunal” (grifei).

Cabe rememorar, neste ponto, por relevante, os fundamentos pelos quais o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, mesmo em votos vencidos, como aquele proferido no julgamento, pelo TSE, do Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, entendia, com absoluta razão, ser inconstitucional a norma inscrita no art. 1º, inciso I, alínea n, da Lei Complementar nº 5/1970:

“[...] *Por que admitir* que o simples fato *de pendência* de um processo, com denúncia oferecida e recebida, *pese* indelevelmente sobre a moralidade de alguém, *a ponto de lhe acarretar* o ônus brutal da inelegibilidade? *Não posso admitir. E não posso admitir, porque estou lidando* com princípios eternos, universais, imaneses, *que não precisam* estar inscritos em Constituição nenhuma.

Mas, por acaso, esse princípio, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, está inscrito, de modo o mais veemente e peremptório, na famosa ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que a Terceira Assembleia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, e essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu art. 11, esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito:

‘Todo homem acusado de um ato delituoso *tem o direito* de ser presumido inocente *até que* a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual *lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*.’

Este princípio é inerente ao nosso regime, pois está compreendido entre aqueles que a Constituição adota. Não precisa ele estar nela explicitado, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira [...], tanto que ela o inscreve como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades. Basta que comparemos o princípio com o regime, a vemos se há entre eles coincidência ou repulsa. É evidente que a coincidência é a única alternativa. O Brasil proclamou, num documento internacional e no regime que adotou, essa verdade universal, que, insisto, não precisa estar inscrita em lei nenhuma, porque é princípio ético e jurídico, imanente.

O fato de alguém responder a um processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que respondeu a um processo criminal, retira jamais esse episódio

da sua história pessoal. *Mas não pode ele, por si só, comprometer a moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado.*" (Grifei.)

É certo, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 86.297/SP, rel. Min. Thompson Flores, proclamou a validade constitucional da norma legal em questão.

Torna-se importante registrar, neste ponto, que se revelava tão evidente o conteúdo autoritário do preceito legal em causa, porque transgressor do princípio que consagra, nas sociedades democráticas, a presunção de inocência, que os próprios curadores do regime militar, já no governo do Presidente Figueiredo, decidiram banir semelhante regra jurídica do sistema de direito positivo nacional, fazendo-o mediante a edição da Lei Complementar nº 42/1982, cujo art. 1º assim dispunha:

"Art. 1º – As alíneas b e n do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, passam a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 1º – [...]

I – [...]

[...] n) os que tenham sido condenados (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados; [...]" (Grifei.)

Devo observar, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o RE nº 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa, e tendo presente a alteração introduzida pela Lei Complementar nº 42/1982, que condicionava o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência de sentença condenatória, expressamente proclamou que a perda da capacidade eleitoral passiva dependeria do trânsito em julgado da condenação, não bastando, para tanto, a mera prolação de uma sentença.

Extremamente esclarecedoras, e muito atuais, as razões com que o eminente e saudoso Ministro Oscar Corrêa, na condição de relator, fundamentou, em referido julgamento, o seu douto voto:

"[...] Não há como querer distinguir entre efeitos da sentença condenatória para fins comuns e para fins especiais, como seriam os da lei de inelegibilidade. Tal distinção – que não se encontra em nenhum texto e não nos cabe criar – não tem razão de ser, tanto mais excepcionada contra o réu, para agravar-lhe a situação.

Na verdade, quando a lei – qualquer que seja – se refere a condenação, há que se entender condenação definitiva, transitada em julgado, insuscetível de recurso que a possa desfazer.

Nem se alegue [...] que ‘essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV da Constituição visa a preservar’: há que preservar a moralidade, sem que, sob pretexto de defendê-la e resguardá-la, se firmem os direitos do cidadão à ampla defesa, à prestação jurisdicional, até a decisão definitiva, que o julgue, e condene, ou absolva.

Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecorrível. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.

11. *Nem vem ao caso [...] discutir aqui, como se debateu larga, proficiente e notavelmente no RE nº 86.297 (RTJ 79/671) o problema da presunção de inocência, se dele prescindindo para a conclusão a que visou. É que condenado o recorrente, pela Justiça Federal da Bahia, absolveu-o o CTRF (certidão de fs. 43), o que demonstra, irresponsavelmente, como é precipitada, data venia, a interpretação que faz da condenação – sujeita ainda a recurso – motivo suficiente para a decretação da inelegibilidade prevista na LC nº 5/1970, art. 1º, I, n: a absolvição do recorrente responde aos argumentos que, em contrário, se formulem. Sem que nos precisemos deter, em hipóteses – não insuscetíveis de ocorrerem – em que a ação penal e a própria condenação possam ser o resultado de uma urdida inelegibilidade, que, consumada, se faz irreparável.*

12. *Este [...] aspecto que não pode ser olvidado, e a que conduz a interpretação do v. acórdão recorrido. Veja-se a hipótese dos autos: julgado inelegível, em virtude de condenação, no juízo de 1º grau, teve o recorrente negado o registro de sua candidatura a deputado federal. Conseguida, agora, a absolvição, e admitindo-se o provimento deste recurso – argumento que me permito expender – à véspera do pleito, já se lhe terá causado mal irreparável: não pôde concorrer à eleição, à qual se candidatara, e nem há reparação possível, de qualquer espécie, a esse mal.*

13. *Nem se argumente que ‘se o simples recebimento da denúncia se compatibilizava com esse preceito constitucional, não é possível entender-se que a interpretação que não exija o trânsito em julgado de decisão condenatória seja atentatória a ele’ (fs. 160).*

A verdade é que a decisão singular desta egrégia Corte, que acolheu a constitucionalidade daquele preceito – com os memoráveis debates que provocou – não chegou a ser provada em outros casos. E tanto não era esta a melhor solução que a LC nº 42/1982 a excluiu, com o que, em verdade, valorizou a posição assumida pelos que a combateram.

14. *Não há de se exigir que a lei se refira a condenação transitada em julgado, o que seria levar adiante demais as exigências de explicitação.*

Na verdade, quando o art. 151 delegou à legislação complementar estabelecer os casos de inelegibilidades e os prazos nos quais cessará esta, não lhe autorizou

alterar o sistema legal brasileiro (e, pode dizer-se, universal) para considerar condenação a que, desde logo, em primeiro grau, se imponha, sem que transite em julgado. Assinalou bem o recorrente que esse entendimento 'implica, nada mais, nada menos, do que atribuir, ao juiz criminal de 1º grau, que nem eleitoral é, o poder de decretar inelegibilidades.

Pior: de fazê-lo em caráter irrevogável, quando se sabe que a sentença de que se recorre em tempo hábil é apenas um projeto de decisão judicial a que a lei, por forma expressa, ao atribuir efeito suspensivo ao recurso, negou executoriedade' (fls. 5/6 do agravo).

Considero que, com isso, em realidade, se vulnerou o § 15 do art. 153 da CF, recusando a ampla defesa a que têm direito os acusados, e, mais, desconsiderando recurso que lhe é inerente, e conferindo efeitos agravadores que não tem, tomando, como definitiva, sentença reformável, e tanto, que o foi. [...]"

(RE nº 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa – grifei.)

Com a instauração, em nosso país, de uma ordem plenamente democrática, assim consagrada pela vigente Constituição, intensificou-se o círculo de proteção em torno dos direitos fundamentais, qualquer que seja o domínio de sua incidência e atuação, compreendidos, para efeito dessa tutela constitucional e em perspectiva mais abrangente, todos os blocos normativos concernentes aos direitos individuais e coletivos, aos direitos sociais e aos direitos políticos, em ordem a conferir-lhes real eficácia, seja impondo, ao estado, deveres de abstenção (liberdades clássicas ou negativas), seja dele exigindo deveres de prestação (liberdades positivas ou concretas), seja, ainda, assegurando, ao cidadão, o acesso aos mecanismos institucionalizados de exercício do poder político na esfera governamental (liberdade-participação).

É por isso que entendo, Senhor Presidente, mesmo tratando-se do bloco pertinente aos direitos políticos – que se vinculam aos postulados da soberania popular e da democracia representativa –, que não se pode, como corretamente adverte o eminente Ministro Eros Grau, buscar interpretação que substitua, com grave comprometimento da legalidade e do procedimento legal, a racionalidade formal do direito, que se funda nas instituições e nas leis, por critérios impregnados de valorações que culminam por afetar a segurança e a certeza jurídicas, com sério risco à integridade do próprio sistema de garantias construído pela Constituição, cuja normatividade não pode ser potencializada nem tornada relativa, consoante ressalta o Ministro Eros Grau, por uma explicitação teórica de distintos blocos de direitos e preceitos.

Daí a precisa observação que esse ilustre magistrado e professor fez, em tom de grave advertência, sobre a matéria ora em exame, quando da apreciação, pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, da Consulta nº 1.621/PB, considerando, então, na formulação da resposta, o próprio teor do que se contém no § 9º do art. 14 da Constituição, na redação que lhe deu a ECR nº 4/1994:

"[...] A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida progressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da 'presunção de não culpabilidade' consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória') por uma 'presunção de culpabilidade' contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória)." (Grifei.)

Também o eminente Ministro Marco Aurélio, em julgamento de que participou como presidente do e.Tribunal Superior Eleitoral, expendeu precisas e procedentes observações a respeito da matéria ora em exame (RO nº 1.069/RJ), reafirmando, de um lado, a não autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº 4/1994, e reconhecendo, de outro, que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador, para, na ausência da lei complementar exigida por aquele preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida progressa do candidato implicar inelegibilidade:

"Indaga-se: a quem está dirigida a referência contida hoje, reconheço, em bom vernáculo, no § 9º do art. 14, ao objeto da previsão de casos de inelegibilidade – a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, tendo em vista a vida progressa do candidato? Ao Judiciário? Trata-se de uma carta em branco quanto a casos de inelegibilidade, para se ter, como foi dito por um advogado militante nesta Corte, o implemento da ira cívica? A resposta para mim é desenganadamente negativa. Não somos legisladores, não nos podemos substituir ao Congresso Nacional no que o Poder Legislativo, muito embora, promulgada a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994, em verdadeiro lembrete do que já estaria latente na previsão do § 9º, não veio a alterar a lei de 1990, a Lei Complementar nº 64.

Qual o parâmetro de referência para o caso concreto? É aquele revelado pela Lei Complementar nº 64/1990, cujo art. 1º, inciso I, preceitua que a inelegibilidade, considerados os processos criminais, está jungida aos condenados criminalmente com sentença transitada em julgado.

Posso substituir, revogando mesmo – e seria uma derrogação – o que previsto na alínea e dos citados artigos e incisos? Posso concluir que, onde está revelada a inelegibilidade em decorrência da existência de sentença transitada em julgado, é dado ler 'processo em curso'? A meu ver, não, a menos que caminhemos para o estabelecimento, no âmbito do próprio Judiciário, em um campo tão restrito como é o da inelegibilidade, de situações concretas ao sabor das circunstâncias reinantes, da quadra vivida no país, que, reconheço, realmente é de purificação.

Enquanto o Direito for ciência, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio. *Não se tem como olvidar que, no caso, exige-se bem mais para assentar-se a inelegibilidade do que o simples curso de processo criminal.*

[...]

Mas, aqui, a questão não se define pela simples razoabilidade, este é o problema. Não posso, onde a Constituição exige a previsão em lei complementar, entender que é dispensável esse instrumental. E, à mercê de uma interpretação, de uma construção constitucional, segundo a minha concepção humanística, eleger outras causas. O subjetivismo vai grassar e a insegurança jurídica será total.

[...]

[...] como conciliar a cláusula constitucional que revela suspensos os direitos políticos – só aí – quando existente sentença transitada em julgado, com o assentamento de que é causa de inelegibilidade, sem previsão legal normativa, o simples curso de processo criminal?“(Grifei.)

O eminente Ministro Cezar Peluso, por sua vez, reiterando todos esses fundamentos e dando especial ênfase ao princípio que consagra, em nosso sistema constitucional, o estado de inocência, proferiu substancioso voto, no mesmo julgamento do RO nº 1.069/RJ, no qual – após acentuar a significativa importância da presunção de inocência – assinalou, com propriedade, que se trata de garantia oponível ao arbítrio do Estado e extensível, em sua abrangência tutelar, aos direitos fundamentais, inclusive àqueles que se referem ao exercício, pelo cidadão, do seu direito de participação política:

“[...] Começo por dizer que, em matéria de interpretação, há um consenso de que *nem todo texto comporta todas as interpretações. Há interpretações absolutamente inadmissíveis*, as chamadas superinterpretações [...].

Há, portanto, em todos os textos, uma chamada resistência semântica, além da qual *intervém* o arbítrio. Isto é, *sustenta-se* alguma coisa além do que o limite léxico-sintático *permite, simplesmente porque se quer.*

Vou, Senhor Presidente, porque me parece pertinente, ao fato de que a Constituição de 1988 consagrou, entre outras, uma garantia importantíssima: a chamada garantia ou princípio da presunção da inocência.

[...]

[...] os direitos, tantos os individuais como os sociais, são todos previstos em função de cada homem, *enquanto* tem dupla dimensão, *enquanto* é uma pessoa irredutível e *enquanto* membro da comunidade. *Todos os direitos* se reportam à existência humana.

[...]

O que, portanto, significa o enunciado de que ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado da sentença condenatória? Significa uma garantia. Garantia contra o quê? Contra a aplicação de qualquer sanção, entendida como

qualquer restrição a qualquer direito do réu, até que advenha uma sentença penal condenatória que transite em julgado e, portanto, significa que nenhuma modalidade de sanção, de restrição, de consequência gravosa ao patrimônio jurídico do réu, concebido no largo sentido da esfera de seus direitos de todas as índoles, nenhuma dessas pode ser admitida a título de juízo de culpabilidade senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[...]

[...] Ora, isso significa que não é possível, a não ser que a Constituição disponha em sentido contrário, justificar nenhuma sanção, medida restritiva, medida lesiva ao patrimônio, à esfera jurídica do cidadão, em se tratando de imputação de caráter penal, enquanto não transite em julgado uma sentença que reconheça a sua culpabilidade. Ou seja, nenhuma medida pode ser justificada a título de juízo de culpabilidade precário, emitido por quem quer que seja.

Por isso mesmo é que o art. 15, inciso III, alude à sentença penal transitada em julgado.

[...]

Trata-se de um direito individual. Pertence ao indivíduo o direito de recorrer, desde que obedeça aos requisitos previstos na legislação e no ordenamento jurídico em geral.

Ora, não há dúvida alguma de que a inelegibilidade do art. 14 exige tipicidade quando se remete à necessidade da lei. É preciso que a lei estabeleça o fato típico do qual se origina a inelegibilidade. Portanto, não se trata de juízo subjetivo de nenhum julgador que se reconheça corregedor dos costumes e interprete as imputações segundo os seus padrões de julgamento pessoal. É preciso que a lei, a norma jurídica, determine que tal fato, com tais e tais características, impeça o cidadão de concorrer – a lei, a Constituição, o ordenamento jurídico.

É preciso, portanto, a tipicidade, que é o que domina a matéria penal, que, de certo modo, é análoga à legislação de caráter eleitoral.

[...]

Portanto, é necessário este juízo legislativo, ou este juízo normativo, que [...] se reduz à simplicidade de que a lei não previa a hipótese; ao contrário, ela, textualmente, como limite de resistência semântica, exigiu o trânsito em julgado de sentença condenatória. E qual o reverso disso? O reverso disso é que, da circunstância absolutamente irrelevante, para quem não se julga Deus, capaz de avaliar o que o cidadão fez de fato, a simples pendência de um processo penal não pode justificar um juízo de culpabilidade de caráter pessoal, subjetivo, que justifique, segundo a ótica de quem o emite, um caso de inelegibilidade que a Constituição não admite.

[...]

[...] Ora, isso significa permitir que qualquer juiz, de qualquer modo, por variadas explicações, da sua cultura, do seu modo de ser, do seu maior rigor, maior severidade, avalie algo absolutamente precário, porque pode resultar em nada ao cabo do processo, e isto basta para afirmar a improbidade, a falta de requisitos de moralidade e costumes, para que impeça a condição de elegibilidade. Isto

significa um retorno [...], um retrocesso à época pré-revolucionária de 1789; isto é o que o dono do trono entendia como suficiente a impor uma pena: o juízo dele, sem necessidade de condenação. Basta o juízo dele, tirado do fato de constar de uma certidão que há inúmeros processos em andamento.

*Que diferença há em que haja um processo em andamento ou dez? **Se não há** trânsito em julgado de sentença condenatória, tanto faz haver um como dez. Nada se altera.*

[...]

Onde está dito que a Justiça Eleitoral pode emitir juízo sobre a idoneidade da pessoa fora das hipóteses previstas na Constituição?

[...] nenhum juiz eleitoral nem os não eleitorais têm autorização do ordenamento jurídico para emitir juízo sobre idoneidade do cidadão.” (Grifei.)

Tenho para mim que a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerados todos os fundamentos expostos, pelos eminentes Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Eros Grau, nos já mencionados julgamentos realizados pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, revela-se inacolhível, porque desautorizada, não só pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo (CF, art. 5º, LIV).

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

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

A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino, em sua “*Suma Teológica*”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-

jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental reside no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, vem esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

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

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

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

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10.12.1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

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

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela

emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda lição exposta por Antônio Magalhães Gomes Filho (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram Francesco Carrara e Giovanni Carmignani, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da Escola Positiva, como Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o “espírito do tempo” (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve, em Emanuele Carnevale e em Vincenzo Manzini, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista – a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de Vincenzo Manzini (Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I/253-257, item nº 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “A chamada tutela da inocência” e que vê, na “pretendida presunção de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (op. cit., p. 253, item nº 40).

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

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter

probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

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

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

Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com o Professor Valério de Oliveira Mazzuoli (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

“O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’ a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc.,

podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. *É contrária* à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (*Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença* de 18.8.2000, parágrafo 119).” (Grifei.)

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

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

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

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que não previa, de modo explícito, a garantia inerente à presunção de inocência, reconhecida, no entanto, por esta Corte, como imanente ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 48 do Decreto-Lei nº 314/1967, no ponto em que essa regra legal impunha, ao réu, como efeito automático da prisão em flagrante delito ou do mero recebimento da denúncia, a “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada [...], até a sentença absolutória” (HC nº 45.232/GB, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ 44/322 – grifei).

É interessante observar, neste ponto, que o Tribunal Constitucional português, examinando a validade jurídica de certo diploma normativo, declarou-o

inconstitucional na parte em que determinava a perda total, pelo servidor, de sua remuneração, em decorrência de suspensão preventiva resultante da mera instauração de processo disciplinar, sequer concluído.

Esse julgamento, realizado em 1990 (Ac. nº 198/1990, relator Conselheiro Monteiro Diniz, in "Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 16/473), acha-se consubstanciado em decisão assim ementada:

I – O princípio da presunção de inocência do arguido é, no seu núcleo essencial, aplicável ao processo disciplinar.

II – Este princípio ilegítima a imposição de qualquer ônus ou restrição de direitos ao arguido que representem a antecipação de condenação.

III – É, pois, inconstitucional a norma que consente a perda total de vencimento do funcionário desligado ao serviço em virtude de processo disciplinar, por se traduzir na antecipação de um quadro de efeitos semelhantes ao da pena disciplinar de demissão.

IV – Revela-se, além disso, tal medida afrontadora do princípio da proporcionalidade postulado pelo princípio do Estado de direito democrático, dada a manifesta desconformidade entre a medida cautelar imposta e o fim que através dela se pretende atingir." (Grifei.)

O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!

Daí a advertência de Mário Torres, autor português de trabalho sobre o aspecto ora ressaltado ("Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais", in "Revista do Ministério Público", vols. 25/119 e 26/161):

*"A sujeição do arguido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade **de futura** condenação **viola**, intoleravelmente, a 'presunção de inocência' que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa 'presunção de culpabilidade'. É porque se julga o arguido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença transitada – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva)." (Grifei.)*

Cabe referir, por extremamente oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento plenário (RE nº 482.006/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski), e interpretando a Constituição da República, observou, em sua decisão, essa mesma diretriz – que faz incidir a presunção constitucional de inocência também em domínio extrapenal –, explicitando que esse postulado constitucional alcança quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos.

Em mencionado julgamento, esta Suprema Corte assim se pronunciou:

“Art. 2º da Lei Estadual nº 2.364/1961 do estado de Minas Gerais, que deu nova redação à Lei Estadual nº 869/1952, autorizando a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente. Dispositivo não recepcionado pela constituição de 1988. Afronta aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. Recurso improvido.

I – A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos.

II – Norma estadual não recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição.

[...]

IV – Recurso extraordinário conhecido, em parte e, na parte conhecida, improvido.” (Grifei.)

Mostra-se extremamente valioso, no que se refere ao reconhecimento da possibilidade de incidência do postulado da presunção de inocência em processos destituídos de natureza criminal, o voto que o eminente Ministro Ricardo Lewandowski proferiu, como relator, no exame do RE nº 482.006/MG, impondo-se, por relevante, a reprodução textual de fragmento de tão importante decisão:

“A questão central está em saber se, diante dos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, é legítima a sua redução no caso de servidores públicos afastados por responderem a processo penal.

Entendo que não.

[...]

Isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer

condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.

Mostra-se patente, pois, a ofensa ao inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, razão pela qual concluo que a referida norma estadual não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Veja-se, a propósito, que a Lei Federal nº 8.429/1992, a qual dispõe sobre atos de improbidade administrativa, prevê, no parágrafo único do art. 20, que 'a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual' [...].

Esse dispositivo, inserido no ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, demonstra que o legislador ordinário, ao redigi-lo, buscou, em caso análogo ao presente, fazer valer o princípio da presunção de inocência.

[...]

Não pode, à evidência, a lei infraconstitucional, excepcionar um princípio constitucional expresso, qual seja, da estatura de presunção de inocência que, ao lado do valor da dignidade humana, corresponde a um dos esteios básicos do capítulo relativo aos direitos e garantias do cidadão. Por essa razão, penso, não pode prevalecer a possibilidade de redução dos vencimentos dos servidores prevista na Lei Estadual nº 869/1952, com a redação dada pela Lei Estadual nº 2.364/1961." (Grifei.)

Bastante incisivo, ainda, nesse mesmo sentido, o douto voto concordante proferido, em referido julgamento, pelo eminente Ministro Cezar Peluso:

"[...] também acompanho, e quero ressaltar a importância deste julgamento, porque o Tribunal de modo expresso está reconhecendo que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição, é garantia contra a aplicação de qualquer medida gravosa àquele que, como réu, está sendo, ainda, objeto de ação penal, cuja sentença condenatória não transitou em julgado.

O Tribunal está reconhecendo que não lhe pode ser aplicada sequer medida de caráter patrimonial; que a garantia constitucional não permite sequer imposição de caráter patrimonial, que é importantíssimo para se fixar o entendimento de que a injunção de gravame de caráter penal, que diga diretamente com restrição à liberdade do réu, a fortiori não pode ser tolerada perante aquela cláusula constitucional." (Grifei.)

Também eu, Senhor Presidente, ao acompanhar o eminente relator, tive o ensejo de enfatizar o extravasamento, para além do domínio estritamente processual penal, da garantia da presunção de inocência:

"Ressalto, como aqui já foi afirmado, a importância deste julgamento, em que o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição da República,

deixa perfeitamente claro que o princípio da não culpabilidade *projeta-se para além* de uma dimensão *estritamente* penal, *alcançando* quaisquer medidas *restritivas* de direitos, *independentemente* de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa.

[...]

Entendo que esta é uma decisão *de grande* importância, *pois reconhece* que, no Estado democrático de Direito, *os poderes* do Estado *acham-se juridicamente limitados* em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão. *O Estado não pode legislar, imoderadamente*, de maneira abusiva (RTJ nº 182/1102-1103 – RTJ nº 190/874-876 – RTJ nº 195/635 – ADI nº 2.551-MC-QO/MG, rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*), para, *em transgressão* ao postulado da não culpabilidade e ao princípio da proporcionalidade, *estabelecer* normas ou adotar medidas administrativas *que culminem* por impor restrições absolutamente *inconviventes* com referidas diretrizes fundamentais.” (Grifei.)

Os julgamentos que venho de referir, notadamente os emanados do Supremo Tribunal Federal, revelam a significativa importância de que se reveste, em nosso ordenamento positivo, o postulado constitucional que consagra, como prerrogativa ínsita ao regime dos direitos fundamentais, a presunção de inocência.

Com a superveniência da nova Constituição do Brasil, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: a presunção de inocência das pessoas sujeitas a procedimentos estatais (Dalmo de Abreu Dallari, “O renascer do direito”, p. 94/103, 1976, Bushatsky; Weber Martins Batista, “Liberdade Provisória”, p. 34, 1981, Forense).

Esse postulado – cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova – impede que se atribuam à denúncia penal – ou à existência de processos pendentes ou, ainda, a sentenças recorríveis – consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva, transitada em julgado. Esse princípio tutelar repudia presunções contrárias ao réu, que não deverá sofrer punições antecipadas nem restrições em sua pessoal dimensão jurídica.

De outro lado, a presunção de inocência, enquanto garantia constitucional, faz recair, sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

Daí, Senhor Presidente, a regra de prudência estabelecida no art. 15, III, da Constituição da República, a exigir, para efeito de suspensão temporária dos direitos políticos, notadamente da capacidade eleitoral passiva, vale dizer, do direito de ser votado, o trânsito em julgado da condenação judicial.

É preciso lembrar, Senhor Presidente, que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Antes, cabe, ao Ministério Público, comprovar, de forma

inequívoca, a culpabilidade do acusado. Hoje já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra hedionda que, em dado momento histórico de nosso processo político, criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de ele, acusado, provar a sua própria inocência!!!... Refiro-me ao art. 20, inciso 5, do Decreto-Lei nº 88, de 20.12.1937 – editado sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS – que veiculava, no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo Tribunal de Segurança Nacional, e em ponto que guarda inteira pertinência com estas observações, uma fórmula jurídica de despotismo explícito: “Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário [...]”.

O fato indiscutivelmente relevante no domínio processual penal, Senhor Presidente, mas com repercussão na esfera extrapenal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação possível, por antecipação ou presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal –, não se revestem, em sede processual penal (ou extrapenal), de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole extrapenal, compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.

É sempre importante advertir, Senhor Presidente, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, rel. Des. Vicente de Azevedo).

Com igual razão, restrições à esfera jurídica de qualquer pessoa, porque qualificadas por seu caráter essencialmente gravoso, não podem derivar, seja da mera instauração de procedimentos estatais contra alguém, seja da prolação de sentenças judiciais de condenação ainda não tornadas irrecorríveis, especialmente no campo do exercício da cidadania e, em particular, no plano da elegibilidade.

Cumprir ter presente, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por Rui Barbosa àqueles que, muitas vezes deslembados dos princípios que a Constituição da República contempla em favor das pessoas

em geral, precipitam-se na formulação de juízos moralmente derogatórios, impregnados de reprovabilidade, embora destituídos de suporte idôneo, necessariamente apoiado em decisões transitadas em julgado. Para RUI (“Novos Discursos e Conferências”, p. 75, 1933, Saraiva), “Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas [...]”.

Daí a ênfase com que RUI (“O Dever do Advogado”, p. 19, 1985, Fundação Casa de Rui Barbosa/AIDE) destaca a necessidade imperiosa de os magistrados e Tribunais não formularem juízos apressados, inconsequentes e antecipatórios de efeitos resultantes de uma condenação sequer proferida ou, se proferida, ainda não tornada definitiva:

“[...] Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.” (Grifei.)

Não podemos desconhecer que o sistema constitucional brasileiro, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova nenhuma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos de repressão penal ou por autores de ações civis de improbidade administrativa.

A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção, que, projetando-se *beyond all reasonable doubt* (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

No ordenamento positivo brasileiro, não existe qualquer possibilidade de o Poder Público, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer, sem prévia decisão judicial condenatória irreversível, a culpa de alguém, especialmente quando, para além da gravíssima privação da liberdade individual – ou da atribuição da qualidade de *improbis administrator* –, resultar, ainda, dentre outras sérias consequências, a suspensão temporária da cidadania, em particular do direito de ser votado.

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa

penal por presunção nem responsabilidade criminal ou civil por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

É por essa razão que a jurisprudência desta Suprema Corte enfatiza, com particular veemência, que “Não podem repercutir, contra o réu, situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (RTJ 139/885, rel. Min. Celso de Mello).

Não constitui demasia enfatizar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção constitucional de inocência, além de incidir, precipuamente, no domínio da prova (impondo, ao órgão estatal, o ônus de provar a culpa daquele a quem se atribuiu a prática de um crime), também consagra, em nosso sistema jurídico, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado e ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

Nesse sentido, e considerando as lições da doutrina (Luiz Flávio Gomes, “Estudos de Direito Penal e Processo Penal”, p. 114/115, item nº 3.6, 1999, RT, v.g.), cabe ter presente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual esta Corte deixou assentada diretriz da mais alta significação na exegese do princípio constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado antes que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível:

“– *Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.*

O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(RTJ 176/805-806, rel. Min. Celso de Mello.)

Não custa reafirmar, por isso mesmo, a advertência constante do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, no sentido de que “Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20.12.1937, art. 20, nº 5)” (RTJ nº 161/264-266, 265, rel. Min. Celso de Mello).

Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção da inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor, ao cidadão, restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.

O eminente e saudoso Ministro Leitão de Abreu, em substancioso pronunciamento, manifestou-se, vencido, pela inconstitucionalidade parcial da regra legal (LC nº 5/1970, art. 1º, I, *n*) que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida, por órgão judiciário competente, denúncia oferecida pela suposta prática de determinados ilícitos penais, valendo ressaltar, no entanto – e esta é a percepção pessoal que extraio de tão precioso voto –, que os fundamentos nele expostos desautorizam, por completo, especialmente em face do que dispõe o art. 15, III, da vigente Constituição, o reconhecimento, ora pretendido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, de que a causa da inelegibilidade também pode resultar da existência de sentença ainda impugnável mediante recursos, mesmo que destituídos de eficácia suspensiva (RTJ 79/695-705):

*“[...] Não me situo em plano meramente conjetural, quando avento a possibilidade de vir o candidato, cujo registro se recusou, com fundamento na alínea *n*, a ser absolvido, isto é, a de se lhe aplicar, sem causa jurídica, indiscutível penalidade, consistente em se lhe trancar o exercício de direito individual – o de ser votado –, com base em recebimento de denúncia, que lhe imputava ilícito penal, cuja inexistência o órgão judiciário, mediante o exame da prova, acabe por declarar, de modo peremptório e indiscutível.*

*Não suscito, a esse respeito – insisto – mera conjectura, de tal modo improvável que orce pelo impossível, mas formulo hipótese, não só provável, mas de realização já verificada em concreto. Não disponho de elementos, pois que disso não cuidei, para afirmar quantas vezes, porém o bastante para tornar certo que o dogma da constitucionalidade da alínea *n* pode conduzir à iniquidade, que inquina essa regra de vício irremediável, em face dos postulados, que informam a nossa ordem constitucional.*

*Exatamente no julgamento do recurso especial, acerca do qual versa o presente apelo extraordinário, lembrou o eminente Ministro José Boselli, ao proferir o seu voto, no TSE, haver emitido opinião, na qualidade de relator, no sentido da constitucionalidade da alínea *n*, tendo prevalecido essa tese, pelo voto de desempate. Recordou que assim se manifestara, não obstante a profunda impressão que lhe haviam causado os argumentos do Ministro Xavier de Albuquerque, em prol da inconstitucionalidade dessa norma, porque lhe parecera que cumpria fosse mantida a orientação anterior [...].*

Asseverou, porém, que, *depois* de haver proferido aquele voto, *no aludido* julgamento, *pelo qual* o candidato *foi impedido* de concorrer às eleições, *este foi absolvido, perdendo a oportunidade de concorrer* ao mandato legislativo, *que pretendia disputar, fazendo-se irreparável* o agravo que se perpetrara ao seu direito. *Depois de frisar* quanto esse fato, para o qual concorrera com seu voto, *lhe tocara a sensibilidade, quão profundamente chocado* – foram as suas palavras – *ficara com essa situação, retificava* a sua posição *para filiar-se*, também, à opinião que dava *pela inconstitucionalidade* da alínea *n*. *Fato idêntico acaba de se verificar neste pleito*, em relação ao candidato José Maria de Jesus Pereira, *contra o qual se recebera denúncia* como incurso nos artigos 293 e 350 do Código Eleitoral, *denúncia* em razão da qual fora julgado inelegível pelo TRE. *Houve recurso especial e o TSE*, de acordo com aresto que declarou inconstitucional a dita ‘alínea’, *conheceu* do recurso e *lhe deu provimento* para determinar o registro *deste* candidato (Ac. nº 6.137, de 31 de outubro). *Dias depois*, em 10 de novembro, *o aludido candidato*, por seu procurador, *protocolava*, no TSE, *petição* na qual pedia a juntada de certidão da sentença *pela qual se julgara improcedente a denúncia* oferecida pelo Ministério Público *para absolver* o aludido candidato, *por ser* – diz a decisão – *indiscutível* a inocência do acusado. *Eis aí*: se essa decisão sobreviesse às eleições do dia 15, *irreparável* seria o dano sofrido pelo candidato, se houvesse sido mantida a decisão do TRE, *que lhe recusara o registro*, ou seja, se o TSE não houvesse declarado inconstitucional a alínea *n*. *Indiscutivelmente inocente*, como declarou a sentença absolutória, *o candidato* estaria ferreteado, *nos termos* da presunção de culpa *injuridicamente* irrogada pela alínea *n*, *pelo estigma* da imoralidade e, como tal, *injustamente, impedido* de exercer direito público subjetivo, que indubitavelmente *lhe assistia*.

3. *Na censura que se irroga*, de modo parcial, *à regra* estatuída na alínea *n* *não se envolve*, como é palmar, *qualquer restrição* a providências legislativas, *que tenham por fim impedir* que candidatos *desprovidos* de moralidade *concorram* aos comícios eleitorais. *Além de cumprir* dever constitucional, *quando dispõe* a tal respeito, *o legislador realiza* tarefa do mais alto interesse público. *Como organismo* essencialmente ético que é, *o Estado há de exigir* que possuam predicados éticos *aqueles* a quem confere o direito de acesso às funções públicas, *notadamente* as de condutor político, *barrando o caminho* aos que não dispuserem de moralidade para o exercício do mandato. *‘Nada mais legítimo, por certo’* – *sublinhei eu* no voto que proferi no acórdão recorrido – *‘do que a exigência de moralidade* para o exercício do mandato eletivo, *não havendo senão aplaudir* o se ter tornado explícita essa exigência *no preceito constitucional já mencionado* (art. 151, IV, da CF). *Em face dessa cláusula constitucional*, está o legislador, *por via* de norma de caráter complementar, *habilitado*, seguramente, *a definir casos* em que, *por não concorrer* em favor do candidato *a capacidade moral, incorre este* em inelegibilidade. *Não é isto, entretanto,* – sinaliei – *‘que se discute* na espécie, *porquanto* o de que se cuida de saber *é se a lei complementar, com apoio* nessa regra constitucional, *pode pronunciar a inelegibilidade* de quem responda a processo judicial *instaurado* por denúncia do Ministério Público, *recebida* pela autoridade judiciária competente, *enquanto não absolvido* [...].

[...]

Enquanto não sobrevém, destarte, sentença definitiva condenatória, não é possível considerar culpável o acusado, para impor-lhe pena, que supõe apurada a sua culpabilidade [...].

[...]

8. *Assentado que o princípio da presunção da inocência não constitui declaração retórica ou inócua, revestindo, pelo contrário, a condição de imperativo destinado a atuar, praticamente, em defesa de prerrogativa inerente à dignidade humana, cumpre encarar face a face esse postulado, para determinar os traços que o caracterizam. Pondo de lado a circunstância histórica, aliás notória, que induziu se incluisse, na Declaração de Direitos, esse dogma [...], não me parece, contudo, que deva fazer o mesmo em relação ao exame dos trabalhos preparatórios do aludido documento, no concernente à elaboração da regra a respeito de cujo alcance ora se fere a controvérsia.*

Conhecido é o papel que exerceu, na elaboração desse documento, René Cassin. Depois de haver redigido o projeto da Declaração, retomou-lhe o texto para nele inserir o princípio da presunção de inocência, visto como este lhe parecia essencial [...]. Na verdade, com o estabelecer-se que 'todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei', por estabelecido cumpre ter-se, necessariamente, que não pode ele, enquanto não provada a sua culpabilidade, ser castigado ou punido. De qualquer sorte, o fato de ter sido expressa, nos trabalhos preparatórios, em mais de uma versão do projeto, a norma de que, em face da presunção de inocência do acusado, não pode ele ser punido antes de ter sido julgado, torna absolutamente indubitoso que, dada a presunção de inocência, garantida ao acusado, atenta contra direito subjetivo público, de que é titular, impor-lhe castigo ou punição.

9. *Ora, já tive oportunidade de salientar, no voto proferido no TSE, a suma, a capital importância do direito político, que assiste ao cidadão, particularmente no tocante à sua participação na formação da vontade estatal. Esse direito cria – para servir-me do ensinamento de Jellinek – uma condição nova da personalidade. Esta se enriquece, em razão dessa prerrogativa, com o direito de ser admitido a exercer a atividade política, a servir de órgão. Investido nessa qualidade, o cidadão – observa o famoso publicista – adquire uma espécie de direito de cidade de natureza superior. 'A posição que daí resulta' – acrescenta – 'é o estado de cidadão ativo que, para o pensamento antigo, se confunde com o do cidadão em geral', Georg Jellinek, 'L'État Moderne et son Droit', t. II, p. 55).*

Despojar, pois, o cidadão, pelo simples fato do recebimento de denúncia contra ele oferecida pelo Ministério Público, do direito a concorrer a cargo eletivo importa em privá-lo, sem julgamento, de status ligado ao seu direito de cidade, o status activae civitatis. Implica isso, inequivocamente, cominar-lhe pena, punição ou castigo. Independente do due process of law, podendo isso acontecer até sem que lhe haja sido proporcionada, em juízo, qualquer oportunidade de defesa. Equivale isso a sujeitá-lo a pena acessória sem pena principal, a submetê-lo a

punição, *que pode recair*, não sobre quem venha a ser condenado, *mas sobre quem acabe* por ser declarado inocente. *A essa iniquidade* – bom é que se registre – *ficarão sujeitos*, a vingar a tese da constitucionalidade da alínea n, *pretendentes aos cargos políticos* de menor ou de maior hierarquia, *que nada poderão*, por mais ilibados que sejam, *contra* os azares do recebimento de denúncia, *seja* por infração levíssima, *seja* por imputação delituosa que se comprove inconsistente.

10. *Raciocina-se que*, pela Constituição Federal, art. 151, IV, *se comete à lei complementar estabelecer* os casos de inelegibilidade, *visando a preservar a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato. Deste modo, havendo elementos*, em determinado processo, *para se emitir juízo* quando à falta de moralidade do candidato, *nada mais seria preciso para se lhe pronunciar a inidoneidade para concorrer a cargo eletivo. Poderia isso acontecer se a Constituição tivesse deixado ao critério do juiz o discernir* entre os que possuem e os que não possuem moralidade para o exercício do mandato. *Ocorre*, no entanto, *que, no art. 151, itens I a IV, não se estabelecem normas autoexecutáveis, mas programáticas, cabendo, tão somente, ao legislador, mediante lei complementar, definir, com base nos princípios aí estabelecidos, os casos de inelegibilidade.*

[...]

Ora, *o postulado da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se exprime na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declara, com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo [...].”* (Grifei.)

Cabe reafirmar, bem por isso, Senhor Presidente, uma observação concernente ao postulado da presunção de inocência: trata-se de garantia – que possui eficácia irradiante, apta a projetá-la para esferas processuais não criminais – cuja invocação, contra qualquer autoridade ou Poder do Estado, mostra-se pertinente não só nos casos de recebimento da denúncia (como sucedia no regime anterior), mas, também, em qualquer situação na qual não se haja formado a coisa julgada, a significar, portanto, que os fundamentos que deram suporte ao magnífico voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Leitão de Abreu a propósito da qualificação do recebimento judicial da denúncia como causa de inelegibilidade são inteiramente aplicáveis a qualquer outra situação processual, mesmo àquelas com sentença já proferida, mas ainda não tornada definitiva, por efeito do trânsito em julgado.

A exigência de coisa julgada – que representa, na constelação axiológica que se encerra em nosso sistema constitucional, valor de essencial importância na

preservação da segurança jurídica – não colide, por isso mesmo, com a cláusula de proibidade administrativa nem com a que se refere à moralidade para o exercício do mandato eletivo, pois a determinação de que se aguarde a definitiva formação da autoridade da *res judicata*, além de refletir um claro juízo de prudência do legislador, quer o constituinte (CF, art. 15, III), quer o comum (LC nº 64/1990, art. 1º, I, d, e, g e h, e art. 15), encontra plena justificação na relevantíssima circunstância de que a imposição, ao cidadão, de gravíssimas restrições à sua capacidade eleitoral, deve condicionar-se ao trânsito em julgado da sentença, seja a que julga procedente a ação penal, seja aquela que julga procedente a ação civil por improbidade administrativa.

Mostra-se relevante acentuar o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado democrático de direito.

Daí a correta observação de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 680, item nº 1, p. 685, item nº 23, e p. 687, itens nºs 27 e 29, 10ª ed., 2007, RT):

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado democrático de direito (CF 1º caput). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado democrático de direito, fundamento da República brasileira.

[...]

A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’ do Estado democrático de direito [...]. A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado democrático de direito, fundamento da República (CF 1º caput), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado democrático de direito [...].

[...]

‘Desconsiderar’ a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado democrático de direito (CF 1º caput).

[...]

Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença 'justa' é o ideal – 'utópico' – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança' das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada)." (Grifei.)

Não se ignora que a sentença, enquanto sujeita a recurso, de natureza ordinária ou de caráter extraordinário, qualifica-se como um ato estatal essencialmente instável e provisório, caracteristicamente reformável e naturalmente dependente, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficaz, do trânsito em julgado, pois é deste fato processual que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

É por isso que José Carlos Barbosa Moreira (*"Comentários ao Código de Processo Civil"*, vol. V/234, item nº 136, 14ª ed., 2008, Forense), ao analisar a condição jurídica da sentença sujeita a recurso, destituída, portanto, da autoridade da coisa julgada, põe em destaque o caráter instável do título sentencial:

"[...] O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer in albis o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, a priori, há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em res iudicata." (Grifei.)

Não se pode desconhecer, portanto, quanto à sentença ainda recorrível, que se registra, quanto a ela, a possibilidade – que não é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos tribunais de segundo grau, inclusive por Cortes judiciárias superiores, como o próprio Tribunal Superior Eleitoral, ou o Superior Tribunal de Justiça (quando não se tratar de processos de natureza eleitoral), ou, ainda, o Supremo Tribunal Federal, atuando em sua condição de instância de superposição.

Veja-se, desse modo, que a privação temporária (suspensão) dos direitos políticos – de que resulta a perda da elegibilidade, como consequência de condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, III) ou da procedência definitiva da sentença que julga a ação civil de improbidade administrativa ou a representação em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político (Lei nº 8.429/1992, art. 20, *caput*, c/c a LC nº 64/1990, art. 1º, I, d, g e h) – acha-se condicionada à estrita observância do trânsito em julgado do respectivo ato sentencial.

Essa exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo, considerados os fundamentos que justificam a coisa julgada como um dos valores estruturantes do Estado democrático de direito.

Não foi por outra razão que a Lei nº 9.504/1997, que “Estabelece normas para as eleições”, tornou necessária, para fins de registro de candidatos (art. 11, § 1º, IV e VII), a produção de determinados documentos, como certidões criminais fornecidas pelo Poder Judiciário, com o objetivo de subsidiar os órgãos da Justiça Eleitoral com informações relevantes sobre a vida e, também, sobre os antecedentes judiciais do candidato em potencial, mesmo porque a existência de condenação criminal transitada em julgado provoca, embora temporariamente, mas como efeito desabonador resultante da vida pregressa do condenado, a privação dos seus direitos políticos de cidadania (CF, art. 15, III), afetando-o, dentre outras consequências, com a perda da elegibilidade.

Cumprido ter presente, no entanto, a advertência que faz, dentre outros autores, Renato Ventura Ribeiro (“Lei Eleitoral Comentada”, p. 131/133, item nº 11.2.7, 2006, Quartier Latin), em lição expendida a propósito dessa específica exigência legal:

“Demais processos criminais, sem decisão transitada em julgado, não devem ser considerados para fins de pedido de registro de candidatura, em razão da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da previsão constitucional de suspensão de direitos políticos somente com condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, III). Assim, certidões positivas, mas sem registro de condenação transitada em julgada ou de casos de inelegibilidade, não obstam o deferimento do pedido de registro de candidato.” (Grifei.)

Cabe fazer, neste ponto, uma observação, Senhor Presidente.

Refiro-me ao fato de que o art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, ao estender a inelegibilidade por “[...] 3 (três) anos, após o cumprimento da pena”, claramente reforça, com essa extensão temporal, e no que concerne aos delitos expressamente mencionados em referido preceito legal (crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais) a exigência ético-jurídica de respeito à probidade administrativa e à moralidade para o exercício da função eletiva.

Como se sabe, pela regra inscrita no art. 15, III, da Constituição, a perda da elegibilidade prevalece enquanto durarem os efeitos da condenação, sendo que a norma legal em questão, tratando-se dos crimes nela taxativamente referidos, estende essa privação da cidadania passiva pelo período adicional de 3 anos subsequentes ao cumprimento da pena.

É de destacar, neste ponto, que, não obstante o teor da Súmula-TSE nº 9 (“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de

reabilitação ou de prova de reparação dos danos”), a jurisprudência que se formou no Tribunal Superior Eleitoral tem salientado que o entendimento sumular não se aplica quando o delito pelo qual alguém foi condenado irrecorrivelmente coincidir com qualquer daqueles tipificados no questionado art. 1º, I, e, da Lei Complementar nº 64/1990, como resulta claro das várias decisões que aquela Alta Corte judiciária tem proferido:

“Eleitoral. Inelegibilidade. Crime contra a administração pública. Condenação: trânsito em julgado. Lei nº 64/1990, art. 1º, alínea ‘e’.

I – São inelegíveis, pelo prazo de três anos após o cumprimento da pena, os que forem condenados pela prática de crime contra a Administração Pública.

II – Recurso especial provido.”

(Recurso nº 11.838/SP, rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei.)

“Agravo regimental. Registro de candidato. Condenação criminal. Trânsito em julgado. Extinção da pena. Suspensão dos direitos políticos. Inelegibilidade. Constitucionalidade do art. 1º, I, ‘e’, LC nº 64/1990. Súmula-TSE nº 9. Indulto.

1. O art. 15, III, da Constituição Federal não torna inconstitucional o art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990, que tem apoio no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

2. Considera-se inelegível, por três anos, contados da data em que declarada a extinção da pena, o candidato condenado por sentença criminal transitada em julgado [...].”

(REspe nº 22.148-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso – grifei.)

Nem se diga, ainda, que se revelaria possível a utilização de recursos procrastinatórios para obstar, por um gesto de puro arbítrio do condenado, a formação da coisa julgada, o que frustraria a incidência da cláusula de inelegibilidade.

Essa alegação não se justifica, pois o Supremo Tribunal Federal formou jurisprudência de neutralização do abuso do direito de recorrer, mesmo em se tratando de processos de natureza eleitoral, com a determinação de imediata execução dos seus julgados ou daqueles mantidos, em sede recursal (tanto ordinária quanto extraordinária), por esta Suprema Corte (AI nº 469.699-EDAgR/MA, rel. Min. Celso de Mello – RE nº 179.502-EDEDED/SP, rel. Min. Moreira Alves, v.g.):

“– O Supremo Tribunal Federal – reputando essencial impedir que a interposição sucessiva de recursos, destituídos de fundamento juridicamente idôneo, culmine por gerar inaceitável procrastinação do encerramento da causa – tem admitido, em caráter excepcional, notadamente quando se tratar de processos eleitorais, que se proceda ao imediato cumprimento da decisão recorrida, independentemente da publicação de acórdão e de

eventual oposição ulterior de embargos de declaração. *Precedentes. Hipótese* em que a decisão do TSE, embora proferida em 22.9.1998, *ainda* não havia sido executada.”

(RE nº 247.416-AgR-EDv-ED/SP, rel. Min. Celso de Mello, *Pleno*)

“[...] *Eficácia imediata* das decisões da justiça eleitoral, salvo exceções previstas em lei. Comunicada a decisão à Presidência da Câmara dos Deputados, cabe a esta dar posse imediata ao suplente do parlamentar que teve seu diploma cassado. [...]”

(MS nº 25.458/DF, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, *Pleno*)

“– *Embargos de declaração.*

Embargos de declaração que são manifestamente protelatórios.

– *Em casos* como o presente, *em que os embargos de declaração* com relação a outros embargos de declaração *são manifestamente protelatórios, especialmente em se tratando de matéria eleitoral*, deve-se a aplicar a jurisprudência desta Corte, firmada em acórdãos inclusive do Pleno (EDEDRE nº 179.502, EDEDRE nº 244.161, EREEDA nº 247.416, EDRE nº 247.987, EDEDAGRAG nº 260.266 e EDEDAGRAG nº 285.969, a título exemplificativo), no sentido de que se proceda ao imediato cumprimento da decisão tomada no recurso extraordinário em causa, independentemente da publicação do acórdão destes embargos.

Embargos rejeitados, *determinando-se o imediato cumprimento da decisão* tomada no recurso extraordinário em causa, *independentemente* da publicação do acórdão destes embargos.”

(RE nº 301.343-EDED/ES, rel. Min. Moreira Alves – grifei.)

Presente esse contexto, Senhor Presidente, não vejo como o respeito ao instituto da coisa julgada possa traduzir transgressão à exigência de probidade administrativa e de moralidade para o exercício do mandato eletivo.

Inexiste, na realidade, qualquer situação de antinomia entre esses valores constitucionais, pois eles convivem, harmoniosamente, em nosso sistema normativo, na medida em que a observância do trânsito em julgado de sentenças, cujos efeitos afetam e restringem, gravemente, a esfera jurídica de quem é condenado, apenas confere certeza e prestígio a segurança jurídica, que também se qualifica como valor constitucional a ser preservado.

Esse, pois, Senhor Presidente, o sentido de racionalidade que se mostra ínsito às cláusulas, que, fundadas na Constituição e na legislação comum, condicionam a eficácia supressiva da elegibilidade de qualquer cidadão à prévia consumação do trânsito em julgado da sentença, penal ou civil, que contra ele foi proferida.

Como anteriormente assinalado, a Constituição de 1988, tratando-se de condenação penal, erigiu-a em causa suspensiva dos direitos políticos, desde que “transitada em julgado” (CF, art. 15, III).

Essa exigência – que decorre do próprio texto constitucional e que não se opõe à aplicação dos postulados da probidade e da moralidade (que incidirão tão logo se torne irrecorrível o ato sentencial) – representou uma significativa evolução em relação ao modelo que prevaleceu sob o ordenamento constitucional anterior, eis que, como se sabe, a norma inscrita no art. 15, III, da vigente Constituição foi considerada autoaplicável pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 179.502/SP, rel. Min. Moreira Alves – RMS nº 22.470-AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*), enquanto que esta mesma Corte (RTJ nº 61/581 – RTJ nº 82/647) e o Tribunal Superior Eleitoral (Boletim Eleitoral do TSE, vol. 256/328), em decisões proferidas sob a égide da Carta Federal de 1969, que exigia lei complementar (jamais editada) para dispor sobre a suspensão dos direitos políticos “por motivo de condenação criminal”, reconheciam que essa medida dependia da integração normativa do art. 149, § 3º, daquela Carta Política, que contemplava regra impregnada de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de aplicabilidade direta, imediata e integral.

Vê-se, desse modo, que o modelo que se contém na vigente Constituição, por não depender de qualquer complementação legislativa, torna imediata, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a privação temporária dos direitos políticos, inclusive a supressão da própria elegibilidade, assim obstando que criminosos tenham acesso a qualquer mandato eletivo.

Ao contrário do que sustentado pela arguente, o condicionamento imposto pela necessidade de prévia formação da coisa julgada não representa, considerados os fundamentos que venho expondo ao longo deste voto, impedimento a que incidam as exigências concernentes à probidade administrativa e à moralidade para o desempenho da função eletiva.

A perda da elegibilidade constitui situação impregnada de caráter excepcional, pois inibe o exercício da cidadania passiva, comprometendo a prática da liberdade em sua dimensão política, eis que impede o cidadão de ter efetiva participação na regência e na condução do aparelho governamental.

Por tal motivo, o constituinte impôs, como requisito necessário à suspensão dos direitos políticos, na hipótese de condenação criminal, o trânsito em julgado da respectiva sentença, pois a gravidade dos efeitos inibitórios que resultam da sentença penal condenatória mostra-se tão radical em suas consequências, na dimensão político-jurídica do cidadão, que tornou imprescindível, por razões de segurança jurídica e de prudência, a prévia formação da coisa julgada.

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

A regra constitucional em questão, implementada e desenvolvida pela Lei nº 8.429/1992, outorgou, ao legislador comum, a possibilidade de disciplinar as condições em que se dará, uma vez julgada procedente a respectiva ação civil, a privação temporária dos direitos políticos do *improbus administrator*.

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

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

Daí, Senhor Presidente, a advertência – corretamente formulada por Mauro Roberto Gomes de Mattos, em precisa lição sobre o tema (“O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/1992”, p. 734/736, 3ª ed., 2006, América Jurídica) – de que se justifica, plenamente, em face do ordenamento constitucional e para efeito de suspensão dos direitos políticos, a exigência de trânsito em julgado da sentença que declara procedente a ação civil por improbidade administrativa:

“Em nome da segurança jurídica, o art. 20 assenta que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do acusado só se efetivam após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essas penas estão contidas no art. 12, aplicáveis aos agentes públicos condenados por ato de improbidade administrativa.

Os efeitos dessa condenação refletem-se na esfera administrativa e política do agente público, não sendo lícito considerar-se culpado antes do trânsito em julgado da sentença (art. 5º, LVII, da CF) quem quer que seja, ainda mais quando se trata de privações políticas e funcionais. A prudência exige que a perda desses fundamentais direitos somente se efetive após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, para que não se puna o agente público antes que a Justiça possa considerá-lo, em definitivo, inocente ou culpado da acusação que lhe é desferida ou mande arquivar a ação por qualquer vício processual. O Estado democrático de direito não permite a aplicação de graves sanções, com a condenação preliminar do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista a possibilidade de reversibilidade do que foi determinado:

[...]

A probabilidade de reversão de decisão desfavorável ao agente público é bem grande, funcionando o periculum in mora ao reverso, em favor do réu, que possui o direito de somente ser demitido e perder os seus direitos políticos após a regra

do devido processo legal e da ampla defesa, verificadas após o esgotamento de todos os recursos legais. Esse princípio é salutar, pois, pelo princípio da proporcionalidade, a adequação entre a conduta perpetrada pelos réus e a sua penalização deve guardar correspondência [...]” (Grifei.)

Essa mesma preocupação é revelada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em sua atualização à obra do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles (“Mandado de Segurança”, p. 215, 30ª ed., 2007, Malheiros):

“O uso da Lei de Improbidade Administrativa não pode transformar os acusados em automaticamente culpados, antes de devidamente processados e condenados. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal e, especialmente, o da presunção de inocência devem ser respeitados e são essenciais à preservação do regime democrático.” (Grifei.)

Na realidade, a presunção de inocência atua como verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais que possam afetar o exercício de direitos básicos, como o direito à liberdade e o direito de participação política na gestão dos negócios públicos e na condução das atividades governamentais.

Vale reafirmar, por isso mesmo, a advertência de que a mera existência de procedimentos estatais em curso (como inquéritos policiais, processos penais, arguições de inelegibilidade ou ações civis por improbidade administrativa) não pode gerar consequências incompatíveis com a presunção de inocência, porque esta só se desfaz com o reconhecimento definitivo, em ato irrecorrível, da culpabilidade ou da inelegibilidade de alguém.

Não é por outro motivo que a própria Constituição, ao dispor sobre a suspensão dos direitos políticos, como a privação temporária do direito de sufrágio (*direito de votar*) e do direito de investidura em mandatos eletivos (*direito de ser votado*), impõe, como requisito inafastável, a existência de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (CF, art. 15, III). O fato relevante, em tal matéria, é um só: episódios processuais ainda não definidos, porque deles ausente sentença judicial transitada em julgado, não podem repercutir, de modo irreversível, sobre o estado de inocência que a própria Constituição garante e proclama em favor de qualquer pessoa.

O *status poenalis* e o estatuto de cidadania não podem sofrer – antes que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular.

Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença

transitada em julgado. É por isso que este Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica, somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais.

O fato é que não podem repercutir (como já salientado), contra qualquer pessoa, sob pena de transgressão ao postulado constitucional que consagra o estado de inocência, situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário. Isso significa que inquéritos policiais em andamento, processos penais, arguições de inelegibilidade ou processos civis por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Pelas razões expostas, Senhor Presidente, e por entender que o postulado consagrador da garantia de inocência irradia os seus efeitos para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos, não vejo como acolher, no ponto, e em relação ao art. 1º, inciso I, alíneas *d*, *e* e *h*, e ao art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, a pretensão deduzida pela ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros também sustenta que a ressalva a que alude o art. 1º, inciso I, alínea *g*, da LC nº 64/1990 se acha em situação de conflito com o que dispõe a ECR nº 4/1994, que deu nova redação ao § 9º do art. 14 da Constituição, por haver sido – segundo alega a ora arguente – descaracterizada a hipótese de inelegibilidade referida no preceito legal em questão (salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário).

A LC nº 64/1990 dispõe, em seu art. 1º, I, *g*, que são inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão” (grifei).

O e. Tribunal Superior Eleitoral, em decorrência de várias decisões proferidas, veio a estabelecer diretriz jurisprudencial consolidada na Súmula nº 1 de sua jurisprudência, em enunciado que possui o seguinte conteúdo: “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/1990, art. 1º, I, *g*)”.

Segundo essa formulação sumular, bastaria o mero ajuizamento de uma ação, para suspender a cláusula de inelegibilidade inscrita na regra legal mencionada.

Ocorre, no entanto, que o e. Tribunal Superior Eleitoral, já sob a presidência do eminente Ministro Marco Aurélio, reformulou essa orientação, com o declarado propósito de conferir maior intensidade à proteção e defesa da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, como resulta claro dos julgamentos consubstanciados em acórdãos assim ementados:

“– A análise da idoneidade da ação anulatória é complementar e integrativa à aplicação da ressalva contida no Enunciado nº 1 da súmula do TSE, pois a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º, CF/1988). [...]”

(RO nº 912/RR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha – grifei.)

“1. O Tribunal Superior Eleitoral, revendo o Verbete nº 1 da súmula de sua jurisprudência, afirmou a necessidade de se obter, na ação desconstitutiva, medida liminar ou a tutela antecipada. Havendo tal entendimento ocorrido no meio do processo eleitoral, deve ser admitida, para as atuais eleições, a notícia da concessão de liminar ou de tutela antecipada, depois do pedido de registro de candidatura.

2. A mera propositura da ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou antecipatório, não suspende a cláusula de inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990. [...]”

(RO nº 965/MA, rel. Min. Gerardo Grossi – grifei.)

“1. Para se aplicar a Súmula nº 1 do TSE, é mister que tenha sido concedida eficácia à ação proposta contra a decisão que rejeitou as contas, ainda que por meio de tutela antecipada (RO nº 912). [...]”

(RO nº 1.067-AgR/MT, rel. Min. Cezar Peluso – grifei.)

Vê-se, do teor de tais decisões, que o e. Tribunal Superior Eleitoral deixou claramente assentado que a mera propositura da ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou de medida cautelar ou, ainda, de tutela antecipatória, não mais se revela suficiente para suspender, só por si, a inelegibilidade a que alude o art. 1º, I, g, da LC nº 64/1990.

Essa revisão, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de sua orientação jurisprudencial, teve o aplauso da doutrina, como se vê da observação feita pelo Professor Lucas Rocha Furtado, em seu “Curso de Direito Administrativo” (p. 1.122/1.123, item nº 18.6.6.1.6, 2007, Fórum):

“Em decisão extremamente moralizadora, na sessão de 23.8.2006, o TSE cancelou o enunciado da Súmula nº 1 e, sem afastar o controle judicial sobre as decisões dos tribunais de contas, interpretou a legislação de inelegibilidades de modo a melhor realizar a probidade e a moralidade requeridas pela Constituição Federal.

A vigente interpretação adotada pelo TSE acerca da Lei Complementar nº 64, de 1990, é a de que a simples existência de ação judicial em curso não suspende a inelegibilidade decorrente do julgamento das contas dos gestores públicos. É necessário que o candidato obtenha algum provimento judicial (cautelar, liminar, tutela antecipada, decisão definitiva etc.) que suspenda os efeitos da decisão que julgou suas contas irregulares de modo a torná-lo elegível.

A nova orientação do TSE constitui evidente mudança de rumo na jurisprudência da Justiça Eleitoral. Em decisões anteriores, não obstante as contas do gestor tivessem sido julgadas irregulares pelo TCU, o TSE havia entendido que cabia à Justiça Eleitoral verificar as razões da irregularidade para que o gestor se tornasse inelegível. De acordo com essa orientação, não bastava que as contas tivessem sido julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas para o candidato se tornar inelegível. Era necessário que a Justiça Eleitoral atestasse que a irregularidade das contas decorresse de irregularidade insanável. Ora, nos termos da Lei nº 8.443/1992, somente irregularidades gravíssimas justificam a irregularidade das contas. A nova orientação do TSE acerca da Lei de Inelegibilidade aponta, portanto, para a maior valorização da moralidade administrativa. Essa nova orientação deve provocar revisão em vários aspectos da jurisprudência da Justiça Eleitoral.” (Grifei.)

Não vejo, portanto, em que a ressalva legal implique descaracterização da hipótese de inelegibilidade referida no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/1990, especialmente agora, em face das novas exigências impostas pela jurisprudência do e. Tribunal Superior Eleitoral.

Demais disso, não tem sentido sustentar-se a suposta transgressão a preceitos fundamentais da Constituição da República, pelo fato de determinada regra legal ressalvar, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, como sucede na espécie, o acesso ao Poder Judiciário, muitas vezes tornado necessário para neutralizar eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador.

Impõe-se observar, neste ponto, que a instauração de processos judiciais traduz legítima expressão de uma prerrogativa constitucional assegurada, pela Carta Política, a qualquer pessoa, entidade ou organização que se sinta lesada ou ameaçada de lesão, em seus direitos, por comportamentos abusivos ou ilegais praticados pelo Poder Público.

Na realidade, o acesso ao Poder Judiciário reflete, na significativa projeção dos seus efeitos, uma expressiva garantia de índole constitucional destinada a permitir a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos eivados de ilicitude ou de desrespeito ao sistema normativo.

O direito ao processo constitui prerrogativa jurídica da maior relevância.

Não custa rememorar, neste ponto, por oportuno, que o direito de acesso aos juízes e tribunais – concebido, de um lado, para salvaguardar direitos e liberdades

fundamentais e reconhecido, de outro, como o meio mais eficaz de neutralizar situações de convulsão social e de impedir o exercício arbitrário das próprias razões – apoia-se em proclamação formal, que, introduzida, de modo explícito, pela Constituição democrática de 1946 (art. 141, § 4º), tem sido reiterada, ao longo do nosso processo histórico, pelos sucessivos documentos constitucionais republicanos até hoje promulgados.

O legislador constituinte, ao consagrar o postulado assegurado do ingresso em juízo, fez uma clara opção de natureza política, pois teve a percepção – fundamental sob todos os aspectos – de que, onde inexistia a possibilidade do amparo judicial, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou, até mesmo, dos excessos de particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa.

É por essa razão que a norma constitucional garantidora do direito ao processo tem sido definida por eminentes autores como o parágrafo régio do Estado democrático de direito, pois, sem o reconhecimento dessa essencial prerrogativa de caráter político-jurídico, restarão descaracterizados os aspectos que tipificam as organizações estatais fundadas no princípio da liberdade.

Veja-se, portanto, que a necessidade de respeito ao império da lei e a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional do Estado – que constituem valores essenciais em uma sociedade estruturada em bases democráticas, organizada sob a égide do princípio da liberdade – devem representar, no contexto de nosso sistema normativo, o sopro inspirador da harmonia social, significando, ainda, na expressiva concreção do seu alcance, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento impregnado de arbítrio e de ilicitude.

Em suma: a possibilidade de solução jurisdicional dos conflitos representa índice revelador do grau de desenvolvimento cultural dos povos e significa, por isso mesmo, a diferença fundamental entre civilização e barbárie, nada podendo justificar, desse modo, que o exercício concreto do direito de ação, na situação mencionada no art. 1º, I, g, da LC nº 64/1990, represente um ato de descumprimento dos preceitos da probidade administrativa e da moralidade.

Observo, ainda, Senhor Presidente, que, em julgamento que proferi nesta Suprema Corte, invalidei procedimento de que resultou arbitrária rejeição, por certa Câmara de Vereadores, das contas públicas de determinado ex-prefeito municipal, a quem se negou, abusivamente, o exercício da garantia constitucional inerente ao *due process*.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal desconstituiu, em processo fundado na mesma ressalva que a Associação dos Magistrados Brasileiros ora sustenta ser transgressora dos preceitos da probidade administrativa e da moralidade para o exercício da função eletiva, um julgamento político-

administrativo emanado de Câmara Municipal e gerador da inelegibilidade que injustamente incidira, naquele caso, sobre certo ex-prefeito municipal.

A decisão por mim proferida está assim ementada:

“Julgamento das contas do prefeito municipal. Poder de controle e de fiscalização da Câmara de Vereadores (CF, art. 31). Procedimento de caráter político-administrativo. Necessária observância da cláusula da plenitude de defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Imprescindibilidade da motivação da deliberação emanada da câmara municipal. Doutrina. Precedentes. Transgressão, no caso, pela câmara de vereadores, dessas garantias constitucionais. Situação de ilicitude caracterizada. Consequente invalidação da deliberação parlamentar. Reconhecido e provido.

– *O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31).*

Essa fiscalização institucional *não pode* ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – *devendo efetivar-se* no contexto de procedimento *revestido* de caráter político-administrativo – *está subordinada* à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, *dos postulados constitucionais que asseguram*, ao prefeito municipal, *a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório.*

– *A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do chefe do Poder Executivo local, além de supor o indeclinável respeito ao princípio do devido processo legal, há de ser fundamentada, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Constituição da República.”*

(RE nº 235.593/MG, rel. Min. Celso de Mello.)

A pretensão da Associação dos Magistrados Brasileiros, desse modo, se analisada sob a perspectiva da cláusula constitucional do *due process of law*, também não pode ser acolhida, eis que, como se sabe, ninguém – qualquer que seja a natureza do procedimento estatal (judicial ou administrativo) – pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro (MS nº 27.422-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

Cumprir ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o

reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; Pinto Ferreira, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; Jessé Torres Pereira Júnior, "O Direito à Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73, item nº 17, 1991, Renovar; Edgard Silveira Bueno Filho, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 47/49, 1994, Saraiva; Celso Ribeiro Bastos, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; Lúcia Valle Figueiredo, "Curso de Direito Administrativo", p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo (RDA nº 97/110 – RDA nº 114/142 – RDA nº 118/99 – RTJ nº 163/790, rel. Min. Carlos Velloso – AI nº 306.626/MT, rel. Min. Celso de Mello, "in" Informativo/STF nº 253/2002 – RE nº 140.195/SC, rel. Min. Ilmar Galvão – RE nº 191.480/SC, rel. Min. Marco Aurélio – RE nº 199.800/SP, rel. Min. Carlos Velloso, v.g.):

"Restrição de direitos e garantia do due process of law.

– O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina."

(RTJ nº 183/371-372, rel. Min. Celso de Mello.)

Isso significa, portanto, que assiste, ao cidadão, mesmo em procedimentos de índole administrativa, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV.

O respeito efetivo à garantia constitucional do *due process of law*, ainda que se trate de procedimento administrativo, condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investido o Poder Público, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado.

Esse entendimento - que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa - tem o beneplácito do autorizado magistério doutrinário expendido pela eminente Professora Ada Pellegrini Grinover ("O Processo em Evolução", p. 82/85, itens nºs 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária), como pode assinalar em decisão por mim proferida, como relator, no MS nº 26.200-MC/DF.

Vê-se, desse modo, que também o exame da controvérsia sob a perspectiva da garantia do *due process of law* - que representa expressiva limitação constitucional aos poderes do Estado - demonstra ser inacolhível o pleito ora deduzido pela parte ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros também argui que as sucessivas decisões do Tribunal Superior Eleitoral que deram origem à Súmula nº 13 ("Não é auto aplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994") teriam importado em descumprimento dos preceitos fundamentais por ela invocados.

Entendo não lhe assistir razão, eis que a norma constitucional em causa (CF, art. 14, § 9º) veicula típica norma de integração, que reclama, para fins de sua integral aplicabilidade, a necessária *interpositio legislatoris*, consoante adverte a doutrina ao analisar a questão do gradualismo eficaz das regras inscritas no texto da Constituição (Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 48/49, 1982, Saraiva; Maria Helena Diniz, "Norma constitucional e seus efeitos", p. 101/102, 1989, Saraiva; Michel Temer, "Elementos de Direito Constitucional", p. 27, 5ª ed., 1989, RT; José Afonso Da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 75/77, 1968, RT).

Na realidade, o exame do conteúdo material da regra inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição evidencia que referida norma depende, para efeito de sua incidência, notadamente naquilo que se refere aos critérios e elementos nela estipulados (como a definição de outros casos de inelegibilidade e a fixação de prazos), de regulamentação normativa concretizável, unicamente, mediante lei complementar, pelo Congresso Nacional.

Isso significa, portanto, que o § 9º do art. 14 da Constituição qualifica-se como típica regra provida de eficácia meramente limitada, cuja aplicabilidade depende, em consequência, da edição de ato legislativo que atue como requisito indispensável ao pleno desenvolvimento da normatividade do preceito constitucional em questão.

É preciso ter presente, neste ponto, que a Constituição brasileira consagrou, em seu texto, uma ordem normativa cujo grau de eficácia e de aplicabilidade revela-se essencialmente desigual.

A doutrina constitucional – quer no âmbito do direito brasileiro (Ruy Barbosa, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, coligidos por Homero Pires, vol. 2/474-476, 1933; José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 253/255, 1968, RT; Celso Ribeiro Bastos/Carlos Ayres Britto, “Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, 1982, Saraiva, dentre outros), quer no plano do direito comparado (Thomas M. Cooley, “*A treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*”, p. 119/120, 1903, Boston; Caetano Azzariti, “*Problemi attuali de diritto costituzionale*”, p. 98, 1951, Milano; Vezio Crisafulli, “*La Costituzione e le sue disposizione di principio*”, 1952, Milano, inter plures) – sempre sustentou, ainda que com variações terminológicas diversas e expressões conceituais distintas, a existência de um irrecusável gradualismo eficaz das normas constitucionais.

Maria Helena Diniz, em precisa abordagem desse tema (“Norma Constitucional e seus Efeitos”, p. 104, 1989, Saraiva), assevera:

“Há, portanto, um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade.

Certos mandamentos constitucionais são completos e plenos, por não exigirem normação subconstitucional posterior, independentemente de leis complementares ou de leis ordinárias que permitam a sua aplicação imediata; outros não têm essa execução imediata, devendo ser completados por leis ulteriores. Nestes últimos, os efeitos pretendidos pelo poder constituinte só ocorrerão se houver a requerida emissão de norma jurídica ordinária ou complementar.

Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, à sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados.” (Grifei.)

Outro não é, na matéria, o ensinamento de José Afonso da Silva (op. cit., p. 75), para quem “O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas

constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”.

É, precisamente, o que ocorre com o preceito inscrito no § 9º do art. 14 da Constituição, que configura, na clássica acepção das regras constitucionais de eficácia limitada, uma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa. Sem a legislação integrativa da vontade do constituinte, normas constitucionais – como a de que ora se trata – “não produzirão efeitos positivos” nem mostrar-se-ão aplicáveis em plenitude, pois “Não receberam [...] do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata” (Maria Helena Diniz, op. cit., p. 101).

Essa exigência de completabilidade da norma constitucional de eficácia meramente relativa torna-a, por via de consequência, diretamente dependente, para fins de sua integral aplicabilidade, de ato legislativo futuro. Essa particular situação normativa das regras constitucionais que demandam a *interpositio legislatoris*, para que possam, então, operar, em plenitude, todas as suas consequências e virtualidades eficaciais, foi bem apreendida por Vezio Crisafulli (op. cit., p. 159), que lhes conferiu a designação formal de normas constitucionais de eficácia limitada, por dependerem:

“[...] de emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei [...], lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.”

A regra inscrita no § 9º do art. 14 da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – constitui, pois, preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado.

O Congresso Nacional desempenha, nesse contexto, a relevantíssima função de sujeito concretizante da vontade formalmente proclamada no texto da Constituição.

Sem que ocorra a *interpositio legislatoris*, a norma constitucional de eficácia limitada não produzirá, em plenitude, as consequências jurídicas que lhe são pertinentes.

A imprescindibilidade da *interpositio legislatoris* evidencia-se em face da insuficiência mesma dos elementos normativos que compõem a estrutura da regra constitucional em questão.

Na expressiva lição dos eminentes constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (“Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 48/49, 1982, Saraiva), as normas de integração – como a de que ora se trata – “são inexecutáveis em toda a sua potencialidade”, condicionando-se, por isso mesmo, a sua real aplicação, à existência de “outra norma integradora de sentido, de modo a surgir uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas”.

Na verdade, assinalam esses autores, a complementação integradora do preceito constitucional, por via legislativa, decorre do fato, juridicamente relevante, de a matéria normada ainda não ter obtido “definitividade em seu perfil”.

Tenho para mim, desse modo, consideradas as razões ora expostas, que não se mostra possível reconhecer, quanto à interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao § 9º do art. 14 da Constituição (qualificado por essa alta Corte judiciária como norma desprovida de autoaplicabilidade), que teria ocorrido o alegado descumprimento dos preceitos fundamentais invocados pela ora arguente.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, ao pretender que o Supremo Tribunal Federal determine, “a todos os juízes eleitorais, de qualquer instância, que observem a autoaplicabilidade da norma do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR nº 4/1994” (fls. 33), busca, em última análise, que esta Suprema Corte, com apoio no art. 10 da Lei nº 9.882/1999, “fixe, como condição e como modo de interpretação dos preceitos fundamentais, que caberá à Justiça Eleitoral sopesar a gravidade das condutas apontadas na lei complementar, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do candidato” (fls. 34).

Como venho de assinalar, o § 9º do art. 14 da Constituição, por traduzir norma revestida de eficácia meramente limitada, não dispõe de autoaplicabilidade.

Esta Suprema Corte não pode, por isso mesmo, substituindo-se, inconstitucionalmente, ao legislador, estabelecer, com apoio em critérios próprios, meios destinados a viabilizar a imediata incidência da regra constitucional mencionada (CF, art. 14, § 9º), ainda mais se se considerar que resultarão, dessa proposta da AMB, restrições que comprometerão, sem causa legítima, a esfera jurídica de terceiros, a quem não se impôs sanção condenatória com trânsito em julgado.

É preciso advertir que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

A definição de outras hipóteses de inelegibilidade e o estabelecimento do lapso temporal em que tais restrições jurídicas subsistirão encontram, no Congresso Nacional – e neste, apenas –, o sujeito concretizante da cláusula fundada no § 9º do art. 14 da Constituição, a significar que, na regência dessa matéria, há de prevalecer o postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal, como tem sido proclamado, pelo Tribunal Superior Eleitoral, nas sucessivas decisões que refletem, com absoluta fidelidade e correção, a orientação consagrada na Súmula-TSE nº 13.

Não constitui demasia observar, a propósito da reserva de lei – consoante adverte Jorge Miranda (“Manual de Direito Constitucional”, tomo V/217-220, item nº 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) –, que se trata de postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas,

quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal modo que, conforme acentua o ilustre professor da Universidade de Lisboa, “quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão” (grifei).

Disso resulta não se revelar constitucionalmente possível a substituição, por critério autônomo do Poder Judiciário (deste Supremo Tribunal Federal, inclusive), dos critérios que a Lei Fundamental, em tema de definição de outras hipóteses de inelegibilidade, quis – em cláusula impregnada de inquestionável intencionalidade – que emanassem, unicamente, do legislador.

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, na matéria em questão, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ nº 126/48 – RTJ nº 143/57 – RTJ nº 146/461-462 – RTJ nº 153/765 – RTJ nº 161/739-740 – RTJ nº 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios de inelegibilidade, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento.

É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Devo ressaltar, neste ponto, Senhor Presidente, com especial veemência, que o Supremo Tribunal Federal e os órgãos integrantes da Justiça Eleitoral não podem agir abusivamente nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na Constituição da República.

Em consequência de tais limitações constitucionais, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para ferir, com a inelegibilidade, quem inelegível não é, seja em face do texto constitucional, seja em face da legislação comum, de natureza complementar.

Tenho presente que este é um julgamento de grande importância, considerada a natureza do pleito nele formulado.

Devo reconhecer, no entanto, que, no Estado democrático de direito, os poderes do Estado (inclusive os desta Suprema Corte) acham-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão.

O Estado, em tal contexto, não pode, mediante resposta jurisdicional que implica usurpação dos poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva, para, em transgressão inaceitável aos postulados da presunção de inocência, da divisão funcional do poder e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente inconcivíveis com referidas diretrizes fundamentais.

Não se questiona a alta importância da vida pregressa dos candidatos, pois a probidade pessoal e a moralidade administrativa representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública.

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

Tenho reconhecido, por isso mesmo, que a probidade e a moralidade traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais cuja eficácia subordinante conforma e condiciona, qualquer que seja a dimensão de sua atuação, o exercício dos poderes estatais.

A defesa dos valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo traduz medida da mais elevada importância e significação para a vida política do país.

O respeito a esses valores, cuja integridade há de ser preservada, achase presente, de qualquer forma, na própria LC nº 64/1990, pois esse diploma legislativo, em prescrições inteiramente fiéis à Constituição, como aquelas constantes de suas alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I do art. 1º, afasta, do processo eleitoral, pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, no entanto, o reconhecimento da inelegibilidade, ao trânsito em julgado das decisões judiciais, fazendo-o em cláusulas normativas plenamente compatíveis com o nosso ordenamento constitucional.

A legitimidade dos fins, Senhor Presidente, não justifica a ilegalidade ou inconstitucionalidade dos meios cuja adoção se entenda necessária à consecução dos objetivos visados, por mais elevados, dignos e inspirados que sejam.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, deixo assentadas as seguintes conclusões:

(1) a regra inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994, não é auto aplicável, pois a definição de novos casos de inelegibilidade e a estipulação dos prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, dependem, exclusivamente, da edição de lei complementar, cuja ausência não pode ser suprida mediante interpretação judicial;

(2) a mera existência de inquéritos policiais em curso ou de processos judiciais em andamento ou de sentença penal condenatória ainda não transitada em

julgado, além de não configurar, só por si, hipótese de inelegibilidade, também não impede o registro de candidatura de qualquer cidadão;

(3) a exigência de coisa julgada a que se referem as alíneas d, e e h do inciso I do art. 1º e o art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990, não transgride nem descumpre os preceitos fundamentais concernentes à probidade administrativa e à moralidade para o exercício de mandato eletivo;

(4) a ressalva a que alude a alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, mostra-se compatível com o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.

Sendo assim, e em face das razões expostas, julgo improcedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Quero esclarecer, Senhor Presidente, que o meu voto examina, inicialmente, algumas questões preliminares, notadamente aquela referente à ausência, no caso, de qualquer incompatibilidade processual que possa impedir o exame desta causa pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal que têm assento no Tribunal Superior Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Necessito de um esclarecimento, ministro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Foi suscitada essa preliminar?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Não foi!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vossa Excelência está apenas registrando a matéria?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Apenas registrando, por considerá-la relevante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É importante, sem dúvida alguma. Geraria enorme perplexidade, ante os precedentes, se tivesse sido suscitada, principalmente pelo presidente do Senado Federal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): O registro que faço em meu voto, no qual examino, amplamente, essa questão, expressa a posição dominante

na jurisprudência desta Corte, no sentido de que os eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, com assento no Tribunal Superior Eleitoral, não sofrem qualquer incompatibilidade para julgar processos de controle abstrato, quando instaurados contra ato normativo emanado do TSE.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não há neste caso qualquer confusão, considerada a participação do Ministro no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo. E, no precedente citado por Vossa Excelência, originário do Rio de Janeiro, ocorreu até uma curiosidade a revelar a equidistância daqueles que personificam o Estado-juiz: um flamenguista votou a favor do vascaíno e um vascaíno votou contrário ao candidato vascaíno – o cidadão Eurico Miranda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, a coerência deve primar nos atos humanos. Estou lembrado de haver suscitado, quanto a essa mesma associação de âmbito nacional, em certo caso a envolver lei do Estado de Sergipe, a questão da pertinência temática.

O que se tem na verdade? Não reconheço, presidente, a qualquer associação, seja de âmbito regional ou nacional, o papel de tutora dos cidadãos em geral.

E, aqui, a autora desta ação vem adotando o papel, no cenário jurídico nacional, de tutora dos eleitores. Refiro-me expressamente ao fenômeno verificado: a divulgação de lista de candidatos que têm contra si inquérito ou ação em andamento, também não é a Associação dos Magistrados Brasileiros censora da Justiça Eleitoral, do judiciário especializado eleitoral, no que o Tribunal Superior Eleitoral elucidou o tema de forma contrária ao que ela sustenta.

O que ocorre quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental? Remete a lei regedora dessa ação à Constituição Federal, no que busca definir os legitimados para propô-la. E, aí, se tem preceito a revelar como legitimados – estamos aqui no campo das condições da ação – aqueles que são legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

A jurisprudência do tribunal é pacífica no que distingue, por exemplo, o papel das associações de âmbito nacional do papel reservado aos partidos políticos, reservado mesmo ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem uma tradição de atuação em defesa da própria sociedade.

A Corte impõe, no tocante à legitimidade, instituto que deve ser perquirido quando ajuizada ação direta de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, quando ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental por associação de âmbito nacional. O instituto é o da pertinência temática.

Não consigo, por mais que me esforce – como não consegui também ver a pertinência temática quanto à legitimação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para impugnar lei de Sergipe que versava prerrogativa dos

delegados, a não ser que admita que a AMB está no mesmo patamar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –, perceber a pertinência temática quanto ao ajuizamento, quanto a matéria de fundo versada na inicial.

Estava me reservando para votar sob esse ângulo quando chegasse a oportunidade, fazendo-o de forma concentrada, presente a concepção quanto à matéria de fundo, mas houve o destaque das preliminares e permito-me, presidente, até para guardar coerência, concluir – e chego ao voto sobre a matéria – pela ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, extinguindo o processo sem a apreciação do tema de fundo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): O meu voto examina, preliminarmente, Senhor Presidente, a questão concernente à legitimação ativa *ad causam* da Associação dos Magistrados Brasileiros.

Nesse voto, e ante a constatação do vínculo de pertinência temática, tenho como ativamente legitimada, ao exercício da presente arguição de descumprimento, essa entidade de classe de âmbito nacional.

Se Vossa Excelência e os eminentes ministros o quiserem, poderei ler, integralmente, o meu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Não é necessário.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Mesmo porque, Senhor Presidente, não vejo como, contrariamente, *data venia*, ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, entender-se que a OAB seja um legitimado universal e a AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros, não o seja. Não entendo com qual critério poderíamos estabelecer essa distinção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, referi-me à tradição e à jurisprudência da própria Corte.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas ainda que não se reconheça a legitimação universal, no caso há uma pertinência específica.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: No caso, não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não tivesse havido o veto ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/1999, que cogitava da legitimação de todo e qualquer prejudicado ou ameaçado em certo direito por ato do Poder Público, concluiria pela legitimação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Mas como vejo a AMB? Como existem outras associações que também congregam magistrados,

como entidade de classe de âmbito nacional, assento – com a devida vênia daqueles que a colocam no mesmo patamar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não o faço – a ilegitimidade para a propositura.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): No caso, todavia, primeiro, a polêmica já instaurada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A conveniência em adentrar-se a matéria é a maior possível. Isso reconheço. Mas é insuficiente. Prevalece o aspecto legal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Não tenho qualquer dúvida, Senhor Presidente, em reconhecer plenamente configurado, na espécie, o requisito relativo ao vínculo de pertinência temática, a tornar plenamente admissível o exercício, pela AMB, desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Inclusive por conta do vínculo de pertinência por parte da própria associação. Depois tivemos aqui a manifestação clara do próprio procurador-geral da República no sentido da procedência, o que significaria também uma manifestação, em um processo objetivo, no sentido da viabilidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Quero deixar claro, Senhor Presidente, que não atribuo, à AMB, legitimação ativa universal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): A proposta de ação formulada no caso específico. Creio que depois poderemos e deveremos, talvez, discutir essa questão em outros casos. Mas, no caso específico, a própria polêmica instaurada a partir da ação institucional da AMB recomenda que conheçamos da ação.

VOTOS

(S/ PRELIMINAR)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente relator, mas tenho a mesma convicção firmada pelo Ministro Marco Aurélio.

Eu tinha também resolvido, como aliás, ao meu ver, converge o Ministro Marco Aurélio, não levantar esta preliminar, entendendo que a matéria está posta.

O eminente procurador-geral da República fez a sua intervenção e o tema merece decidido pela Suprema Corte, considerando especificamente a proximidade do processo eleitoral e, igualmente, as manifestações variadas dos juízes e dos tribunais regionais eleitorais, embora manifestações indevidas porque já contrárias à decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

Mas já que a preliminar é arguida, eu peço vênia ao eminente relator para entender também que a Associação dos Magistrados Brasileiros tem uma finalidade institucional, e essa finalidade, com todo maior respeito, não está agasalhada na questão submetida a esta Corte relativa ao processo eleitoral.

Portanto, peço vênia ao relator e acompanho o voto do eminente Ministro Marco Aurélio no sentido de acolher a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Senhor Presidente, vou pedir vênia e acompanhar o Ministro Marco Aurélio com a observação, inclusive, de haver um outro cânone, o da neutralidade do magistrado. Eu diria até que o envolvimento nessa questão talvez acabasse levando ao impedimento dos magistrados que optaram por esse caminho, amanhã ou depois, para julgar qualquer processo em que se discuta a matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Talvez o receio da associação de ver os filiados votando em candidatos que tenham inquérito ou processo-crime!

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes (presidente) e Celso de Mello (relator).

VOTOS **(S/ PRELIMINAR)**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, só para consignar que estou, com o devido respeito, acompanhando, sobre a preliminar, o voto do eminente relator, pelas particularidades do caso. Não me comprometo com a tese de que a associação tenha legitimidade de caráter universal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Tenho a impressão de que em outros momentos teremos oportunidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Há, aqui, uma série de fatos que envolvem pronunciamentos e críticas de juízes e, até, questões disciplinares da magistratura.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): A própria ação institucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): O meu voto não atribui legitimação ativa universal à Associação dos Magistrados Brasileiros. Foi por tal razão que procedi à indagação em torno da existência, ou não, neste processo, do nexo de pertinência temática, vindo a concluir, no caso ora em análise, no sentido de sua configuração.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Isso vai ficar claro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Parece-me, Senhor Presidente, que a leitura do meu voto torna muito claro o aspecto ora discutido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): O relator, na verdade, imaginou que a matéria não daria ensejo a tanta polêmica e, por isso, quis adiantar a sua manifestação.

Voto **(S/ PRELIMINAR)**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Senhor Presidente, queria fazer apenas uma rápida intervenção em razão da questão suscitada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. Eu gostaria de afirmar que a legitimação universal da Ordem dos Advogados do Brasil decorre expressamente do Estatuto da OAB, a Lei nº 8.906/1994, que no art. 44 estabelece competir à OAB:

“Art. 44. [...]

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela mais rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;”

E à semelhança do que fez o eminente Ministro Cezar Peluso, não me comprometo com a tese da abrangência da legitimação, assim como também o fez o eminente ministro relator.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Desejo registrar que reconheço presente, na espécie, o vínculo de pertinência temática qualificador da

legitimação ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, sem que isso implique afirmar que a AMB dispõe de legitimação ativa universal para a instauração do processo de controle normativo abstrato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Sim, no caso concreto, e Sua Excelência o eminente relator mostrou muito bem existir uma perplexidade na magistratura nacional com relação à interpretação dos dispositivos impugnados. Portanto, a meu ver, neste caso específico, há, sim, a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros.

Portanto, acompanho o relator nesse aspecto.

Voto
(S/ PRELIMINAR)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, talvez fosse conveniente deixar registrado que aqueles que não acompanharam o Ministro Marco Aurélio estão acompanhando o ministro relator exatamente segundo foi exposto. Vale dizer, rigorosamente em função deste caso agora julgado. Até porque, como foi arguido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, haveria um outro dado a considerar, é que a Constituição fala exclusivamente numa entidade: Ordem dos Advogados. Daí a diferença. Então, é matéria constitucional.

Apenas para deixar esse registro, pois acho conveniente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Teremos oportunidade de nos manifestarmos em outro caso, mas o eminente relator deixou isso claro.

Voto

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, eu não posso deixar de começar sem elogiar o voto erudito, profundo do Ministro Celso de Mello. Como diria o Ministro Peluso, o Ministro Celso de Mello nos regalou a todos com um voto que confirma a biografia de Sua Excelência como um dos mais importantes Ministros da história deste Supremo Tribunal Federal. Um voto antológico, com toda certeza; um voto de quem maneja as categorias jurídicas com a segurança do mais experimentado guia.

De sorte que, Ministro Celso de Mello, seria uma insensibilidade de minha parte deixar de dizer que Vossa Excelência, nesse voto que acabou de proferir, nos encheu às medidas no plano das nossas mais, digamos, requintadas exigências intelectuais, notadamente no plano do Direito Constitucional e do Direito Penal. Vossa Excelência transitou com impressionante desembaraço por essas duas áreas

do saber jurídico; e, como eu antecipo, tenho ponto de vista contrário ao de Vossa Excelência, confesso também que me sinto, aqui, em posição desconfortável intelectualmente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (relator): Não posso deixar de registrar, eminente Ministro Carlos Britto, que os pronunciamentos de Vossa Excelência a propósito do tema ora em exame, ainda que divergentes do voto que venho de proferir, mostram-se extremamente densos e altamente respeitáveis.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Obrigado, Excelência.

Senhor Presidente, basicamente a minha divergência com o voto do Ministro Celso de Mello está nos seguintes aspectos: eu não absolutizo — permitam-me falar assim — a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que se lê no inciso LVII do art. 5º da Constituição, isso porque não identifico de todo a esfera penal e a esfera eleitoral. Vale dizer, não identifico a individualidade e a representatividade política. Faço uma separação, não radical, mas entendo que são setores diferenciados da Constituição e que reclamam, de nossa parte, equacionamento jurídico também distinto.

Nessa mesma linha, não equiparo o instituto da suspensão dos direitos políticos e condição de elegibilidade, nem causa de inelegibilidade. Também eu distingo as coisas e tentarei, no tempo mais curto que me for possível, explicar meu ponto de vista.

No mais, o relatório de Sua Excelência foi preciso. De fato, o TSE, na resposta formal à consulta que lhe foi endereçada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, em um processo administrativo — parece-me que foi a Consulta nº 1.261 —, confirmou a sua Súmula de Jurisprudência nº 13, no sentido de recusar ao § 9º do art. 14 da Constituição o traço da autoaplicabilidade eficaz.

Também Sua Excelência deu conta de que a matéria, no âmbito da Justiça Eleitoral, não é pacífica, dado que vinte e seis tribunais regionais eleitorais, reunidos no Rio de Janeiro, no mês de junho, entenderam que vida pregressa do candidato nessa perspectiva ética, vida pregressa enquanto histórico de vida moral ou biografia moral do candidato é, sim, condição de elegibilidade e, portanto, habilitante de um juízo de valor por parte de juízes eleitorais e dos próprios tribunais quando da análise dos pedidos de registro de candidatura. No caso desta eleição, como é municipal, tudo se passa no âmbito dos juízes eleitorais.

O meu voto, que foi vencido, mas que teve algum merecimento para trazer comigo as qualificadíssimas adesões do Ministro Joaquim Barbosa, desta Casa, e do Ministro Félix Fischer, do STJ, faz uma diferença entre os diversos blocos ou subconjuntos normativos dos direitos fundamentais que estão inscritos no Título II da Constituição. Eu faço uma separação bem nítida entre direitos individuais,

direitos sociais e direitos políticos, valendo-me do que tenho como aplicação rigorosa do método sistemático de interpretação do Direito. Porque, de fato, os temas agitados nesta ADPF e naquela consulta no TSE são de elevada estatura constitucional ou forte compleição constitucional, exigindo de nossa parte um raciocínio jurídico verdadeiramente sutil, refinado, requintado, delicado, obrigando-nos a fazer distinções que põem à prova a nossa acuidade intelectual, ou que nos requesta o uso do chamado olho clínico – olho clínico na esfera da cognição jurídica.

É um caso, portanto, particularmente ilustrativo dessa ontologia do Direito, para o que tem especial serventia não só o método sistêmico de interpretação jurídica, mas o manejo do que se tem chamado de conceitos constitucionais capitais, na doutrina de Fix Zamudio, porque são conceitos que orientam, parametrizam, conduzem à interpretação de numerosos dispositivos constitucionais. E, como o método sistêmico é particularmente prestimoso para identificar no continente dos direitos fundamentais esses três conteúdos eminentes – dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos políticos –, eu fiz essa distinção que agora tento reproduzir com brevidade.

Os direitos fundamentais tanto quanto as garantias constitucionais do Título II distribuem-se por blocos menores, por subconjuntos em apartado, pela forte razão de que eles não mantêm vínculo funcional imediato com os mesmos princípios constitucionais estruturantes, que são aqueles cinco fundamentos que vão do inciso I ao inciso V do art. 1º da CF. Trata-se de direitos e garantias que operacionalmente se vinculam mais a uns protoprincípios constitucionais do que a outros, porque são modelos de direitos e garantias que têm a sua própria história de vida, o seu inconfundível perfil político filosófico, definidor das respectivas finalidades. Vale dizer, um perfil político filosófico que é a própria justificativa do vínculo funcional mais direto com esse ou com aquele outro princípio constitucional fundante da nossa República Federativa.

Veja-se que o bloco dos direitos e garantias individuais está centralmente direcionado para a concretização desse fundamento da República que é a dignidade da pessoa humana, reverenciando por modo exponencial o indivíduo e seus particularizados grupamentos. Suas corporações. Por isso que o capítulo é dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Logo, são dispositivos constitucionais voltados para a proteção dos bens chamados de personalidade individual, ou, então, bens de personalidade corporativa. São bens que se caracterizam por uma clássica, tradicional oponibilidade à pessoa jurídica do Estado, mas tudo de acordo com o clássico modelo político liberal de estruturação tanto do Estado quanto da sociedade civil. É o imperecível legado do iluminismo enciclopedista que desaguou na Revolução Francesa de 1789.

Quanto aos direitos sociais, também identifico a sua etiologia constitucional a partir do século XIX, para dizer que eles têm um vínculo funcional direto, não

propriamente com o princípio da dignidade da pessoa humana — embora os direitos sociais sejam também servientes do princípio da dignidade da pessoa humana —, mas o seu vínculo direto ou imediato com esse fundamento da República que se inscreve no inciso IV do art. 1º da Constituição e que leva o nome de valores sociais do trabalho.

Então eu salto para o sistema dos direitos políticos — agora sim, é o que mais de perto nos interessa — a fim de apontar o seu vínculo funcional mais próximo com dois geminados princípios constitucionais: o princípio da soberania popular, que é o inciso I do art. 1º, e o princípio da democracia representativa ou indireta, que está no parágrafo único do art. 1º da Constituição.

Aqui, neste campo dos direitos políticos, o exercício deles não é para servir imediatamente aos seus titulares — e já vai aí uma primeira diferenciação fundamental —, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva — esses dois valores que acabei de dizer: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta. É uma diferenciação que precisa ficar bem clara. Quanto aos magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, para que eles existem? Eles existem como a resultante lógica, como a consequência do particularizado exercício dos direitos de índole social e daqueles rotulados como de natureza individual. Logo, nestes últimos, o que se visa em primeiro plano é beneficiar por modo concreto os individualizados sujeitos das duas categorias de direitos: direitos individuais e direitos sociais. Somente no segundo momento lógico é que se pode falar de concreção desses dois fundamentos da República: dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho.

Quando nos deslocamos, todavia, para os basilares princípios da soberania popular e da democracia representativa, quem primeiro resplende não são os bens de personalidade. Nem de personalidade individual nem de personalidade corporativa; pelo contrário, são valores ou ideias transindividuais, porque agora estamos no reino do coletivo. Reino de tudo aquilo que é de todos, pela sua maior abrangência individual, geográfica e material, tudo conjugadamente.

Por isso é que o eleitor, titular de direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar. Seu primeiro dever, no instante mesmo em que ele exerce o direito de votar, é para com a afirmação da soberania popular e da autenticidade do regime representativo. O mesmo acontecendo com o candidato. O candidato a cargo político eletivo só está autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade geográfica ou territorial por inteiro. Jamais para apresentar a si mesmo, como diria Pontes de Miranda.

É por isso que o voto é um direito e um simultâneo dever e ninguém pode vender o seu voto porque não se trata de direito potestativo, disponível. Não estamos no campo dos bens de personalidade individual, portanto, e não são

bens também da chamada personalidade corporativa. O candidato também não pode comprar voto, porque o direito de votar e de ser votado estão jungidos a valores outros que são dominados por um princípio da responsabilidade, que só podem ser exercidos nos quadrantes de valores muito mais abrangentes, como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo.

Portanto, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa do candidato, são valores condicionantes do exercício dos direitos políticos, os quais se dão nessa perspectiva da responsabilidade, que termina sendo um respeito ou uma reverência para com esses conjugados valores da soberania popular, do regime representativo, da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo. Sempre considerada a vida pregressa do candidato.

Se fizermos um confronto entre as duas categorias de direitos que mais nos interessam, os individuais e os políticos, chegaremos à conclusão de que subjaz à configuração constitucional dos direitos individuais uma inspiração político-filosófica de apriorístico antagonismo entre o indivíduo e o Estado. Antagonismo que, em linha de princípio, se resolve em favor do indivíduo, a quem se reconhece como quê um direito natural de se apresentar em plenitude nos atos da vida civil. A traduzir, portanto, o primado da liberdade sobre os Poderes do Estado. Donde a própria razão de ser da regra segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII do art. 5º da CF). Isso porque não se pode antecipar em desfavor do indivíduo limitações e constringências impeditivas do seu elementar direito de se apresentar em plenitude nos atos da vida civil. É a razão de ser dessa regra que todos nós saudamos como traço definidor de civilidade e de avanço democrático, simultaneamente.

Já no plano da formatação constitucional do direito de cunho político eletivo, que é de representação de toda uma coletividade, já se transborda do campo da apresentação para o campo da representação. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo, não quer celebrar negócios, participar de licitação, constituir uma empresa, participar de reunião; o indivíduo já não quer defender direito a uma patente ou a uma marca industrial. Não! Agora, ele quer ser o próprio Estado em ação. Ele quer ser membro do Estado. Ele quer disputar um cargo, no âmbito do Executivo ou do Legislativo, para se tornar membro do Poder Público; a encarnação, a face visível do Estado.

Vale dizer, agora, a base de inspiração jurídica do poder constituinte é outra. Agora, o indivíduo já não quer ser simplesmente indivíduo; ele quer ser representante de toda uma coletividade. Por isso, deve conhecer limites, constringências, responsabilidades compatíveis com essa sua pretensão de representar toda uma coletividade geograficamente situada e federativamente personalizada.

É nesse contexto que avulta a exigência de uma vida pregressa honrada, não como causa de inelegibilidade, mas como elementar, primária, axial, naturalíssima condição de elegibilidade. Tão necessária, tão da natureza do tema da representação popular que a própria Constituição nem se deu ao trabalho de explicitá-la, especiosa e detalhadamente. Assim como a Constituição não precisou explicitar, não incluiu no rol das condições de elegibilidade a escolha do candidato em convenção partidária. A Constituição não falou disso; como também do ato em si de deferimento do pedido de registro de candidatura, que, evidentemente, é uma condição de elegibilidade. Mas a Constituição não cuidou disso, de tão evidente que é a exigência.

E todos nós, quando interpretamos a Constituição ou qualquer dispositivo, preceito, princípio jurídico ou discurso jurídico positivo, partimos de um elementar dever de casa: procuramos revelar o significado técnico, ou, então, coloquial de cada palavra, de cada expressão.

Ora, num contexto republicano, que significa *res publica* senão “coisa de todos”? Tão autoevidente que levou Rui Cirne Lima a dizer que “*administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, porém gestor de coisa alheia*”. Ora, num contexto em que se fala de “candidato”, substantivo recolhido pela Constituição do vocabulário comum, do manancial vocabular do povo, candidato é cândido, puro, depurado eticamente. É aquele que, se eleito, como se fazia em Roma, usará uma simbólica túnica branca, sinalizadora de respeito às normas éticas, regentes dessa relação primária entre governantes e governados, entre administradores e administrados. Candidatura, a seu turno, é candura. Como se pode ignorar isso? É candura, limpeza, pureza, depuração ética.

A Constituição não emprestou significado diferente a certas palavras – “candidato”, estou a dizer –, porque trabalhou com esse pressuposto de que quem pretende ingressar nos quadros estatais, notadamente como membro do poder, há de possuir, há de corresponder à exigência de um mínimo ético.

Platão falava, no que foi confirmado por Montesquieu, do governo dos melhores, inclusive e sobretudo no plano ético-intelectual, mas, com o tempo, a República de Platão, estruturada e dirigida a partir dessa ideia de recrutamento dos melhores, foi ficando reduzida, reduzida, reduzida, mas não se pode reduzir tanto as coisas a ponto de se eliminar da vida pública o mínimo ético.

Veja-se o que sucede com a magistratura. Nós, aqui, fomos sabatinados, fomos arguidos publicamente pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e, depois, tivemos os nossos nomes submetidos ao Plenário do Senado Federal, tivemos que satisfazer alguns requisitos: somos brasileiros natos, à época da nomeação tínhamos mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco e portávamos, como ainda portamos, com toda certeza, esse requisito eminentemente ético da reputação ilibada.

É mais do que também lógico que os nossos examinadores fossem portadores de reputação ilibada. Se não se exige nada no plano ético, no plano da reputação

para os membros do Senado, qual seria a conclusão? Os examinadores de todos nós, que detínhamos e detemos reputação ilibada, estaríamos submetidos a exame por parte de agentes públicos inteiramente liberados de um passado, de uma biografia pautada em exigências de ordem moral.

Não é só. Quando estudei esses temas, agora objeto da presente ADPF, manejada com mão e sobremão pela Associação dos Magistrados Brasileiros, também busquei me louvar numa distinção metodológico-hermenêutica conhecida, presente no livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, de Carlos Maximiliano. O autor diz que é preciso atentar para o fato de que certos dispositivos têm uma lógica própria, exclusiva, particular. Por exemplo: o servidor público se aposenta aos setenta anos. Não adianta procurar, fora desse específico dispositivo, a lógica impositiva da sua redação e comando. O trabalhador tem direito a férias de trinta dias após doze meses de trabalho: esse tipo de dispositivo não tem uma lógica perpassante de todo o ordenamento, mas é exclusivo dele próprio. Não adianta procurar transbordamento, irradiação político-filosófica para o sistema de comandos da Constituição.

No entanto, uma norma que diga “o Brasil é uma República”, bem, essa permeia tudo. Um dispositivo cuja norma seja “a administração pública é regida pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência”, também essa perpassa todos os poros do ordenamento jurídico. A lógica é permeante de todo o sistema de comandos da Constituição, à luz da qual os próprios direitos individuais não de ser interpretados. Aí já não se pode fazer o apartamento, a segmentação das coisas.

Com essa base, procurei comparar a redação do texto magno – § 9º do art. 14 –, após a Emenda Constitucional nº 4, de 1994, com a redação originária da Constituição. Encontrei uma diferença substancial. Esse dispositivo, na redação originária, não se referia à vida pregressa do candidato, à proibidade administrativa nem à moralidade para o exercício do cargo. Natural seria, portanto, que a Lei Complementar nº 64/1990, editada, portanto, à luz dessa originária redação constitucional, se referisse a trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aliás, assim o fez muitas vezes. Mas com a Emenda nº 4, houve uma diferença substancial. Agora, a Constituição aporta para esse dispositivo valores, ou seja, a moralidade para o exercício do cargo; a proibidade administrativa, considerada a vida pregressa do candidato.

Vale dizer, a Lei Complementar nº 64, na medida em que tantas vezes exige trânsito em julgado, sofreu o que uns chamam de revogação, tecnicamente, e, outros, de inconstitucionalidade superveniente. Isso porque a exigência de trânsito em julgado é para proteger pessoas, o indivíduo, ao passo que a lei complementar, após a Emenda nº 4, somente foi requestada para proteger valores, não pessoas. A nova redação é esta, substancialmente diferente da anterior:

“Art. 14.

§ 9º – Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger” – o único sentido da edição da lei complementar é proteger, salvaguardar valores, não indivíduos, não pessoas. Que valores? – “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e” – conforme já constava da redação anterior – “a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

Como se não bastasse isso, se seccionarmos os núcleos deontológicos ou os enunciados desse § 9º, poderemos dizer que probidade administrativa é uma coisa, é um enunciado, um núcleo; moralidade para o exercício do cargo é outra. Há um terceiro núcleo deontológico: “considerada a vida pregressa do candidato”. Podemos concluir que, no mínimo, na parte em que se manda observar a vida pregressa do candidato, a norma seria de eficácia plena. No mínimo, não se pode desconsiderar a vida pregressa do candidato, seja como condição de elegibilidade, seja como causa de inelegibilidade. Vida pregressa como histórico de vida. Não se trata de um, dois ou três processos perdidos aqui e ali, muitos deles até abertos – conforme sabemos – por capricho, por perseguição, por açodamento, por maquinação. Falo é de um passivo processual somado a fatos públicos e notórios desabonadores da personalidade moral do candidato. A partir do momento em que dele não se exigir esse mínimo ético, a eleição corre o sério risco de se tornar uma corrida de revezamento, cujo bastão ora é um cassetete policial, ora um cone com as trinta moedas de que tanto ouvimos falar desde os primórdios do cristianismo.

No meu sentir, não há como fazer da vida pregressa do candidato à investidura em cargo político eletivo um indiferente jurídico. Peço vênia a todos que pensam divergentemente. No mínimo, a autoaplicabilidade estaria na expressão “considerada a vida pregressa do candidato”.

Para concluir, quero dizer que não identifico, de todo, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Aliás, para mim, suspensão de direitos políticos é uma coisa, elegibilidade é outra e inelegibilidade já é uma terceira categoria constitucional.

A Constituição, no art. 15 – e nisso ela não inovou, não foi modificada –, estabelece o seguinte:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará [agora, sim, é em *numeros clausus*, diferentemente do parágrafo 9º do art. 14; agora o rol é taxativo, é fechado] nos casos de:

- I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II – incapacidade civil absoluta;
- III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”

Vou parar por aqui, porque, quando se fala em improbidade administrativa, não se exige o requisito do trânsito em julgado, mas se remete ao art. 37, § 4º, que fala na lei, e, aí, abriríamos uma discussão interminável aqui.

Centremos nossa atenção nesta exigência: condenação criminal transitada em julgado. Por que a exigência do trânsito em julgado? Porque a suspensão ou a perda dos direitos políticos irradia os seus efeitos para o campo dos direitos sociais e para o campo dos direitos individuais. O prejuízo é múltiplo, é grande, é lato. Aí, é diferente. Até no mercado de trabalho o cidadão, que perdeu os seus direitos e deixa temporariamente de ser cidadão, ou que tem os seus direitos suspensos, já não pode, por exemplo, contratar com o Poder Público, participar de licitação, concorrer a cargo público, propor ação popular ou fazer denúncias perante o Tribunal de Contas e, portanto, decai da sua capacidade fiscalizadora dos atos do Poder Público. Por isso se exige o trânsito em julgado. Mas não estou falando de inelegibilidade; estou falando, apenas, de suspensão dos direitos políticos: a categoria é outra.

Exigiu-se o trânsito em julgado para a suspensão ou perda dos direitos políticos, pela irradiação dos efeitos maléficos desse campo político para o campo social e para o campo individual. Aí o indivíduo já não se apresenta em plenitude nos atos da vida civil. É diferente de inelegibilidade, porque, nela, os direitos políticos permanecem: não há suspensão, não há perda. A inelegibilidade é um *minus*, é uma precaução, é uma cautela. O cidadão não perde, sequer, o direito de votar. Ele tem, sim, obstruído o seu direito de representar uma coletividade, de ser votado, mas ele conserva todos os outros direitos.

Faço a seguinte pergunta, com a qual eu concludo: é proporcional, ou não, equiparar causas de elegibilidade, com suspensão ou perda dos direitos políticos? Claro que a suspensão dos direitos políticos, ou a perda dos direitos políticos, implica uma causa de não elegibilidade, mas não se exaure nisso: vai muito além, há muitos outros efeitos nas esferas de vida do indivíduo e do cidadão.

Por isso estou assentando a procedência da ADPF em todos os seus termos. Entendo que o momento é histórico é o melhor possível para que o Supremo Tribunal Federal retire a Constituição do papel e impeça que ela se torne um “elefante branco” em temas de tamanha envergadura, porque dizem respeito à autenticidade do regime representativo, à afirmação da soberania popular e ao império da moralidade para o exercício do cargo e da probidade administrativa; que impeça que a nossa Constituição se torne um “elefante branco”, para não dizer um “latifúndio improdutivo”, na linguagem de Lênio Streck.

É claro que estou dizendo isso com todo o respeito aos que pensam diferentemente. Longe de mim a intenção de desqualificar o argumento de quem quer que seja, menos ainda a personalidade de quem quer que seja. Todos nós estamos empenhados em cumprir a Constituição que, para mim, na matéria, não padece de nenhum déficit de normatividade. Talvez nós, a partir de mim mesmo, quem sabe, é que padeçamos de um déficit de interpretatividade. É como disse

certa vez Gilberto Gil, numa música chamada Drão: os filhos são todos sãos; os defeitos são todos meus.

É como voto.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, a Corte é chamada a decidir neste processo o conflito aparente entre, de um lado, os princípios da moralidade e da probidade, que informam de maneira decisiva o nosso sistema constitucional como um todo e, em particular, o subsistema atinente à representação política e, de outro lado, o princípio da presunção de inocência.

Pronunciei-me sobre a questão na qualidade de ministro do TSE, ocasião em que aderi ao luminoso voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, que, lançando mão de uma interpretação sistemática do texto constitucional, adotou uma arguta diferenciação entre a ontologia e as funcionalidades dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais sociais e as referentes aos direitos políticos. Segundo S. Excelência, enquanto os direitos sociais e os direitos e garantias individuais, ao serem exercidos, servem diretamente aos respectivos titulares, o mesmo não se dá quanto aos direitos políticos. Sustentou o eminente ministro: “Aqui, o exercício de direitos não é para servir imediatamente a seus titulares, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva: os valores que se consubstanciam, justamente, nos protoprincípios da soberania popular e da democracia representativa”.

Concordo plenamente com essa tese que postula um caráter preponderantemente objetivo para os direitos fundamentais de cunho político. E é nessa distinção que reside, a meu sentir, o elemento-chave para a conciliação de princípios constitucionais aparentemente em atrito.

Com efeito, é hoje incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. Ao contrário, restrições a direitos fundamentais de natureza política são encontradas no próprio texto constitucional, como é o caso da proibição à elegibilidade do analfabeto (CF, art. 14, § 4º). Por outro lado, tornou-se rotina no âmbito desta Corte, e de inúmeras outras Cortes Constitucionais e Supremas, o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais *a priori* dotados da mesma carga normativa, de sorte que, no caso concreto, um deles possa eventualmente prevalecer.

Ora, o princípio da presunção de inocência, como bem sustentado pelo Ministro Carlos Britto, constitui norma princípio que serve eminentemente ao indivíduo, sem qualquer repercussão fora da esfera individual. Visa a preservar a liberdade individual do cidadão contra constrangimentos de ordem criminal que se lhe sejam opostos, por meio de procedimentos pouco obsequiosos do devido processo

legal e das normas de direito processual-penal protetoras dos direitos do cidadão acusado da prática de algum delito. Já os direitos políticos têm outra conotação. Tanto o seu exercício de maneira abusiva, quanto a sua fruição na perspectiva passiva por pessoas ímporas ou envolvidas em atividades delitivas repercutem de maneira negativa não apenas na esfera individual do titular, mas sim no próprio sistema representativo como um todo. Interfere, em última análise, na relação de representação política que une os cidadãos aos seus representantes. Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não identificação do cidadão com os seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da *polis*, ou seja, aquilo que os alemães chamam apropriadamente de *Politikverdrossenheit*.

Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo art. 14, parágrafo 9º da Constituição, estas devem prevalecer.

E mais: creio que o Poder Judiciário não pode simplesmente dar de ombros e jogar a culpa no legislador. Não. É imperioso termos presente o papel que nos cabe na fixação do conteúdo do parágrafo 9º do art. 14 da Constituição, que fixa como exigência para o exercício da capacidade eleitoral passiva a probidade administrativa e a moralidade. Ao fixarmos esse conteúdo temos que ter em mente a eficácia desse dispositivo constitucional. Ouvi com atenção o eminente advogado-geral da União sustentar a tese de que a exigência do trânsito em julgado seria um critério razoável. Razoável, sim, mas para tornar letra morta o dispositivo constitucional, que, como bem frisado pelo Ministro Britto em seu voto, foi modificado em 1994 para tornar explícita a determinação do constituinte derivado de tornar cogentes os princípios da probidade, da moralidade e da observância da vida pregressa dos candidatos, valores que não constavam do texto constitucional originário.

Contudo, não obstante essas minhas observações, devo assinalar que ao aderir ao voto proferido pelo Ministro Carlos Britto no TSE, ponderei que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e para evitar situações de abuso no indeferimento indiscriminado e descriterioso de candidaturas, que se adotasse o entendimento de que a condenação criminal em primeira instância, confirmada pelo órgão jurisdicional de segundo grau, já seria o suficiente para se barrar a candidatura de pessoas cuja vida pregressa não as recomendam ao exercício de mandatos eletivos.

Creio ser esse um critério seguro e compatível com o nosso sistema constitucional. Primeiro, porque leva em conta o esgotamento das instâncias ordinárias, isto é, as instâncias incumbidas do exame dos fatos em matéria criminal. Condenado o réu em primeira e segunda instâncias, tem-se a segurança necessária quanto à materialidade dos fatos de que é acusado o eventual

candidato. Em segundo lugar, acredito ser imperioso, nos dias atuais, ter presente a circunstância de que o recurso extraordinário tornou-se uma modalidade recursal de rara cognoscibilidade, em razão da introdução pelo constituinte derivado, em nosso sistema jurídico, do instituto da repercussão geral.

Voto, portanto, pedindo vênua ao eminente relator, pela procedência parcial da ADPF, reconhecendo a eficácia plena do parágrafo 9º do art. 14 da Constituição, com os adendos que lhe foram trazidos pela EC nº 4/1994, entendendo que, para esse efeito, a sentença criminal condenatória, confirmada em segunda instância, constitui critério bastante para a aferição da probidade e da moralidade, para fins de preenchimento dos requisitos de elegibilidade.

Voto

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Em seu ensaio intitulado “Da Dignidade ou Fraqueza da Natureza Humana”, David Hume (século XVIII) diz: “Quando um homem tem em alta conta o seu próprio caráter e o seu lugar na criação, ele naturalmente se esforçará para corresponder a essa ideia, evitando fazer qualquer ação torpe ou viciosa, que o deixaria abaixo da imagem que ele construiu em sua própria imaginação” (Ensaio, Liberty Fund, Topbooks, tradução de Luciano Trigo, 2004, p. 188).

Creio também que assim é. E hoje a Suprema Corte tem diante de si questão que não está livre de complexidade nesse padrão humano de comportamento dos agentes políticos no exercício do mais sagrado dos direitos da representação popular que é o processo eleitoral.

O nascedouro é a questão de saber se efetivamente é possível uma interpretação constitucional que autorize a impugnação de candidatos com base apenas na existência de processos judiciais em que figure como réu, embora ainda sem trânsito em julgado.

Em brilhante voto, proferido no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Ari Pargendler fez um histórico da evolução do sistema eleitoral no campo das inelegibilidades resgatando a história do sistema legal, considerando a disciplina do regime constitucional anterior e a nova disciplina legal. O Ministro Ari Pargendler, então, trazendo precedentes do Tribunal Superior Eleitoral e desta Suprema Corte, mostrou a diferença existente de forma a comportar interpretação que consagrou a impossibilidade da impugnação a partir da interpretação da Lei Complementar nº 5, de 1970, presente a absolvição do candidato em sentença, embora haja recurso da acusação. Mas essa orientação do TSE não vingou na Suprema Corte, que manteve a constitucionalidade do art. 1º, I, n, da Lei Complementar nº 5, de 1970, de modo a reconhecer a inelegibilidade mesmo diante da sentença absolutória de 1º grau sujeita a

recurso. O voto condutor, naquela oportunidade, deixou claro que não se poderia exigir sentença condenatória com trânsito em julgado para o fim de dar como inelegível o candidato, admitindo até mesmo o que chamou de “sacrifício parcial do direito cívico”.

Ora, nos termos da legislação vigente, a Lei Complementar nº 64, de 1990, o legislador complementar dispôs de modo diverso, ou seja, mantida no art. 19, § 9º, da Constituição Federal a exigência da lei complementar para regular a matéria, a exigência do trânsito em julgado aparece agora como eixo para a inelegibilidade.

O que se pretende é, pela via da interpretação, restabelecer o sistema anterior ao fundamento de que os princípios constitucionais assim exigem, a partir da ideia de que o próprio art. 14, § 9º, da Constituição Federal menciona a proteção da probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Mas, sob todas as luzes, não me parece possível, por via de interpretação, em caso dessa natureza, restabelecer legislação expressamente revogada. Ao contrário, com todo respeito, entendo que a atuação jurisdicional nesse cenário significa violência contra o sistema constitucional da separação de poderes que reserva ao Poder Legislativo competência para a elaboração do direito posto. Se o Congresso Nacional, no exercício dessa competência que lhe foi distribuída pelo constituinte, alterou a regra da inelegibilidade, não pode o Poder Judiciário, por via de interpretação, restabelecer a anterior disciplina legal.

Por outro lado, gostaria de anotar que a iniciativa da Associação dos magistrados Brasileiros nessa questão está bem longe de suas finalidades institucionais, considerando que não lhe cabe pronunciamento sobre o processo eleitoral com orientação de impugnação de mandatos eletivos por via de interpretação. Isso, sem dúvida, passa ao largo de suas atividades institucionais de defesa da magistratura nacional. Não há, portanto, pertinência capaz de autorizar intervenção nessa área. A tarefa é própria dos partidos políticos, detentores de capacidade política para escolher seus candidatos e responsabilizar-se pelas escolhas que fazem como agentes fundamentais do processo eleitoral. A exagerada judicialização do processo eleitoral não convém ao aperfeiçoamento do sistema de representação política. Os partidos é que devem assumir essa maior responsabilidade de escolher seus candidatos e fazer, portanto, seleção privilegiando a honra e a dignidade daqueles que vão submeter-se ao julgamento popular do voto.

Ernst Tugendhat, da Universidade de Tübingen, escreveu ensaio sob o título “Sobre o que Significa Justificar Juízos Morais”, ensinando que o justo é um conceito contrário ao poder e, assim, uma ordem normativa justa é aquela em que os indivíduos se impuseram eles mesmos essa ordem. Portanto, uma ordem justa

é uma ordem autônoma, em um sentido diferente da autonomia preconizada por Kant. Nessa autonomia dita coletiva, cada um é ao mesmo tempo origem da norma e objeto da norma. Assim, “se um indivíduo fere um tal sistema normativo ao qual pertence, ele fere suas próprias regras, que são igualmente regra de todos. Ele fere todos os outros em sua capacidade de portadores dessa regra. E podemos dizer que a reação dos outros ao serem feridos dessa maneira é o que é *terrível* para aquele que feriu a norma. Mas o é somente se ele se entende como membro dessa sociedade moral” (Ética – Questões de Fundamentação, org. de Adriano Naves Brito, Ed. UnB, p. 26).

É bem o panorama exposto nesta ADPF. Só existe liberdade dentro da lei, só existe democracia se os direitos estabelecidos forem respeitados, só vinga o Estado de direito se todos se sentirem partícipes solidários para garantir a sua plenitude.

Como bem assinalou o Ministro Ari Pargendler em seu lúcido voto no Tribunal Superior Eleitoral, “No Estado de Direito, salvo eventual inconstitucionalidade, o critério do juiz é a lei, não podendo substituir-se a ela para impor restrições”.

Foi na mesma linha o belíssimo voto do eminente Ministro Eros Grau, no Tribunal Superior Eleitoral, ao mostrar o desafio da vida democrática, que só floresce na grandeza do respeito ao devido processo legal.

Por fim, a questão da autoaplicabilidade está superada pela só leitura da emenda constitucional. O legislador complementar é o destinatário da regra jurídica e esse legislador fez a opção pelo trânsito em julgado. Só a alteração de lei complementar de regência é capaz de autorizar a pretensão manifestada nesta ADPF.

Com essas razões, louvando o notável voto do eminente Ministro Celso de Mello, que com sua habitual cultura jurídica, que engrandece a Suprema Corte, examinou exaustivamente a matéria, concluiu pela improcedência dessa ação de descumprimento de preceito fundamental.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, Senhores Ministros, farei juntar o voto que escrevi, considerando o adiantado da hora e os belíssimos votos que foram proferidos pelo eminente relator, Ministro Celso de Mello, e já agora pelos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, a revelar, em um só termo, a beleza do ato de julgar e a grandeza da divergência.

Nesta Corte, nós todos convergimos para o princípio do Colegiado. E é por isso mesmo que aqui, tecnicamente, não há nem vencido nem vencedor. Somos, na verdade, um só quando proclamamos o direito constitucional brasileiro na mais legítima das atividades de interpretação da Constituição.

Escrevi um voto resgatando alguns princípios que me pareciam importantes, a começar de um velho estudo de David Hume, no século XVIII, sobre a dignidade ou fraqueza da natureza humana.

Vou apenas, Senhor Presidente, pedir licença a Vossa Excelência e aos eminentes ministros para destacar três aspectos que eu reputo relevantes, ao menos para o registro público desta sessão.

O primeiro é que, na minha compreensão, esta Suprema Corte não pode, sob nenhum ângulo, restabelecer uma legislação que foi revogada pelo Congresso Nacional com a edição de uma nova lei. Nós temos a capacidade amplíssima de interpretação da Constituição, mas nós não temos capacidade, porque competência nos falece, de ripristinar uma regra jurídica que o legislador complementar entendeu de revogar. Este é o primeiro ponto, e aí confino basicamente toda a fundamentação do voto que escrevi, no sentido preciso de que realmente nós estamos diante de um comando constitucional que destina à lei complementar, obedecidos os princípios que o comando estabelece, o destino de fixar a regra da elegibilidade e da inelegibilidade.

O segundo aspecto, Senhor Presidente, já ressaltai antes, quando acentuei na preliminar de legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, e agora apenas completo no sentido de entender que, na realidade, este grande papel de seleção dos candidatos, o mais sagrado do Direito Eleitoral, que é o processo de eleição dos representantes populares, deve caber, especificamente, aos partidos políticos, ainda mais considerando a disciplina constitucional dos oitenta, que mudou completamente a sua natureza jurídica. Os partidos políticos devem assumir a sua responsabilidade diante do processo eleitoral. Não existe democracia forte se não há partidos políticos fortes. E esta Suprema Corte, ainda recentemente, dentro da sua mais elevada competência, fazendo uma leitura moral da disciplina constitucional, reforçou essa ideia quando estabeleceu o princípio da fidelidade partidária, dando, portanto, um sinal, ao meu sentir, importante de que é através dos partidos políticos que se exerce a representação democrática na mais legítima forma de representação do povo. Os partidos políticos, portanto, devem assumir essa responsabilidade.

E o terceiro e último ponto, Senhor Presidente, que procuro destacar é um estudo que foi feito por Ernst Tugendhat, da Universidade de Tübingen, em que ele mostra o que significa justificar os juízos morais. Nesse estudo, ele ensina, Senhor Presidente e Senhores Ministros, que o justo é um conceito contrário ao poder e, assim, uma ordem normativa justa é aquela em que os indivíduos se impuseram eles mesmos, a eles mesmos, essa ordem. Portanto, uma ordem justa, diz Tugendhat, é uma ordem autônoma, em um sentido claramente diferente daquele posto por Immanuel Kant. Nessa autonomia que põe Tugendhat,

tratar-se-ia bem mais de uma autonomia dita coletiva. Cada um é, ao mesmo tempo, origem da norma e objeto da norma. E, *in verbis*, diz Tugendhat que:

“Assim, se o indivíduo fere um tal sistema normativo ao qual pertence, fere suas próprias regras que são igualmente regras de todos. Ele fere todos os outros em sua capacidade de portadores dessa regra. E podemos dizer que a reação dos outros, ao serem feridos dessa maneira, é o que é terrível para aquele que feriu a norma, mas o é somente se ele se entende como membro dessa sociedade moral.”

É, portanto, esse o conceito que, ao meu sentir, tem força para explicitar o respeito que devemos ter ao Poder Legislativo quando exercendo a sua competência no plano constitucional. E aqui ele o fez, com a devida vênia e louvando a interpretação divergente que foi dada, na medida em que demonstrado à saciedade pelo eminente Ministro Celso de Mello em seu culto e lúcido voto, que a disciplina normativa, o direito posto, está em sentido expressamente contrário à interpretação que se poderia dar para a exigência pretendida pela inicial desta ação.

Faço, finalmente, uma referência, e é uma homenagem que não poderia deixar de fazer, aos votos brilhantíssimos que foram proferidos no Tribunal Superior Eleitoral pelo eminente ministro relator da consulta, Ministro Ari Pargendler, e também pelo eminente Ministro Eros Grau. Na realidade, como bem assinalou o Ministro Pargendler em seu belo voto no Tribunal Superior Eleitoral, “no Estado de direito, salvo eventual inconstitucionalidade, o critério do juiz é a lei, não podendo substituir-se a ela para impor restrições.”

Com essas breves considerações, peço vênia à divergência para acompanhar o voto do eminente relator, julgando improcedente a ADPF.

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, gostaria de começar cumprimentando os Ministros que me antecederam, mas, de uma forma muito particular, os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto. Portanto, dois votos divergentes, mas não posso deixar de considerar que o trabalho do Ministro Celso de Mello honra cada um que está aqui neste momento histórico e podendo presenciar a oitava deste voto, a participação deste julgamento.

Eu penso que este julgamento tem uma importância muito grande, e há poucos meses atrás falávamos de outro, presenciamos o debate sobre as células-tronco exatamente porque dizia respeito à dignidade da pessoa humana. Penso que, neste aqui, coloca-se um dado essencial: naquele caso, estávamos a discutir o que é a possibilidade de viver para o outro; e, neste, nós estamos discutindo sobre as condições para se viver com o outro e pelo outro, na formulação posta

pelo Ministro Carlos Britto. Quer dizer, como é que a vida política se passa, que sociedade nós queremos ter a partir do que a Constituição concebe como Estado. Ou seja, queremos um Estado no qual se intervém mais na vida?

Eu digo isso, Ministro Carlos Britto, principalmente, porque, quando eu era universitária, portanto, quando me foi dada a primeira possibilidade de votar, eu não votava, porque eu morava numa capital, que me diziam assim: como vocês não sabem votar, melhor de uma vez é já nem deixar votar.

Eu sempre achei que democracia se aprende. É preciso deixar as pessoas se informarem – como foi enfatizado pelo Ministro Celso de Mello. E é com educação e informação que se pode formular uma democracia forte, e não apenas ausentando alguns quadros que, às vezes, são até ilícitos e realmente chegam a querer fazer o que não pode ser feito: numa democracia representativa, em que a ética está na base da Constituição, o fato de eles poderem se apresentar como eventuais candidatos, quando “candidatos”, até na fórmula vocabular, não seriam mesmo.

Ocorre que estamos num Estado democrático concebido constitucionalmente, e, como causa de lembrar, principalmente, nas obras doutrinárias, o Ministro Gilmar Mendes, esta não é só uma democracia, é uma democracia de direito nos termos expressos da Constituição.

Eu devo dizer, Senhor Ministro Carlos Britto, que eu fiz um enorme esforço para acompanhar Vossa Excelência, porque os dados todos que são colocados são extremamente sensíveis num momento em que, a cada dia, nós vemos pessoas que, pelo menos, são apresentadas como se não pudessem ser os melhores representantes, mas que aparecem, são mostrados. Ocorre que – como lembrou o Ministro Marco Aurélio no voto de 2006 – somos aqui escravos da Constituição para garantir a liberdade do jurisdicionado. Portanto, meu limite é a Constituição; e, dentro dela, eu fiz um voto, Senhor Presidente, que eu também, como o Ministro Menezes Direito, vou fazer juntar, até pelo adiantado da hora, mas não quero deixar de fazer três observações rapidíssimas quanto ao que nele se contém.

Eu estou dando a minha adesão à conclusão apresentada pelo eminente ministro relator, com as vênias de estilo ao Ministro Carlos Britto no seu brilhantíssimo trabalho, e devo dizer que não levo em consideração que a vida pregressa, explicitada com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994 – tal como bem demonstrou o Ministro Celso de Mello – não esteja sendo cumprida. Eu penso, Ministro Carlos Britto, que ela está sendo cumprida. O que se pode discutir é esse critério de cumprimento, nos casos daqueles que têm contas que tenham sido rejeitadas ou que estejam com pendências judiciais, aguardando o trânsito em julgado; portanto, eu acho que esse é o ponto que pode ser considerado demasiado. Mas dizer que seja desconsiderada a vida pregressa, não, até porque a referência da Lei Complementar nº 64, exatamente a ocorrência

de decisões judiciais com trânsito em julgado, é uma consideração quanto à vida pregressa. Então o que se poderia mudar é se seria necessário realmente isso e se seria inconstitucional, e aqui eu não vislumbro inconstitucionalidade.

Não consigo ultrapassar esse dado que foi relevado, tanto da parte de Vossa Excelência quanto do Ministro Celso de Mello, quanto agora no voto do Ministro Menezes Direito. Ou seja, quando a Constituição diz que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade no exercício do mandato, considerada a vida pregressa, não consigo ver como, havendo uma lei que estabeleceu os casos e que pelo menos não foi declarada inconstitucional, possa ser substituída por um julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Penso que, neste caso, nós estaríamos a fazer um movimento contrário à Constituição, porque se estaria transgredindo, primeiro, o princípio da segurança jurídica. Qual é a segurança que um cidadão pode ter? Que regra está valendo?

Segundo, o princípio da igualdade. É preciso se ter claro qual critério, ou quais critérios que estão prevalecendo para que um cidadão não ache que o juiz decidiu de um jeito com relação ao candidato no qual ele queria votar; e, um outro, em condições que, para ele, seriam análogas ou semelhantes, não seria permitido o voto. Então, é preciso que a igualdade jurídica aqui seja considerada em benefício exatamente do respeito ao elenco dos direitos fundamentais.

E, em terceiro lugar, o princípio da separação de poderes, que está no parágrafo único do art. 1º, segundo o qual é incumbido, é encarregado o Poder Legislativo de fazer leis. E, neste caso, nem é apenas o Congresso Nacional, é o legislador complementar, portanto, qualificado.

Foi chamado aqui da tribuna, no belíssimo trabalho feito pelos Senhores Advogados, e tal como antes feito pelo ministro relator, um voto do Ministro Carlos Mário Velloso. No entanto, na condição de presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Carlos Mário Velloso formou um conjunto de juristas exatamente para formular um anteprojeto de lei para tratar dessa matéria. Esse documento foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo fato de o Ministro Carlos Mário, na condição de presidente do TSE, considerar não ser possível o TSE atuar como autor de norma inovadora do sistema jurídico. Então, não se pode deixar de levar em consideração esse dado.

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

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

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

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

Penso que, tal como até agora decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, estão não apenas resguardados os direitos fundamentais no plano político e também nas instituições, cujo aprimoramento nenhum de nós brasileiros há de imaginar, em sã consciência, que não precisa ser aperfeiçoado. Isso é necessário, sim, porque todos nós, cidadãos, não aguentamos mais, todos os dias, depararmo-nos com casos de corrupção, de falta de ética, de falta de apreço pela coisa pública. Não é, porém, contornando normas constitucionais – não apenas dando integral cumprimento a elas e, principalmente, sobrepondo-se ao legislador complementar – que será atingido esse objetivo.

Realmente o Ministro Celso de Mello foi extremamente feliz. Tenha certeza, Ministro Carlos Britto, que levei em consideração, com o maior empenho, a discussão ocorrida no Tribunal Superior Eleitoral quanto ao que foi dito hoje, porque, se eu pudesse e se eu achasse que isso aperfeiçoaria a Constituição, e se o que foi posto por Vossa Excelência fosse realmente um dado constitucional, com todas as vênias, não tenho dúvida de que teria todo gosto em acompanhar – conforme faço todas as vezes – o voto de Vossa Excelência. No entanto, neste caso, o meu compromisso jurado com a Constituição aqui neste Plenário, há mais de dois anos, não me permite votar de forma diversa, razão pela qual, com as *venias* de estilo, acompanho o voto do eminente relator.

Farei juntar o meu voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Senhor Presidente, louvo inicialmente o belíssimo voto do Ministro Celso de Mello, uma verdadeira lição de Direito Público. Louvo também a divergência, especialmente o voto do Ministro Carlos Britto, que, com seu elevado espírito público, deu-nos uma aula

sobre República assim como o substancioso voto do Ministro Joaquim Barbosa. Cumprimento os demais ministros, que proferiram votos bastante substanciosos, e peço vênia ao eminente Presidente para pontuar alguns trechos das notas que trouxe para esta sessão.

Início dizendo, Senhor Presidente, que nós todos sabemos que, em Roma antiga, os candidatos a cargos eletivos trajavam uma toga branca como forma de identificá-los e distingui-los dos demais cidadãos. A palavra “candidato” – conforme já avançou o Ministro Carlos Britto – vem exatamente do latim *candidatus*, que significa “aquele que veste roupa branca”, representando a pureza, a honestidade, a idoneidade moral para o exercício do cargo postulado.

Evidentemente, o Poder Judiciário, de modo geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, não apenas compartilha do anseio popular, que atualmente encontra enfática repercussão nos meios de comunicação, no sentido de que sejam impedidos de concorrer a cargos eletivos os candidatos que não tenham a qualificação legal ou moral para tanto, como também lhe incumbe dar concreção, no âmbito da Justiça Eleitoral, aos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, devendo, contudo, fazê-lo dentro das balizas constitucionais e legais em vigor.

Lembro que, com fundamento no art. 151 da Emenda Constitucional nº 1/1969, editada no auge do regime de exceção, veio a lume a Lei Complementar nº 5/1970, que tornava inelegíveis todos aqueles que estivessem respondendo ações penais ou tivessem sido condenados por determinados crimes – contra a segurança nacional, a economia popular, a administração pública, ou o patrimônio, dentre outros – enquanto não fossem absolvidos ou reabilitados.

Com o advento da Constituição de 1988, essa lei, de viés claramente autoritário, foi substituída, com fundamento no que dispõe o seu art. 14, § 9º, pela Lei Complementar 64/1990, que no art. 1º, *l, d, e, g e h*, estabelece como condição de inelegibilidade a condenação, com trânsito em julgado, pela prática de certos ilícitos, dentre outros: crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração estatal, o mercado financeiro, etc.

Em caráter excepcional e de forma taxativa, a Lei Complementar nº 64/1990 admite que a inelegibilidade resulte da rejeição de contas relativas ao exercício de cargos e funções públicas por irregularidade insanável, mediante decisão irrecorrível do órgão competente, exceto – ressaltado – se a questão houver sido ou estiver sendo submetida ao Judiciário.

Essa nova disciplina legal constituiu claramente, no contexto de uma Constituição de natureza garantista, uma reação do legislador aos desmandos praticados ao longo do regime de exceção, na medida em que optou por privilegiar, em matéria eleitoral, os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal. Ademais, o legislador escolheu um critério objetivo

para a decretação da inelegibilidade, qual seja: o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Segundo a requerente, em apertada síntese, os referidos dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990 não teriam sido recepcionados pelo art. 14, § 9º, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994, por estarem em colisão com os preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de cargo eletivo. Entende ainda a requerente que tais preceitos seriam autoaplicáveis, ou seja, que prescindiriam da edição de lei complementar, expressamente exigida no próprio texto do art. 14, § 9º, da Constituição.

Ora, a prevalecer essa tese, estaríamos diante de uma verdadeira norma em branco, conforme consignou o advogado-geral da União em suas informações, que permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de “vida progressa”, a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Uns decretarão o interdito com base no simples curso de uma ação penal ou de improbidade; outros elegerão como fator de *discrímen* a condenação em primeiro grau; outros, ainda, a imposição ou confirmação de sanção em segundo grau de jurisdição; quiçá, alguns mais atentos ao princípio constitucional da não culpabilidade, elegerão o trânsito em julgado da sentença condenatória como fator impeditivo para o exercício dos direitos políticos. Num contexto destes, ter-se-á, quando mais não seja, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que os candidatos serão tratados de forma distinta segundo o critério pessoal do juiz ou dos integrantes do Tribunal responsáveis pelo registro da candidatura. Melhor, então, que prevaleça, enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional, aquele estabelecido pela lei complementar vigente, isto é, o do trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual eu penso, diante da taxatividade com que está redigido, não pode ser modificado por mera interpretação judicial, sob pena de indevida invasão da seara legislativa por parte dos magistrados.

Lembro, nesse passo, que Niklas Luhmann, em conhecida passagem de uma de suas mais importantes obras, assentou que a única forma de se ver o sistema social liberado dos constrangimentos e da aleatoriedade daquilo que denominou de “mercado político” de crescente complexidade é a institucionalização de procedimentos decisórios institucionalizados de uma maneira a alcançar-se, em suas palavras, a legitimação pelo procedimento. Sob essa óptica, o devido processo eleitoral, que compreende, dentre outras, regras permanentes e objetivas acerca da inelegibilidade, configura precisamente um importante mecanismo institucional destinado a conferir legitimidade à seleção e eleição dos candidatos.

Saltando outros trechos que deixarei para a publicação do meu voto, trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal, que me parece deveras relevante. (Acho que esses dados já estão em mãos dos meus eminentes colegas). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foram total ou parcialmente reformadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse período. No tocante ao provimento integral dos REs, observo que mais de um quarto dos candidatos eventualmente barrados em função de uma condenação em primeira ou segunda instância, a prevalecer a tese da requerente, teriam transmudadas suas fichas – para empregar uma expressão hoje corrente na mídia – de sujas para limpas. Quer dizer, um quarto dos postulantes a cargos eletivos impedidos de concorrer seriam mais tarde reabilitados pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas depois de já passadas as eleições. Isso significa que teriam coactado um dos mais importantes direitos fundamentais: o direito de participar da gestão da coisa pública por meio do voto, valor guindado à dignidade constitucional, desde o fim do século XVIII, como resultado das revoluções liberais deflagradas contra o absolutismo monárquico.

Por essas razões e por mais aquelas aduzidas pelos eminentes pares que me precederam, peço vênias para acompanhar o substancioso voto do preclaro relator, julgando improcedente a ADPF.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Manifestei-me sobre esta mesma matéria¹ em votos proferidos no TSE. É também contra a interpretação que o colegiado então consagrou por maioria que esta ADPF foi proposta, de modo que se justifica a alusão que passo a fazer aos argumentos desenvolvidos nesses votos, ora acrescidos de mais alguns subsídios.

2. Afastei naquela ocasião, com as vênias de estilo, o entendimento do Ministro Carlos Britto, segundo o qual os temas da elegibilidade e da inelegibilidade

¹Artigo 14, § 9º da CB: “§ 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

compõem-se em bloco ou subconjunto específico dos direitos e garantias individuais, o dos *direitos políticos*. Esse bloco seria distinto, em *perfil político-filosófico*, do bloco dos *direitos e deveres individuais e coletivos* – onde predomina o princípio da *dignidade da pessoa humana* – e do bloco dos *direitos sociais* – onde prevalece o princípio dos *valores sociais do trabalho*.

3. No bloco dos *direitos políticos* predominariam os princípios da *soberania popular* e da *democracia representativa*.

4. Os dois primeiros subsistemas gravitariam em torno de princípios que existem para – dicção do Min. Carlos Britto – “se concretizar, imediatamente, no individualizado espaço de movimentação dos seus titulares”. Os direitos de que aqui se trata beneficiam imediatamente os seus titulares. No bloco dos direitos políticos não; esses consubstanciam deveres comprometidos com a afirmação da soberania popular e a autenticidade do regime representativo.

5. Em síntese, essa é a construção doutrinária desenvolvida pelo Min. Carlos Britto, que justificaria peculiar interpretação de alguns textos da Constituição – o inciso III do art. 15 e o inciso LVII do art. 5º, *v.g.*, disporem no sentido que dispuseram somente quando o candidato respondesse por um ou outro processo penal; quando respondesse reiteradamente a inúmeros deles as suas disposições não prevaleceriam.

6. Discordei, permaneço a discordar desse entendimento. A explicitação teórica de distintos blocos de preceitos não afeta a normatividade constitucional, seja para potencializá-la, seja para torná-la relativa.

7. A uma porque o discurso sobre o direito não determina o discurso do direito – o discurso do direito é para prescrever direta e incisivamente, sem expansões. O discurso sobre o direito é um meta-discurso, conformado pelo discurso do direito. Aquele não o coloniza.

8. A duas – e tenho insistido quase excessivamente nisto – porque não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim na sua totalidade. Uma porção dela não prevalece sobre outra quando a interpretamos. A lógica da Constituição é incidível.

9. A três porque sua interpretação está sujeita a determinados limites, sem o que será transformada em prática de subjetivismo.

10. A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da *presunção de não culpabilidade* consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) por uma *presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (*qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*).

11. Essa suposição não me parece plausível.

12. Recordo, a esta altura, o voto, muito lúcido, do Ministro Ari Pargendler quando a matéria foi apreciada no TSE.

13. O rol das inelegibilidades é definido pela Constituição como uma das matérias reservadas à lei complementar. O art. 1º, I da Lei Complementar nº 64/1990 exige que a inelegibilidade resulte de sentença transitada em julgado; excepcionalmente, no caso da rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável, privilegia a decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

14. O voto do Ministro Leitão de Abreu no RE nº 86.297 – voto que o Min. Ari Pargendler rememorou – é também exemplar: apenas o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, seja pelo cometimento de crime, seja pela prática de improbidade administrativa, pode impedir o acesso a cargos eletivos.

15. Viver a democracia, isso não é gratuito. Há um preço a ser pago por ela; em síntese, o preço do devido processo legal.

16. O art. 1º, I, *n* da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, tornava inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que respondessem a processo judicial instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente.

17. Tempos duros e sofridos, a democracia ultrajada, quando bastava a denúncia do Ministério Público, recebida pelo juiz, para tornar inelegível o cidadão. A inconstitucionalidade do preceito veiculado nessa alínea *n* foi afirmada pelo TSE, no julgamento do Recurso nº 4.466², quando o Ministro Xavier de Albuquerque proferiu voto antológico.

18. A Lei Complementar nº 42, de 1º de fevereiro de 1982, alterou o texto da alínea³. Passaram a ser inelegíveis os condenados, “enquanto penalmente não reabilitados”. Ainda que o TSE e mesmo o STF tenha titubeado na aplicação do preceito, é oportuna a transcrição de observação do Ministro da Justiça, em reunião da Comissão Mista do Congresso Nacional, em 7 de outubro de 1981⁴, Respondendo a afirmação de que a lei seria imperfeita por falar simplesmente em condenados, reclamando o acréscimo da expressão “por sentença transitada em julgado”, o Ministro observou: “Não é preciso, pois não existe meio condenado, existe condenado”. E mais adiante: “‘Condenado’ é aquele ‘condenado por sentença transitada em julgado’”.

19. Isso é, para mim, de uma clareza sem par. O § 9º do art. 14 da Constituição determina seja considerada a vida pregressa do candidato. Ao fazê-lo refere o que aconteceu antes do ato que a ele se imputa, refere o quanto possa contribuir

²Acórdão nº 5.864, de 23.9.1976, relator designado Ministro Leitão de Abreu, in Boletim Eleitoral, nº 302, p. 720.

³Sobrevieram as Leis Complementares nºs 64, de maio de 1990, e 81, de 13 de abril de 1994.

⁴Diário do Congresso Nacional (Seção II), 16.1.1982, p. 295.

para a apreciação do seu caráter, tudo quanto possa ser expressivo da sua índole moral, psíquica e social.

20. Ao dizer que a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato, “considerada a vida pregressa do candidato”, o preceito constitucional impede que a moralidade para o exercício do mandato venha a ser ponderada a partir da consideração de algum ato episódico, isolado ou mesmo acidental envolvendo o candidato. Não autoriza a criação de caso de inelegibilidade ancorada na avaliação da vida pregressa do candidato, mas sim que a moralidade do candidato para o exercício do mandato seja ponderada, em cada caso, desde a consideração da sua vida pregressa, do todo que ela compõe. A proteção da moralidade do candidato para o exercício do mandato não prescinde da ponderação desse todo, isso é que afirma, em termos de *dever ser*, a Constituição. É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito gosto dos *neo e/ou pós-positivistas*, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores.

21. Permito-me afirmar, ademais, que o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra.

22. Não hão de ter faltado éticas e justiça à humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia apenas muito dificilmente é conciliável com a realidade.

23. A única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o “direito moderno”, identificado à lei. A cisão enunciada na frase atribuída a Cristo – “*a César o que é de César, a Deus o que é de Deus*” – torna-se definitiva no surgimento do *direito moderno, direito do modo de produção capitalista, direito posto* pelo Estado, erigido sobre uma afirmação a atribuir-se a Creonte, ainda que não formulada exatamente nessas palavras: “Prefiro a ordem à justiça”. No direito moderno se opera a separação absoluta entre *posto* e *pressuposto*, entre *lex* e *ius*.

24. É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise, mas o que se passa agora é ainda mais grave porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras e princípios por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica – a sociedade como que já não lhe dá mais crédito e inúmeras vezes se precipita na busca de uma razão de conteúdo, colocando-nos sob o risco de substituição da racionalidade formal do direito [com sacrifício da legalidade e do procedimento legal] por uma racionalidade construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito.

25. A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de *justiça*, ignara de que ela não existe em si e de que é

incabível, como observara Epicuro⁵, discutirmos a “justiça” ou “injustiça” da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma, nem outra [“justiça” ou “injustiça”], existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança [segurança social], tal como concebida, em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém, na dicção de Habermas⁶, uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.

26. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, à partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número, as promessas de *liberdade*, da *igualdade* e *fraternidade*. Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem.

27. Estranhas e sinuosas vias são trilhadas nessa quase inconsciente procura de *ius* onde não há senão *lex*.

Uma delas se expressa na produção multiplicada de textos sobre conflitos entre princípios e entre valores, o que em geral faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

28. Outra, na banalização dos “princípios” [entre aspas] da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um “princípio” superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

29. O fato, no entanto, é que *proporcionalidade* e *razoabilidade* nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito.

30. Aliás, algumas vezes me detenho, perplexo, indagando a mim mesmo como terá sido possível aos nossos juízes definir normas de decisão nos anos anteriores à década dos noventa, quando ainda a distinção entre princípios e regras não havia sido popularizada.

31. A racionalidade formal do direito moderno, direito positivo, direito posto pelo Estado, não pode – por certo não é fácil dizê-lo; dizê-lo exige serenidade e seriedade – não pode ser substituída por uma racionalidade de conteúdo que, fatal e irremediavelmente, será resolvida, no bojo da díade violência/direito, pelo primado do primeiro termo.

⁵In PAUL NIZAN – *Démocrite Épique Lucrèce – les matérialistes de l’antiquité (textes choisis)*, Arléa, Paris, 1991, p. 151.

⁶HABERMAS, JÜRGEN – *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 241.

32. Isso não significa, contudo, esteja eu a afirmar que o direito moderno seja aético, senão que a sua é a ética da legalidade.

33. A ética, do ponto de vista formal, é um conjunto de postulados vazios e indeterminados; vale dizer, é abstrata. Sua efetividade, sua concretude provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que um determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade.

34. Muitos grupos, muitas éticas – isto é, díspares manifestações desta última no concreto. Um desses grupos é a sociedade civil, o mais amplo deles. Entre nós, no nosso tempo, a ética adotada para reger as relações reguladas pelo chamado direito moderno é a *ética de legalidade*.

35. Note-se bem – e isso é o que estou a sustentar – note-se bem que o agir humano por ela conformado não é, necessariamente, aquele que seria determinado por uma ética fundada na busca de justiça. Repita-se: o universal é irreduzível ao concreto – a ideia é quase nunca conciliável com a realidade.

36. Por isso, talvez, há no ar uma vontade de superação da cisão entre o direito e moral.

37. A importação de valores éticos para dentro do horizonte do jurídico permitiria qualificar como tal, como jurídico, apenas um sistema normativo, ou uma norma singular, dotado de certo conteúdo de justiça. O que permitiria caracterizar como válida a norma ou o sistema de normas seria esse conteúdo de justiça.

38. Mesmo em certas decisões judiciais de quando em quando surge, em discursos que desbordam da racionalidade, o apelo à moralidade como razão de decidir. Tal e qual texto normativo estariam a violar o ordenamento, ou seriam mesmo inconstitucionais, por comprometerem a moralidade ou princípio da moralidade.

39. É certo, como anotei em outra oportunidade⁷, que a Constituição do Brasil define a *moralidade* como um dos princípios da administração. Não a podemos, contudo, tomar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais.

40. Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O exercício da judicatura está fundado no direito positivo [= a *eticidade* de Hegel]. Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros. A solução de cada problema judicial estará necessariamente fundada na *eticidade* [= ética da legalidade], não na moralidade. Como a ética do sistema jurídico é

⁷O direito posto e o direito pressuposto, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, pp. 289 e ss.

a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados. Instalaria a desordem. Eis então porque resulta plenamente confinado, o questionamento da *moralidade da Administração* – e dos atos legislativos – nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites apenas poderá ser postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípio, na Constituição e na legislação infraconstitucional. A *moralidade da administração* – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à *legalidade*, nada mais.

41. Digo-o com ênfase porque o que caracteriza o surgimento do chamado direito moderno – esse direito que chamo direito *posto* pelo Estado, opondo-o ao direito *pressuposto* – é precisamente a substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. A lei em lugar da vontade do rei. Isso significa a substituição dos *valores* pelos *princípios*. Não significa que os valores não sejam considerados no âmbito do jurídico. Não significa o abandono da ética. Significa, sim, que a ética do direito moderno é a *ética da legalidade*.

42. A legalidade supõe a consideração dos valores no quadro do direito, sem que, no entanto, isso conduza a uma concepção substitutiva do direito pela moral. O sistema jurídico deve por força recusar a invasão de si mesmo por regras estranhas a sua eticidade própria, regras advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil. E – repito-o – ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. O fato é que o direito posto pelo Estado é por ele posto de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume⁸ a sociedade civil, conferindo concomitantemente a esta a forma que a constitui.

43. Os valores, teleológicos, alcançam o direito pelo caminho deontológico dos princípios. Porém isso assim se dá sem que seja esquecida a distinção *hegeliana* entre *moralidade* e *eticidade*. A *moralidade* respeita às virtudes do homem na sua subjetividade, ao passo que a *eticidade* repousa sobre as instituições e as leis – o *nomos*. *Homem virtuoso* será, em ambos os casos, o que exerce de modo adequado o seu predicado essencial, o ser racional; virtuoso é o homem que usa a razão [*logos*] exercitando a prudência [*phrónesis*]. No plano da *eticidade*, o homem já não é visto isoladamente, porém inserido no social, logo sujeito às instituições e

⁸*Suprassumir* como “desaparecer conservante”, para traduzir *Aufheben*, no sentido apontado por Paulo Meneses, tradutor de Hegel na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Edições Loyola, São Paulo, 1995, nota do tradutor, p. 10). Vide Michael Inwood, *Dicionário HEGEL*, trad. de Álvaro Cabral, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997, pp. 303-304), em especial o seguinte trecho: “*Aufheben* é semelhante à *negação* determinada que tem um resultado positivo. O que resulta da suprassunção de algo, por exemplo, o todo em que ele e seu oposto sobrevivem como momentos, é invariavelmente superior ao item, ou à *verdade* do item suprassumido”.

às leis. *Virtuoso* então, desde a perspectiva da tradição que vai de Platão a Hegel, no plano da *eticidade*, é o homem que respeita as instituições e cumpre as leis.

44. Daí porque cumpre nos precavermos em relação aos que afirmam o antipositivismo sem limites, desavisados de que a *ética da legalidade* não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Certo conteúdo de justiça por certo se impõe na afirmação do direito, mas conteúdo de justiça interno a ele, quer dizer, conteúdo de justiça positivado.

45. A multiplicidade das morais e dos sistemas éticos nos deixaria sem rumos e sem padrões de comportamento se não pairasse sobre todas elas a legalidade. Não obstante, diante da multiplicidade de morais e de sistemas éticos aos quais nos podemos vincular há quem sustente, em última instância, que a moralidade é expressão de uma assim chamada *ética pública*. Mas essa *moralidade pública* não pode operar como critério de juízos praticáveis no âmbito do direito, pois compromete a segurança e certeza jurídicas na medida em que, como observa José Arthur Gianotti⁹, compreende um aprender a conviver com os outros, um reconhecimento da unilateralidade do ponto vista de cada qual, que não impõe conduta alguma.

46. Fui ironicamente acusado de ser, no exercício da magistratura, um positivista *à outrance*. Mas é que sei, muito bem, que a legalidade é o derradeiro instrumento de defesa das classes subalternas diante das opressões, em todas as suas múltiplas e variadas manifestações. Por isso – permitam-me repeti-lo – o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra.

47. Leio em Pietro Perlingieri – *A legalidade constitucional*, cuja tradução está em vias de publicação entre nós – observações que me colocam à margem de qualquer ironia: “A positividade do direito está em ser ele interpretável [...] A interpretação deve levar em consideração referências externas ao texto, resultando estéril qualquer interpretação limitada a um ‘significado próprio das palavras’ [...] O momento do factual é absolutamente inseparável do momento cognoscitivo do direito”. O direito positivo há de ser continuamente reenviado a elementos extrapositivos, sem que isso signifique senão superação do *positivismo meramente linguístico*, dado que – diz Perlingieri – “ao intérprete não é consentido passar por cima ou ignorar o texto”. Por isso mesmo permaneço no âmbito de uma positividade que ousaria chamar de *positividade democrática*, sem ceder aos populismos que tomam a opinião pública e o consenso das massas como fonte do direito.

48. É essa *positividade democrática* que, na morte de Sócrates, preserva o bem da cidade. Porque era sábio, Sócrates não foge, embora sua morte perpetrasse uma injustiça. Pois a essa injustiça para ele correspondia, em um mesmo momento, o

⁹*Moralidade pública e moralidade privada*, in “Ética”, Adauto Moraes [org.], Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 336.

bem – isto é, a justiça – da cidade. Ainda que a justiça para Sócrates coincidissem com a injustiça da cidade, Sócrates não deseja escapar às leis da cidade e não foge. Bebe o veneno que o mata, porém sabemos que Anito e Meleto, embora o pudessem matar, não poderiam causar-lhe dano¹⁰. O direito constitui a única resposta racional possível à violência de toda a sociedade. Tanto a soberania quanto a sua lei [escrita] justificam-se – como anota Eligio Resta¹¹ – em virtude da necessidade de coartar-se a violência natural de todos nós. É à positividade do direito que Sócrates presta acatamento ao não escapar da cidade.

49. A exigência de comprovação de idoneidade moral do cidadão enquanto requisito de elegibilidade sob a égide da *presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (*qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*) instala a incerteza e a insegurança jurídicas. Consubstancia uma violência. Substitui a objetividade da lei [rectius da Constituição] pelo arbítrio dos que o possam exercer por fundamentos de força, ainda que no desempenho de alguma competência formal bem justificada.

50. Prevalecerá então a delação, como ocorreu por longo tempo na velha Roma. As túnicas brancas que os Ministros Carlos Britto e Lewandowski mencionaram há pouco, túnicas tão brancas nos filmes da Metro, não foram suficientes para ocultar a perfídia. A delação prevalecia. Tristes tempos, qual os descreve Paul Veyne¹², que o abandono da *phrónesis* reeditará entre nós. Os primeiros atos dos regimes de terror que a História registra em páginas torpes sempre avançaram sobre a intimidade dos cidadãos, de modo que, de governados, eles vieram sendo transformados em meros instrumentos do governo.

51. Depois, a ansiedade por justiça a qualquer preço, que domina as massas. Observei sucessivamente, em texto escrito com o Professor Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo¹³, que a violência faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, e de modo tal que isso nega a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. [...] Aqui as virtudes republicanas encontram seus limites no privado, o que nos coloca diante da absoluta imprecisão dos limites da legalidade. As garantias da legalidade e do procedimento legal, conquistas da modernidade das quais não se pode abrir mão, são afastadas, inconsciente, a sociedade, de que assim tece a corda que a enforcará. [...] Na democracia brasileira, as massas não exercem participação permanente no Estado; são apenas eleitoras. Em determinados momentos, contudo, elas despontam, na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. [...] Sob a aparência da democracia plebiscitária e da justiça

¹⁰Vide Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Bari, 1992, p. 31.

¹¹Idem, pp. 27-28.

¹²*L'Empire greco-romain*, Éditions du Seuil, Paris, 2005, pp. 41-44.

¹³“Direito e mídia, no Brasil”, in *Debate sobre a Constituição de 1988*, Demian Fiocca e Eros Roberto Grau [org.], Paz e Terra, São Paulo, 2001, pp. 105 e ss.

popular, perecem os direitos individuais, fundamentos da cidadania moderna, tais como foram construídos ao longo da ascensão burguesa e consolidados pelas duas revoluções do século XVIII, a política e a econômica. É tragicamente curioso que os valores mais caros à modernidade iluminista, a liberdade de expressão e de opinião, tenham se transformado em instrumentos destinados a conter e cercear o objetivo maior da revolução das luzes: o avanço da autonomia do indivíduo. Não bastasse isso, os ímpetos plebiscitários, autorizados pelas *leis da imprensa* [a imprensa, segundo Paul Virilio, goza da prerrogativa de editar as suas próprias leis!], os ímpetos plebiscitários autorizados pelas *leis da imprensa* colocam em risco o sistema de garantias destinado a proteger o cidadão das arbitrariedades do poder, seja ele público ou privado.

52. Quase concluindo, ocorre-me ainda, em homenagem a um dos cânones primordiais da ética judicial, o da *neutralidade* – o juiz há de se manter estranho, não se engajando nos conflitos que estão incumbidos de solucionar –, paragonar pequeno trecho de artigo do Professor Belluzzo¹⁴, publicado esta semana: os juízes que de qualquer forma se engajaram no movimento que a mídia chama de “defesa das listas sujas” deverão ter o cuidado de arguir a própria suspeição caso estejam envolvidos em processos que examinem acusações contra os “listados”.

53. Jornal desta manhã afirma que a sessão de hoje, neste tribunal, pode ser um divisor de águas na luta pela moralização da vida pública. Não é verdade. Esta sessão será, sim, um divisor de águas, mas no sentido de reafirmar peremptória, incisiva, vigorosamente as garantias democráticas.

54. É necessário que esta Corte cumpra o dever, que lhe incumbe, de defesa da Constituição, por cuja suspensão, algumas vezes, a sociedade tem clamado. Então somos originais – observei em outra ocasião¹⁵ – somos tão originais que dispensamos quaisquer déspotas para nos tornarmos presa do pior dos autoritarismos, o que decorre da falta de leis e de Constituição. O estado de sítio instala-se entre nós no instante em que recusamos aos que não sejam irmãos, amigos ou parentes o direito de defesa, combatendo-os – aqui uso palavras de Paulo Arantes¹⁶ – como se fossem “parcelas-fora-da-Constituição”. Ao abrir mão das garantias mínimas do Estado de direito, o que poderíamos chamar de a nossa sociedade civil submete-se a um estado de exceção permanente, prescindindo de qualquer déspota que a oprima. Logo declinará até mesmo do direito de defesa que se prestaria a beneficiar seus irmãos, amigos e parentes próximos. Já não merecerá nenhum respeito quem renega sua própria história – qual anotou Heller¹⁷ – e perde o respeito pelas instituições.

Voto para afirmar a desabrida improcedência da ação.

¹⁴*Lista suja, Justiça lenta*, in *Carta Capital*, número 507, 6 de agosto de 2008, p. 27.

¹⁵*Déspota de si mesmo*, in *Carta Capital*, nº 448, 13 de junho de 2007, p. 23.

¹⁶*Extinção*, Boitempo, São Paulo, 2007, p. 45.

¹⁷V. Hermann HELLER, “Rechtsstaat oder Diktatur?” in *Gesammelte Schriften*, 2 ed, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, p. 460.

Voto

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, o adiantado da hora, o cansaço natural e o estado físico e psíquico dos ilustres membros da Corte me induziriam à tentação de, simplesmente, acompanhar, sem achegas, esse ou aquele voto. Considero, no entanto, de minha responsabilidade, neste que é julgamento não apenas importante para a temática específica do processo eleitoral, mas também por suas consequências em relação a outros temas tão ou mais relevantes para a cidadania, acentuar alguns aspectos que não tive oportunidade de referir ou de aprofundar, sequer no voto que proferi no Recurso Ordinário nº 1.069, no Tribunal Superior Eleitoral.

Evidentemente, diante da grandeza, do brilhantismo e da exaustão do voto do eminente ministro relator, não reiterarei ideias já exauridas por Sua Excelência, com a profundidade e erudição que lhe são costumeiras. Por isso, aliás, confiante na exuberância de sua manifestação, não preparei voto escrito para esta sessão, senão apenas algumas anotações. Quero, além de me associar a todos os elogios fundados ao voto do eminente relator, expressar, aqui, meu profundo respeito e admiração pelos votos dos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, que demonstraram a profunda convicção de Suas Excelências quanto ao ponto de vista que reiteraram na oportunidade.

Partirei de alguns pontos que me parecem de relevo.

Cogitou-se, aqui e alhures, com o devido respeito, de uma diferença ontológica entre inelegibilidade e falta de condição positiva de elegibilidade. Julgo que essa distinção tem lá seu interesse, restrito a exigências de ordem taxionômica, didática, acadêmica, que, enfim, ajudam a esclarecer e a compreender a temática do processo eleitoral. Mas, do ponto de vista prático-jurídico, não colho diferença alguma. Reconhece-se, sob ambas as expressões, o fenômeno da inexistência da chamada capacidade passiva de elegibilidade. Não importa, para defini-lo, qual o título ou rótulo formal: se se trata de falta de condição positiva de elegibilidade ou já de causa de inelegibilidade, pois o caso é da consequência prático-normativa de impossibilidade de o cidadão concorrer a posto ou mandato eletivo.

Tampouco encontro incompatibilidade entre as normas impugnadas e a Constituição Federal. Em primeiro lugar, porque elas se acomodam ao art. 5º, inc. LVII, da Constituição. Em segundo, tais normas não ferem nenhuma regra ou princípio da Constituição e, especificamente, não ferem nem agridem o art. 14, § 9º.

Em relação à norma introduzida pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993, que acrescentou a referência à necessidade de consideração da vida progressa, remetendo-se aos critérios da probidade e da moralidade administrativa, os quais não constavam da redação original do dispositivo, tem-se de observar que contém referência extremamente ampla e, como tal, autonomia de incidência

capaz de justificar possa a lei estabelecer outras causas de inelegibilidade além daquelas já previstas na própria Constituição, como a cassação ou a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado.

A alusão a *vida pregressa*, portanto, pode significar, para efeito de edição de lei complementar, por exemplo, a consideração de uma condenação criminal definitiva, quando tenham cessado seus efeitos, o que é hipótese completamente diversa daquela já prevista no artigo subsequente. Ou seja, lei complementar sobre elegibilidade pode dispor, considerando a vida pregressa, o efeito de inelegibilidade para caso de condenação definitiva transitada em julgado, ainda que tenham cessados os seus efeitos jurídico-penais. Nesse caso, a lei leva em consideração a vida pregressa do candidato, à luz dos princípios da probidade e da moralidade administrativas.

Depois, e por isso, convalida, de certo ponto de vista, as próprias hipóteses da antecedente Lei Complementar nº 64, que já faziam referência à consideração da vida privada, sem que houvesse previsão constitucional. E, sobre esse ponto, a ideia, que já estava aqui comigo anotada, foi bem exposta pela Ministra Cármen Lúcia, ao aduzir que, quando se leva em consideração o trânsito em julgado de uma condenação criminal, evidентissimamente se está levando em consideração um dado da vida pregressa!

Em terceiro lugar, tal referência ainda suporta a consideração, por outra lei, de fatos típicos, mas diversos, que, próprios da vida pessoal do candidato, sejam incompatíveis com as normas da probidade e da moralidade administrativas.

Noutras palavras, o fato de a Constituição, com a Emenda, ter-se referido a outras causas, deixa margem ampla para alcance e atuação de novo diploma legal sobre a matéria.

Mas, de todo modo, se, por hipótese, houvesse, como pretende a demandante, revogação das normas impugnadas, seria preciso fosse promulgada nova lei complementar, para que a Justiça Eleitoral se reputasse autorizada a reconhecer a inelegibilidade ou a ausência de uma condição positiva de elegibilidade. E isso, por várias e brevíssimas razões.

Em primeiro lugar, trata-se de exceção à regra, que é a da elegibilidade; segundo, cuida-se de limitação grave de um direito político importantíssimo, o direito cívico de concorrer, o qual diz respeito ao *status civitatis* da pessoa; terceiro, essas hipóteses têm nitidamente, embora não sejam de cominação de pena, caráter penal por analogia, porque envolvem juízo de reprovação moral, ética e jurídica, a que se atribui consequência gravosa, limitadora do estado de cidadania; em quarto lugar, pela exigência da tipicidade, sem a qual cairíamos no terreno do puro arbítrio, dentro do qual o recurso à ideia de igualdade é puro contrassenso ou não senso, porque, no regime do arbítrio, não há lugar para consideração de situações assemelhadas, mas apenas o subjetivismo raso daquele que emite o

juízo normativo, e aqui me parece estar uma das consequências mais graves da interpretação pretendida nesta demanda, que é a de substituir-se o critério objetivo da lei por um juízo moral de qualquer juiz que se põe na condição de déspota; e juízo absurdo, porque emitido *ab extra*. Notem os senhores que não se trata de um juízo criminal, que se pronuncia ao cabo do processo respectivo, mas de juízo de elegibilidade ou inelegibilidade baseado na só pendência do processo penal, por magistrado que não tem acesso aos autos e, por isso, pondera de fora, como um terceiro, aquilo só que lhe aparenta e sugere a existência formal desse processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Vossa Excelência me permite uma brevíssima intervenção.

Em todo concurso público é assim: a investigação social se faz por uma banca examinadora.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, eu ia fazer uma intervenção, quando Vossa Excelência estava proferindo voto, mas não o fiz, porque achei que iria prolongar este julgamento por mais tempo do que seria devido. Quando Vossa Excelência fez referência ao argumento analógico de que, em outros temas, em outros assuntos, é lícito investigar sem tipicidade a vida pregressa dos candidatos, pensei em dar-lhe exemplo histórico ilustrativo. O Tribunal de Justiça de São Paulo teve um desembargador, que foi até, ao que me recorde, membro do Tribunal Regional Eleitoral e um dos juízes mais ilustres da magistratura paulista. Foi ele submetido a júri, porque, como advogado, matou colega em legítima defesa e, absolvido, prestou concurso para a magistratura, foi aprovado e tornou-se um dos juízes mais notáveis da magistratura paulista. Tinha, na vida pregressa, um processo por crime de homicídio!

Quero insistir na afirmação de juízo absurdo, formulado por outro órgão jurisdicional, que não examina, pois não tem condições de examinar à falta de competência, os dados materiais dos autos do processo-crime, para emitir juízo ético e moral sobre o réu e candidato. Nisto, lembrei-me de que, neste caso, nós descaímos do terreno da juridicidade e entramos no terreno do conflito entre a racionalidade jurídica e a irracionalidade da opinião pública, sobre a qual o Ministro Eros Grau acabou de proferir palavras, a meu ver, muito acertadas, pois sabemos todos que, não raras vezes, é guiada por pulsões primitivas, incendiadas por veículos de mídia ávidos de sensacionalismo.

Recordei-me, quando fiz tal anotação, de caso não muito distante, de homicídio supostamente praticado por pessoa ou pessoas de classe média, e cuja crueldade é igual à de tantos outros que, na periferia da cidade de São Paulo, sucedem amiúde sem nenhuma notícia da imprensa, mas que se transformou em objeto permanente da mídia durante mais de um mês, por conta de só concorrência

entre os veículos de comunicação, a tal ponto que foi preciso a intervenção da Polícia Militar para evitar que a turba linchasse os suspeitos.

Recordei-me, também, desta observação de Denis Salas: *a denúncia já é uma condenação onde o tempo é instantâneo, isto é, abolido, à semelhança do mercado e dos meios de comunicação, onde os juízos éticos e os juízos morais estão baseados na capacidade de gerar a indignação popular*. E lembrou-me ainda a resposta de Sócrates a Críton, narrada por Platão, quando indagado a respeito da multidão, à véspera de sua morte: *Quem me dera que a multidão fosse capaz de fazer coisas más, se também fosse capaz de fazer coisas boas; não faz nem uma coisa nem outra, age ao acaso*.

Esse ambiente incontrolável que transforma em irracionalidade a atuação do Judiciário é que me parece absolutamente incompatível, entre outras coisas, com os princípios mais imediatos da Constituição da República.

Tudo isso, porque falava a respeito da tipicidade, perante a qual aqueles quatro motivos só ditam ao Judiciário uma única solução: interpretação estrita. Não se pode dar interpretação generosa ou expansiva a nenhuma norma em tema de exceção, de limitação de direitos, em terreno que pode conduzir ao arbítrio, nem em matéria que, por analogia, se equipare à de Direito Penal. Seríamos, portanto, já obrigados a guiar-nos aqui por interpretação estrita.

Por outro lado, o art. 14, § 9º, outorgou à lei complementar, competência normativa que só pode ser exercida nos limites da própria Constituição. Sua função é apenas tipificar casos que se ponham em conformidade com o próprio sistema constitucional, de modo que é impossível admitir a consistência de qualquer interpretação de lei complementar que, sobre matéria de inelegibilidade, contrarie, como pode resultar do acolhimento desta demanda, a própria Constituição da República.

Por outro lado, a pretensão da demandante implica, em primeiro lugar, a ideia de revogação das normas e, em segundo, a introdução de liberdade ou arbítrio judicial para criar casos de inelegibilidade, escolhendo se será considerada, para efeito de veto, a pendência de um, dois, três, quatro, cinco ou seis processos, dependendo da pessoa do juiz, da sua cultura, das suas circunstâncias históricas, dos seus antecedentes, do seu bom humor, etc., de tudo aquilo, enfim, que compõe o puro subjetivismo que a Constituição não pode suportar.

Em segundo lugar, ofende a literalidade do próprio art. 14, § 9º, que se remete à previsão de lei complementar, e não, a juízos puramente subjetivos do órgão julgador.

Em terceiro lugar, confere arbítrio e, por isso, introduz a incerteza jurídica, com todas as consequências que vou comentar um pouco adiante, as quais me parecem graves, enquanto próximas de um ambiente de anomia, ou de regime despótico, onde o que vale como norma não é uma regra objetiva, mas a vontade daquele que estaria autorizado a emitir a norma.

E, finalmente, afronta o art. 5º, inc. LVII.

Tinha feito aqui, em seguida, breve anotação sobre o problema prático da pendência de processos ou da provisoriedade de sentenças ainda sujeitas, por definição, a recursos, quanto à possibilidade teórica de inocência e ao registro histórico de reformas absolutórias, até em sede de *habeas corpus*, o que foi, aliás, extremamente bem ilustrado pelo voto e pelo cuidado do Ministro Ricardo Lewandowski, quando demonstrou que mais de um quarto dos recursos providos no Supremo implicaria, para o caso, o reconhecimento da inocência de mais de um quarto de teóricos candidatos que estariam impedidos de concorrer em virtude da mera pendência dos processos. Só este risco seria suficiente para não se proclamar um princípio que resulta em injustiça concreta. Neste ponto, recorro o que já advertira Beccaria: *a humanidade não ganha coisa alguma com a condenação de um inocente*. E o que ganharia o sistema jurídico ou a vida democrática com a limitação de um direito cívico daquele mais de um quarto de inocentes submetidos aos processos?

Tampouco vou traçar aqui uma retrospectiva histórica – já feita, com todo o brilhantismo, pelo ministro relator – sobre o princípio chamado de *presunção de inocência*, que, na verdade, não consagra nenhuma presunção. Mas devo fazer referência ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem de Cidadão, de 1789, porque se trata de um momento de grandeza histórica que não pode ser menoscabada, pois representa um dos pontos altos da evolução do espírito humano. Foi nesse momento, com a edição do art. 9º dessa Declaração, que aludia à inocência presumida do réu no curso do processo, que a história separou e sepultou uma época em que o processo não era instrumento de justiça, mas meio de atuação dos desígnios e do arbítrio do soberano, o qual se valia regularmente, isto é, mediante regras, dos expedientes da tortura, excluída apenas alguns anos antes da revolução, dos suplícios, das mea-culpa, enfim de todos os meios adequados para obtenção de confissão, e que representavam, por isso mesmo, a completa desconsideração do réu como pessoa humana. Esse momento histórico decisivo é que não pode ser abstraído no tratamento do tema da causa, porque ou retrocedemos ao ciclo histórico anterior à Revolução Francesa, ou reafirmamos sua superação irreversível, reafirmando o princípio constitucional que encarna o aprimoramento do espírito humano, no tratar o réu com a dignidade que a sua condição exige do Estado.

Esse princípio incorporado no art. 5º, inc. LVII, da nossa Constituição, que tem outras dimensões, as quais não vou referir agora, porque a respeito o ministro relator me deu a honra de transcrever o voto proferido no RO nº1.069, consagra uma garantia. Não é por acaso que está no rol do art. 5º. A previsão é de uma garantia. Garantia do quê? Garantia contra o quê? Do lado positivo: de o réu ser tratado como inocente no curso do processo, no sentido de que as medidas

previstas na lei em relação a ele serem adequadas à condição de alguém que até então é tido por inocente. E, o que é mais importante do ponto de vista prático, também do lado negativo é garantia contra a aplicação de qualquer medida que represente restrição gravosa a qualquer dos direitos que compõem a esfera jurídica do réu, enquanto não sobrevenha eventual sentença penal condenatória de caráter definitivo, isto é, transitada em julgado. E não há, aqui, meio-termo. Já não há lugar para reviver aquela discussão, a que se referiu o eminente ministro relator, durante os trabalhos de elaboração da Constituição italiana, em que Manzini encampou a ideia de uma terceira condição, a ideia de *acusado*, que não é nem culpado, nem inocente. É essa a ideia de que, sob o título de *acusado*, é possível aplicar ao réu qualquer medida de caráter restritivo, ainda que não tenha sido demonstrada sua culpabilidade. Esta norma representa, em primeiro lugar, um critério fundamental da justiça do processo, que é objeto de a garantia mais ampla da Constituição, o devido processo legal. O processo não pode ser apenas legal, diz a Constituição, mas há de ser também processo devido, e devido por justiça; e não pode haver processo justo, sem que, até uma sentença penal condenatória definitiva, o réu seja tratado como inocente. Não se pode imaginar um processo justo em que o réu, desde o início, sob o título de que é réu, tenha de suportar medidas restritivas quando a sua culpabilidade não está definitivamente demonstrada.

Segundo lugar, o processo penal não é, a rigor, instrumento de aplicação de pena, porque o Estado, como titular da força legítima, pode, como sempre pôde no curso da história, aplicar as penas independentemente da existência de processo. A ideia de processo está ligada à ideia da necessidade de regulamentar um instrumento de atuação do Estado que respeite a dignidade do homem. O processo, portanto, é uma criação jurídica para proteger a dignidade humana. É esta conquista da civilização que nos veio declaradamente da Constituição francesa revolucionária, da Declaração Universal, mas que já estava nos debates anteriores.

Mas, enfim, retomando este ponto de vista, a mera existência do processo não pode significar nada em termos de racionalidade jurídica. E, a respeito, faço duas observações finais que me parecem relevantes.

Em primeiro lugar, por que a garantia é importante para sociedade? Porque a pecha de criminalidade é a mácula mais grave que se pode imputar a uma pessoa. Todas as outras são toleráveis em certos limites, mas a pecha de que cometeu um crime, de que é criminoso, essa é insuportável. E, em certos casos, representa aquilo que um autor alemão chama de "*a morte social da pessoa*". Ela perde a condição de conviver em sociedade, fora da qual não tem subsistência autônoma.

Em segundo lugar, que significa, na prática, não permitir que, para efeito de alguma penalidade de qualquer espécie, ainda que se cuide da inelegibilidade,

o réu seja considerado criminoso. Quando se admite que a mera pendência de um processo penal suja o passado do réu, isso significa dizer que o suja, porque o réu é um criminoso. Que outra coisa pode justificar o predicado representado pelo adjetivo “sujo” nas expressões “ficha suja”, “passado sujo”, senão a ideia de que o réu é um criminoso? Não é sujo, porque existe o processo; é sujo porque, sob a proposição da existência do processo, está latente a ideia de que ele é um criminoso. E esta é a acusação que se faz, de passado sujo, porque é o passado de quem cometeu um crime, quando a existência do crime está sendo ainda objeto de um processo pendente, cujo desfecho é absolutamente ignorado.

É lícito chamar alguém de criminoso antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória? Não pode, em certas circunstâncias, este fato constituir crime contra a honra, de qualquer uma das suas três espécies típicas, dependendo das circunstâncias históricas? Como é que, portanto, o reconhecimento precário do caráter criminoso de um homem pode substituir o critério objetivo de uma lei complementar? Como formular um juízo de criminalidade de fora, por quem não está dentro do processo, sem estar no processo, sem conhecer as provas do processo, sem conhecer as circunstâncias do fato, e pela mera existência de processo pendente? Como pode isso bastar para declarar-se a inelegibilidade ou a falta de uma condição da elegibilidade, quando, no fundo, o que se agita, na verdade, é uma acusação de que o réu é criminoso, ou, mais do que isso, o reconhecimento de que o réu é criminoso?

Senhor Presidente, essas me pareceram as notas mais relevantes que eu deveria enunciar nesta oportunidade, sobretudo para dizer com Vieira: “*não louvo nem censuro, admiro-me*” de que uma instituição formada por magistrados seja capaz de veicular, em nome de princípios democráticos, uma ideia que me parece pouco compatível, não apenas com a Constituição, mas com o juízo que se deve ter sobre a condição das pessoas e o respeito à dignidade humana.

Razão por que peço vênia aos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa e acompanho integralmente o ministro relator, para julgar improcedente a ação.

Voto

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (relatora): 1. Trata-se de ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) relativamente às alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I, do art. 1º, e parte do art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990, bem como à interpretação judicial dada pelo TSE ao § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, ao considerar a norma constitucional como não autoaplicável.

Na petição inicial, a arguente sustenta que a ADPF serve instrumento de controle concentrado de constitucionalidade destinado a suprir deficiências da ação direta de inconstitucionalidade.

Observa que o objeto da ADPF é a declaração de invalidade das expressões indicadas nas normas referidas por contrariedade a preceito fundamental (probidade administrativa e moralidade para o exercício de mandato popular).

Sustenta que o § 9º, do art. 14, da Constituição, constitui norma de eficácia plena que dispensa normatização, invocando situações já contempladas na legislação brasileira no que tange à *investigação social* realizada para aprovação de candidatos em concursos públicos (como na magistratura, na polícia civil e federal, na advocacia da União e de notário e registrador).

Registra que a lei não precisa indicar hipóteses que levariam à recusa de determinado cidadão a ocupar determinado cargo público, o que também deve prevalecer em relação aos mandatos eletivos.

2. Na manifestação da Advocacia-Geral da União, preliminarmente, são sustentadas as seguintes questões: a) não conhecimento da ADPF diante da não comprovação da existência de relevante controvérsia sobre o texto do § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, eis que todas as decisões do TSE mantiveram a orientação contida na Súmula nº 13 daquela mesma Corte; b) não conhecimento da ADPF devido à não comprovação de prova de violação de preceito fundamental.

Aduz, ainda, que o § 9º, do art. 14, do texto constitucional, é claro ao atribuir a previsão de outros casos de inelegibilidade à lei complementar. A prevalecer a orientação da arguente, “estar-se-ia diante de uma hiperdimensionada hipótese de inelegibilidade, de uma verdadeira norma em branco a ser complementada pelo crivo do julgador, ante a ausência de quaisquer parâmetros balizadores.” (fl. 298)

3. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão em debate, relacionada especificamente à hipótese de elegibilidade e rejeição de contas de ex-prefeito municipal. Trata-se do julgamento da 1ª Turma, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, com seguinte ementa (AIAgR nº 165.332/MG, DJ 18.8.1995):

“Eleitoral. Ex-prefeito. Candidato a deputado federal. Impugnação. Inelegibilidade fundada na sua vida progressa e na rejeição de suas contas. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal: norma dependente de integração legislativa.

O acórdão recorrido, ao atribuir efeito elisivo da inelegibilidade a ação anulatória da decisão que rejeitou as contas do candidato, ex-prefeito, assentou sua interpretação em lei complementar, sem conotação de ordem constitucional que propiciasse o extraordinário. O art. 14, § 9º, da Constituição Federal, na redação que resultou da Emenda Revisional nº 4, não cria hipótese de inelegibilidade por falta de probidade e moralidade administrativa constatada pelo exame da vida progressa do candidato, mas determina que lei complementar o faça, integrando o regime de inelegibilidades da ordem constitucional. O acórdão recorrido que, longe de contrariar regra de hermenêutica, limitou-se a revelar e definir o exato sentido da norma constitucional. Agravo regimental improvido.”

4. Assim, o entendimento que prevaleceu, à época, foi no sentido da norma constitucional contida no § 9º, do art. 14, da Constituição Federal (na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994) não ser autoaplicável.

Ressalto que, a meu juízo, o debate sequer exige que venha a lume o princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio de inocência). A Constituição Federal exige lei complementar para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade, sob pena de se conceber uma autêntica norma em branco acerca de inelegibilidade, a ser complementada pelo julgador, sem quaisquer parâmetros e critérios balizadores.

Como foi lembrado pela AGU na sua manifestação, “nos idos do regime militar, a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, previa que se tornava inelegível todo candidato denunciado em processo penal. Tal disciplina foi expressamente revogada pela Lei Complementar nº 64, de 1990, justamente porque implicava num instrumento de arbitrariedades. A tese levantada na inicial pode dar ensejo ao retorno da utilização de ações como meio de perseguições políticas, que se verificava na vigência da legislação anterior.” (fl. 299)

5. Várias situações que gerariam perplexidades poderiam ser aqui apontadas relativamente ao conceito vago de “vida progressa” do postulante de cargo eletivo, inclusive no contexto de ações penais de iniciativa privada (com base em queixas oferecidas por inimigos políticos), de inquéritos policiais desenvolvidos sem substrato fático mínimo, ou mesmo de sentenças criminais condenatórias não transitadas em julgados, posteriormente reformadas pelos tribunais.

6. Não há como se pretender equiparar situações díspares relacionadas aos postulantes a mandatos populares e aos pretendentes de cargos públicos, tais como de magistrados, advogados públicos, policiais. O princípio da igualdade material não permite que sejam igualmente tratadas situações que apresentam elemento razoável de *discrímen*, especialmente em razão do viés político que se reveste à escolha dos candidatos aos mandatos populares, sejam do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

A própria condição jurídica de agentes políticos (diversamente dos servidores públicos concursados), a forma de acesso ao mandato popular, a transitoriedade do exercício do mandato eletivo, entre outros aspectos, distinguem claramente as situações dos postulantes aos mandatos de prefeito e vereador daquelas relacionadas aos candidatos ao provimento de cargos e funções públicas por concurso de provas ou de provas e títulos.

7. Diante de tal quadro, por não considerar presentes os requisitos necessários, indefiro a medida liminar.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Senhor Presidente, antes de mais nada, quero em conformidade com os colegas que me antecederam, louvar os votos brilhantes proferidos desde o inicial do eminente relator, até agora, o voto do Ministro Cezar Peluso, fazendo um registro muito particular ao brilhantismo com que se manifestaram o Ministro Carlos Britto e o Ministro Joaquim Barbosa, na divergência.

Parece-me que a sessão de hoje – em que pese a divergência de fundamentação teórica e de conclusões a que os votos chegaram – demonstra de maneira muito eloquente a grande preocupação desta Casa com o aperfeiçoamento da vida e dos costumes políticos do país. Esta preocupação, que é nossa, é exatamente idêntica à preocupação já externada pela opinião pública e que certamente levará a uma natural depuração dos quadros políticos na eleição que se avizinha, quando soberanamente o eleitorado manifestará seu apoio aos candidatos que lhe pareçam os mais habilitados e qualificados a exercerem as funções públicas.

Trouxe, Senhor Presidente, também como os colegas, um voto escrito, do qual farei juntada. Ele não traz qualquer novidade além de todas as ponderações já feitas aqui. Desejo pontuar apenas que entendo que sequer se fazem necessárias maiores considerações a respeito da presunção de não culpabilidade para que se possa acompanhar o voto do relator e votar pela improcedência deste pedido. Isso porque entendo que a Constituição Federal, de maneira muito clara, exige não apenas uma lei qualquer, mas lei complementar, para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade.

Portanto, seria uma excessiva largueza deferirmos a uma instância judiciária ou a duas instâncias judiciárias a definição a respeito dessa condição de inelegibilidade dos candidatos que se apresentam às urnas.

Esse é o núcleo central da manifestação que tenho escrita e que farei juntar.

Acompanho o voto brilhante do eminente relator, renovando vênias ao eminente Ministro Carlos Britto e ao colega Joaquim Barbosa. Não gostaria também de deixar de referir ao excelente trabalho técnico que nos foi trazido pelos autores da ação. Eles realmente primaram pela correção na proposição e estão em conjunto com este Tribunal, fazendo com que a nação, uma vez mais, defronte-se com sua realidade e possa corrigir os rumos de sua vida política.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, deram, tenho que admitir, uma esperança vã à população leiga e, também digo, muito trabalho ao relator deste processo.

A questão não se resolve – e isso ficou bem claro – no campo dos princípios, que têm tríplice objetivo: informador, normativo e interpretativo.

Estamos aqui a lidar – e ressaltou bem esse aspecto a Ministra Ellen Gracie – com a legalidade estrita especial, no que, considerados os valores em jogo, a própria cidadania, a Constituição Federal colou a necessidade de disciplina da matéria, mediante lei complementar. E o que se contém, presidente, no § 9º do art. 14 da Carta da República, considerada a Emenda Revisional nº 4, é direcionado não ao Judiciário Eleitoral, mas ao legislador para que observe a salutar proibidade, na disciplina do tema, ou seja, na definição da inelegibilidade, respeitados, claro, os princípios contidos no Diploma Maior, respeitadas as garantias constitucionais.

Subscrevo, Presidente – e o faço não apenas no que transcrito pensamento que veiculei no Tribunal Superior Eleitoral –, a totalidade do voto do relator. Digo que há um compromisso muito sério do Supremo com parâmetros, com princípios, com a arte de afastar o justicamento. Atuamos em área de responsabilidade maior no que nos pronunciamos por último e, também, no que nos incumbe zelar pela prevalência da Constituição Federal. Reporto-me, portanto, ao voto que proferi no Tribunal Superior Eleitoral, revelado no pronunciamento do relator – como já disse concluindo a favor de um opositor, mas um opositor no campo desportivo, o então candidato Eurico Miranda –, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. A própria associação talvez pudesse ter evitado o fenômeno que acaba de ocorrer. Veio a juízo quem sabe para ter uma consagração maior e sai vencida, considerado até o score do julgamento, com a devida vênia dos entendimentos manifestados pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

É como voto na espécie.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: O Tribunal conclui mais um julgamento em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Inicialmente contestada e tratada com receio pelo próprio Tribunal, o instituto da ADPF tem se desenvolvido amplamente na recente jurisprudência desta Corte.

Primeiro, tivemos o julgamento definitivo da ADPF nº 33, na qual o Tribunal decidiu que a existência de ADI contra dispositivos da Lei nº 9.882/1999 não constitui óbice à continuidade do julgamento da arguição.

Como é sabido, a OAB propôs a ADI nº 2.231 contra a Lei nº 9.882/1999, distribuída à época ao Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I, do art. 1º, o § 3º do art. 5º, o art. 10, *caput* e § 3º, e o art. 11, todos da mesma Lei. O Ministro Néri da Silveira, na sessão do dia 5.12.2001, acolheu em parte a arguição, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida lei, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto, e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do § único

do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso. O julgamento foi interrompido em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

Depois, o Tribunal conheceu da ADPF nº 54, rel. Min. Marco Aurélio (sessão de 27.4.2005), na qual se discute a constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos.

Neste ano de 2008, em sessão de 27 de fevereiro, o Tribunal proferiu julgamento em medida cautelar na ADPF nº 130, rel. Min. Carlos Britto, na qual se discute a constitucionalidade Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) em face dos preceitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

O Tribunal apreciou pedido de medida cautelar também na ADPF nº 47, rel. Min. Eros Grau, e na ADPF nº 79, rel. Min. Cezar Peluso, e está em andamento o julgamento da ADPF nº 46, rel. Min. Marco Aurélio. Além disso, na ADPF nº 101, rel. Min. Cármen Lúcia, realizou-se a segunda audiência pública nesta Corte destinada à oitiva de expertos na matéria discutida na ação constitucional.

Como se pode ver, paulatinamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental vai se consolidando nesta Corte como ação constitucional destinada à proteção de preceitos fundamentais naqueles casos em que outras vias de impugnação se mostrem inadequadas.

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

O instituto da ADPF, sem dúvida, vem se afirmando como autêntica ação constitucional voltada à proteção da Constituição.

A ADPF permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

A ADPF também pode ser utilizada para de forma definitiva e com eficácia geral solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-

constitucional em face da nova Constituição que, até o surgimento do instituto, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Ademais, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, estão aptas a fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Assim, a arguição de descumprimento, que pode ser manejada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal, veio completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Expresso essas palavras para enfatizar esse vertiginoso desenvolvimento da ADPF no Supremo Tribunal Federal. Não tenho dúvidas de que a ADPF desenvolverá cada vez mais o seu potencial como ação voltada à proteção da ordem constitucional.

Passo então à análise da controvérsia constitucional.

O objeto desta ADPF são expressões constantes das alíneas *d*, *e*, *g* e *h* do inciso I do art. 1º, assim como parte do art. 15, todos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, comumente denominada “Lei das Inelegibilidades”. O fundamento constitucional estaria na não recepção de normas constantes desses dispositivos pelo art. 14, § 9º, da Constituição, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 4, de 7 de julho de 1994. Impugna-se, ainda, a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao referido § 9º do art. 14º da Constituição, no sentido de não ser norma autoaplicável, por isso, dependente de lei complementar para ter plena vigência e eficácia (interpretação consolidada na Súmula nº 13 do TSE).

Entende a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em síntese, que o § 9º do art. 14 da Constituição constitui, sim, norma de eficácia plena e imediata e que, portanto, (1) a exigência do “trânsito em julgado” das decisões mencionadas nas alíneas *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 1º, (2) a ressalva quando “a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário” constante da alínea *g* do inciso I do art. 1º, (3) assim como a exigência de que tenha “transitada em julgado” a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/1990, estariam em total conflito com a referida norma constitucional, da qual somente se poderia extrair a teleologia no sentido de se proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, considerada a vida progressa do candidato.

Os pressupostos para o conhecimento da ADPF estão plenamente preenchidos. Não se pode negar a controvérsia judicial que se estabeleceu em torno da interpretação do § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1994.

Sobre o tema, o Tribunal Superior Eleitoral tem seguido uma perene linha jurisprudencial. A questão voltou a ser amplamente debatida naquela Corte em 20 de setembro de 2006, no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069, rel. Min. Marcelo Ribeiro, ocasião em que se reafirmou o entendimento consolidado na Súmula nº 13 no sentido de que o art. 14, § 9º da Constituição não é autoaplicável e que, portanto, na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato configure causa de inelegibilidade, não pode o Poder Judiciário substituir o legislador para aplicar diretamente a norma constitucional mediante critérios fixados judicialmente. O mesmo posicionamento foi fixado no julgamento do REspe nº 26.437, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

Também neste ano de 2008, o TSE debruçou-se novamente sobre o assunto (RCED nº 667, rel. Min. Gerardo Grossi; PA nº 19.919 – Consulta formulada pelo Tribunal Regional da Paraíba) e, em todos os julgados, manteve a plena vigência do entendimento consolidado em sua Súmula nº 13.

A posição do TSE, a meu ver, reafirma o valor da presunção de inocência ou de não culpabilidade no ordenamento constitucional brasileiro. Tal princípio impede a outorga de consequências jurídicas sobre investigado, denunciado ou réu antes do efetivo trânsito em julgado de eventual decisão condenatória.

A garantia da presunção de não culpabilidade não se restringe ao âmbito do direito e do processo penais. Sua abrangência é ampla o suficiente para abarcar todo comportamento do poder público tendente à sanção de indivíduos investigados, denunciados ou acusados, com repercussão em diversos âmbitos do direito.

Trata-se, assim, de uma garantia de segurança do cidadão em face do Estado. Conforme as lições de Ferrajoli, “a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo”¹⁸.

Não tenho dúvidas de que a consideração de fatos da vida pregressa do candidato, como o indiciamento, a denúncia ou a acusação penal, para a configuração de causas de inelegibilidade, sem expressa previsão legislativa para tanto, viola a garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição).

A Emenda Constitucional nº 4, de 1994, foi salutar ao modificar o art. 14, § 9º, da Constituição, para determinar à lei o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

É a lei complementar, ressalte-se, que deve estabelecer essas causas de inelegibilidade. O art. 14, § 9º, necessita, impreterivelmente, dessa densificação

¹⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT; 2002, p. 441.

normativa. Há, aqui, uma reserva absoluta de lei complementar, que não pode ser desconsiderada pela autoridade judicial eleitoral.

A criação judicial de novas causas de inelegibilidade, nesse caso, além de violar a reserva de lei complementar presente no art. 14, § 9º, dá ensejo a arbitrariedades indubitavelmente incompatíveis com o valor da democracia.

Todos sabem quão fácil é, hoje em dia, instaurar procedimentos investigatórios contra quem quer que seja. Não é difícil vislumbrar, mesmo porque são notórios os casos concretos ocorridos e amplamente divulgados nos meios de comunicação, os abusos e arbitrariedades que podem ser cometidos com base nessa interpretação que a entidade autora pretende conferir ao art. 14, § 9º, da Constituição. A via que se abre é, portanto, perigosa e ameaçadora do próprio regime democrático.

Reafirmo, portanto, a necessidade de que haja uma mínima tipicidade dos atos e fatos configuradores de causas de inelegibilidade para fins de aplicação da determinação contida no art. 14, § 9º, da Constituição.

Caberá à lei complementar definir as hipóteses de inelegibilidade, podendo o legislador estabelecer critérios.

Esse, portanto, é o entendimento que deve ficar consignado neste julgamento.

É bem verdade que esta Corte, sob a égide da Constituição anterior, já havia firmado posicionamento sobre o tema.

Em 17 de novembro de 1976, houve por bem o Supremo Tribunal Federal reformar decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime¹⁹. A lei federal determinava que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis²⁰.

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira pela cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/1969²¹.

Vale registrar passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do recurso extraordinário, que bem sintetiza a orientação que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral à pronúncia de inconstitucionalidade da norma questionada:

“Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público — *pacta*

¹⁹RE nº 86.297, relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ*, nº 79, p. 671.

²⁰Lei Complementar nº 5, de 1970, art. 1, I, *n*.

²¹RE nº 86.297, relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ*, nº 79, p. 671.

sunt servanda — mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que ‘a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declarado com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo²².

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade²³.

A posição da maioria pode ser traduzida pela seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

“A presunção de inocência é [...] ideia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria nas expressões vigorosas de Manzini [...], ideia ‘*goffamente paradossale e irrazionale*’ (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/1970.

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam.

²²RE nº 86.297, relator: Ministro Thompson Flores, RTJ, nº 79, p. 671 (705).

²³RE nº 86.297, relator: Ministro Thompson Flores, RTJ, nº 79, p. 671 (683 e s.).

Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?

Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/1970²⁴.

Recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/1969.

É provável que a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no *princípio da proporcionalidade (excesso de poder legislativo)*.

E é justamente sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade que a controvérsia pode ser solvida com maior clareza.

Cabe questionar se a proteção da probidade e da moralidade no exercício dos mandatos pode configurar justificativa idônea para restringir ou mesmo anular a garantia individual da presunção de inocência assegurada ao cidadão-candidato.

Como ensina Alexy, “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula²⁵ mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”²⁶.

A concepção segundo a qual é possível restringir o direito fundamental à presunção de inocência esbarraria, no caso, na exigência de lei complementar destinada à tipificação das hipóteses de inelegibilidade, ou seja, na reserva de lei estabelecida pela própria Constituição.

E o teste da proporcionalidade também pode deixar bem claro que o exercício de criatividade judicial quanto a novas causas de inelegibilidade não se mostra necessário ante outros meios menos gravosos ao cidadão-candidato e igualmente adequados para a consecução da finalidade enunciada na norma constitucional de proteção da probidade e da moralidade no exercício do mandato político.

Enquanto não é editada a lei complementar prevista pelo art. 14, § 9º, da Constituição, permanecem no sistema outros mecanismos para impedir a candidatura e a conseqüente eleição de pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo.

Uma das características fundamentais de um regime democrático é a existência de múltiplos meios de impedir a chegada ou a permanência do mau governante

²⁴RE nº 86.297, relator: Ministro Thompson Flores, RTJ, nº 79, p. 671 (694).

²⁵Para uma formulação geral sobre princípios, cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* p. 146.

²⁶*Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

no poder. Lembro, aqui, as palavras de Karl Popper, em sua monumental obra “A sociedade aberta e seus inimigos”, segundo as quais “a democracia é o regime de governo que prevê mecanismos de destituição do mau governante do poder”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral²⁷. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

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

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

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

²⁷GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, Berlin/Nova York, 1995, p. 599 (p. 606).

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

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

O art. 14, § 9º, da Constituição, apesar de ter condicionada sua plena eficácia à edição da lei complementar nele prevista, traça uma inequívoca diretriz aos cidadãos eleitores, aos cidadãos-candidatos e aos partidos políticos para que exerçam, eles próprios, esse controle das candidaturas tendo em vista a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos.

Deixo ressaltado, por fim, que a divulgação de listas de candidatos com “ficha suja” por entidades associativas de magistrados nada acrescenta à nossa democracia. Ao contrário, por serem providas de associação de autoridades judiciárias, essas listas são recebidas pela sociedade com uma aura de veracidade e de legitimidade que as confundem com os próprios atos jurisdicionais, o que as tornam verdadeiros documentos cuja finalidade outra não é senão a condenação antecipada de pessoas. Uma lista que, a princípio, divulga nomes de indivíduos investigados, denunciados ou acusados penalmente, transforma-se, quando emanada desse tipo de ente associativo, em listas de condenados na visão do cidadão comum. Sem contar os casos notórios, amplamente divulgados pela imprensa, de abusos na divulgação de nomes de pessoas já absolvidas, mas ainda sem o trânsito em julgado por falta de publicação da sentença ou do acórdão. Isso não se compadece com o valor da presunção de não culpabilidade e, portanto, não se compadece com a democracia.

Com essas breves considerações, acompanho o ministro relator e voto pela improcedência da ação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, também tenho voto escrito preparado para esta ocasião, mas não vou obviamente cansá-los, tendo em vista o adiantado da hora e o cansaço geral que se manifesta e, claro, também, a profundidade das manifestações aqui desenvolvidas, tanto na

manifestação da divergência, a partir do voto do Ministro Carlos Britto, quanto na manifestação trazida de forma lapidar pelo Ministro Celso de Mello e, depois, as várias considerações aqui desenvolvidas nas diversas manifestações, a partir do Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Eros Grau, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Cezar Peluso, Ministra Ellen Gracie e, agora, o Ministro Marco Aurélio.

Inicialmente, eu gostaria de destacar o caráter singular deste caso, tendo em vista o manejo que a Associação dos Magistrados Brasileiros fez da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo como objeto não só as disposições da lei complementar, mas também a própria interpretação – como foi bem destacado no voto do Ministro Celso de Mello – do Tribunal Superior Eleitoral.

Trata-se de uma nova perspectiva desse instituto, como nós temos destacados, e isso é extremamente importante. Acho que esse é um dado que ressalta um novo aspecto desta ação e fala um pouco de forma especial sobre esta nova dimensão do nosso controle de constitucionalidade com esse viés concentrado, especialmente a partir dessa ação.

Em relação ao tema versado, também vou pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Britto e ao Ministro Joaquim Barbosa para me filiar à tese aqui inicialmente esposada pelo Ministro Celso de Mello. E, também, não vou fazer muitas considerações sobre esse tema por me parecer que, a partir da própria disposição do art. 14, § 9º, nós temos a resposta para a questão aqui suscitada.

Gostaria de destacar o valor histórico do debate travado inicialmente no TSE, na sua composição anterior, ainda no regime militar, e, depois, o debate que se estendeu no próprio Supremo Tribunal Federal.

No voto escrito, faço considerações sobre esse tema. É de saudar que à época se fez um esforço para discutir a questão que se colocava à luz do art. 153, § 36, a cláusula de não exclusão de outros princípios. Dizia então, de forma lapidar, o Ministro Leitão de Abreu que a presunção de inocência integrava, portanto, o catálogo de direitos fundamentais. E fazendo uma leitura com os olhos de hoje, até já anotei em outra oportunidade que naquela ocasião se falava, talvez, com considerações diversas sobre o princípio da proporcionalidade nesse contexto.

Faço algumas considerações sobre esse tema e resalto – como já tive oportunidade de me manifestar – que é fundamental, realmente, como ressaltou o Ministro Carlos Britto, que a questão da probidade na administração seja levada em conta na consideração sobre aqueles que devem ter funções na vida pública. Todavia, é preciso que tenhamos esse mínimo de segurança jurídica – isso foi destacado no voto da Ministra Cármen Lúcia. E os debates que se seguiram mostram – inclusive os debates que estão na imprensa – as dificuldades que nós temos para esse mínimo em termos de segurança jurídica.

Mas há mais: realmente, as várias manifestações aqui assentes, a partir do voto do Ministro Celso de Mello, demonstram que essa ideia da presunção de inocência, ou da presunção de não culpabilidade, não pode ser mitigada, por razões as mais diversas. O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição, pelo 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*, contribuir para um processo civilizatório elevado, como já foi destacado aqui nos vários votos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Processo de avanço cultural.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Um processo de avanço cultural que se faz a cada dia, na melhoria das instituições, no aperfeiçoamento, inclusive aqui há muitos pontos já apontados, e com razão, por exemplo, no voto do Ministro Carlos Britto: a demora na definição das questões judiciais, que é imputável à própria máquina judicial; a sobrecarga; a falta de estrutura, em muitos casos, e que leva às vezes ao alongamento, à não definição de muito desses processos. Isso foi destacado também no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Mas só que nós não deveríamos fazer esforço no sentido de melhorarmos essa estrutura, de tentarmos ter decisões em tempo socialmente adequado? Não enveredarmos por esse caminho que pode nos levar por tantas desventuras. Demonstrou o Ministro Cezar Peluso que já o apontamento do processo muitas vezes pode produzir um tipo de morte civil. Sabemos disso e em tantos casos com os quais temos nos deparado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite, só para deixar bem assentado. Eu trabalhei o tempo inteiro, desde o TSE, com um conceito lato de vida pregressa, ou seja, vida pregressa não se resume à questão criminal. Criminalidade e vida pregressa não se identificam de todo. Daí, falei que vida pregressa é uma expressão constitucional que se autoexplica, ela significa todo um histórico de vida, todo um perfil social do candidato. Por isso é que não me causou nenhum constrangimento, do ponto de vista da garantia constitucional, separar, em certa medida, o campo penal do campo eleitoral. É evidente que, no campo penal, subscrevo todas as belíssimas palavras e os belíssimos fundamentos de todos os ministros que votaram nesta belíssima e histórica sessão de julgamento. Para mim, vida pregressa, volto a dizer, é muito mais do que um eventual passivo processual, ainda que de índole criminal; é mais do que isso. Apenas não recuso à Justiça Eleitoral o direito de, no caso concreto, fundamentadamente, sob essa estrutura que temos de superposição de jurisdições, analisar se aquele candidato tem condições de elegibilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas considerados processos em curso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, o problema é saber quais os fatos típicos e, portanto, gerais, passíveis de ser aplicados a todos como tipicidade, que “sujam” a vida pregressa do candidato. Quais são esses fatos? Quem define esses fatos?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É impossível recusar à Justiça Eleitoral esse mínimo de subjetividade. Vejam o dano moral, é eminentemente subjetivo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, isso não é o mínimo, é o máximo de subjetividade dizer-se que fato tal, no juízo do órgão eleitoral, equivale a uma mancha na vida pregressa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Olha a discordância. Não é o fato tal, são os fatos tais, percebeu?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Mas que fatos, ministro?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sim, estou dizendo, a nossa diferença está nisso.

Mas desculpe a interrupção.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Quem diz quais são os fatos?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Evidente, só pode ser o Judiciário.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Agradeço a manifestação do Ministro Carlos Britto, mas é claro que temos, aqui, premissas diferentes.

Então, eu estava a destacar as imprecisões já existentes, os exemplos estão aí, há dificuldade, inclusive, de interpretação, o que levaria a um desacerto e a uma arbitrariedade feita pelos próprios juízes, o que seria talvez o pior dos arbítrios. Também não recomendaria a adoção desta inlegibilidade pela via hermenêutica. Nós, na verdade, teríamos um modelo de Direito Penal, claro que no sentido amplo, como expressão do direito livre, com os riscos que nós conhecemos para esse tipo de prática. Cada vez mais sabemos que o direito deve ser achado na lei e não na rua.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É o Direito posto.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Mas eu gostaria de dizer algo mais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Falou-se muito em preenchimento de cargo público e, no caso de envolvimento de mandato, tem-se o preenchimento de cargo público. Mas já há precedentes na Corte afastando a possibilidade de processo criminal em andamento impedir a inscrição de candidato. Refiro-me ao Recurso Extraordinário nº 194.872, da Segunda Turma, no qual figurei como relator. Também me reporto ao Recurso Extraordinário nº 427.378, relator Ministro Cezar Peluso – decisão monocrática; ao Agravo no Recurso Extraordinário nº 559.135, Primeira Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski; e, por último, um precedente de Vossa Excelência, no campo individual, consubstanciado na apreciação do Recurso Extraordinário nº 487.398. O princípio, portanto, é linear.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Há também julgamentos em sentido contrário. No MS nº 25.624, o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto acompanhado pela unanimidade do Plenário, afirmou que:

“[...] em linha de princípio, será de reputar-se fundada a recusa pelo tribunal, à ausência de ‘reputação ilibada’, da indicação de candidato condenado pela prática de crime infamante da sua reputação moral.”

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Condenado, ministro. Não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Condenados. Imagina-se a preclusão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sim, mas isso sem trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Será?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: E o Ministro Ricardo Lewandowski disse o seguinte:

“Conforme o relator bem consignou, se alguém possui $\frac{3}{4}$ vou até mais adiante do que Sua Excelência, que falou em condenação por crime infamante $\frac{3}{4}$, uma série de distribuições criminais ou cíveis por ilícitos graves, evidentemente não terá a reputação ilibada que a Constituição exige.”

Então, há decisões de parte a parte, dos dois lados.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Mas, Senhores Ministros, há um outro aspecto que eu também gostaria, para finalizar, de ferir nesta parte final da sessão.

É evidente que 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 publicação de lista. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.

Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está 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 –; de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia. Já tem tradução para o português de Portugal, mas não tem tradução no Brasil.

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: *¡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, emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.

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

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

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

virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de aguentar.”

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos a favor da eliminação de todos aqueles que têm algum processo, até que descobrissem que, certamente, essa fórmula mágica produziria uma hecatombe, produziria uma injustiça em série.

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

Também eu, não há nenhuma dúvida, pronuncio-me no sentido da improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

EXTRATO DA ATA

Procedimento: Distrito Federal.

Relator: Ministro Celso de Mello.

Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Advogados: Alberto Pavie Ribeiro e outro.

Arguidos: Tribunal Superior Eleitoral.

Interessada: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outro.

Interessada: Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

Advogados: Ismael Fábregas Junior e outra.

Interessado: Partido Progressista (PP).

Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho.

Interessado: Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe).

Advogada: Sílvia Cristina Lins Ramos Frota.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal acolheu a questão de ordem *suscitada* pelo Senhor Ministro Celso de Mello (relator), no sentido de julgar, desde logo, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em consequência do acolhimento desta Questão de Ordem, o procurador-geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, proferiu, oralmente, parecer na presente sessão. Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos

termos do voto do relator, decisão esta dotada de efeito vinculante, segundo a Lei nº 9.882/1999. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram: pela arguente, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae*, Partido Progressista (PP), o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. O relator comunicou ao Plenário que, em decorrência de pedido, somente nesta data formulado, admitiu a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) como *amicus curiae*. Plenário, 6.8.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.



REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 167

BRASÍLIA – DF

Relator: Min. Eros Grau.

Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro.

Arguido: Tribunal Superior Eleitoral.

Interessado: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Advogados: Heli Dourado e outro.

Advogado: Wilson Azevedo.

Interessado: Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB).

Advogada: Luciana Lóssio.

Interessado: Partido Popular Socialista (PPS).

Advogados: Admar Gonzaga Neto e outros.

Interessado: Partido da República (PR).

Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e outro.

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Atos do Tribunal Superior Eleitoral. Decisões judiciais que reconheceram a competência originária do TSE para processar e julgar recursos contra a expedição de diplomas decorrentes de eleições estaduais e federais. Alegação de violação ao disposto nos incisos LIII, LIV e LV do art. 5º e incisos III e IV do § 4º do art. 121, da Constituição do Brasil. *Fumus boni iuris* e *periculum*

***in mora* não caracterizados. Medida cautelar não referendada pelo Tribunal Pleno.**

1. Controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diplomas decorrentes de eleições estaduais e federais.

2. O Tribunal admitiu a arguição após o exame de questão de ordem referente à representação processual do arguente.

3. O encaminhamento desses recursos ao TSE consubstanciaria, segundo o arguente, contrariedade ao disposto nos incisos LIII, LIV, e LV do art. 5º, e nos textos dos incisos III e IV do § 4º do art. 121 da Constituição do Brasil, vez que os tribunais regionais eleitorais não teriam apreciado previamente as questões de que tratam.

4. A relevância da controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diploma e o perigo de lesão ensejaram o deferimento monocrático de medida liminar.

5. O Tribunal dividiu-se quanto à caracterização do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e, contra o voto do ministro relator, não referendou a cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, preliminarmente, em admitir a arguição de descumprimento de preceito fundamental, concedendo o prazo de 5 (cinco) dias para que seja apresentada procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ADPF. Em seguida, o Tribunal por maioria, negou referendo à cautelar.

Brasília, 1º de outubro de 2009.

Ministro Eros Grau, relator.

Publicado *DJ* em 26.2.2010.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição do Brasil, e na Lei nº 9.882/1999, contra o Tribunal Superior Eleitoral, em razão de decisões judiciais que reconheceram a competência originária dessa Corte para processar e julgar recursos contra a expedição de diplomas conquistados em eleições estaduais e federais.

2. O arguente sustenta que essas decisões contrariam o disposto nos incisos LIII, LIV, e LV do art. 5º, e os textos dos incisos III e IV do § 4º do art. 121 da Constituição do Brasil. Isso por que o encaminhamento de recursos ao TSE pressuporia a existência de decisão do tribunal regional competente, resultando vedada à Corte Especial a impugnação do diploma quando não observado esse procedimento.

3. Afirma, ainda, violação do princípio do juiz natural, vez que as ações de que se trata haveriam de ser propostas nos tribunais regionais. Alega que a apreciação direta da impugnação do diploma pelo TSE consubstancia supressão da garantia do duplo grau de jurisdição ordinária e afronta aos princípios do processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

4. O arguente acrescenta que inexistiria outro meio processual para sanar a lesividade apontada.

5. Sustenta estarem presentes os requisitos que ensejam a concessão da medida liminar para suspender a tramitação de recursos contra expedição de diploma em curso no TSE.

6. Em 3 de abril de 2009, certificada minha ausência, o Ministro Ricardo Lewandowski solicitou informações ao Tribunal Superior Eleitoral e encaminhou os autos à Procuradoria-Geral da República e à Advocacia-Geral da União para manifestação no prazo comum de cinco dias.

7. A Advocacia-Geral da União deu parecer no sentido do não conhecimento da arguição e, no mérito, pela sua improcedência [fls. 143/158].

8. O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Carlos Aires Britto, afirmou que a “a jurisprudência do TSE impugnada na presente arguição é tradicional, foi firmada há décadas e tem sido mantida ao longo dos anos”. Estaria configurado, no caso, *periculum in mora* inverso [fls. 161/166].

9. Em 14 de maio de 2009 admiti a participação, no feito, do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) e do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) na condição de *amici curiae*.

10. Posteriormente, o Partido da República (PR) e o Partido Popular Socialista (PPS) também solicitaram ingresso nele, na qualidade de *amici curiae*, tendo este último requerido pedido liminar acautelatório ativo para “determinar ao col. TSE o sobrestamento da apreciação dos embargos declaratórios opostos nos autos do Recurso contra Expedição de Diploma nº 698 (Palmas/TO) até o julgamento do mérito da presente ADPF nº 167 por esse eg. Supremo Tribunal Federal”.

11. Em 10 de setembro passado, a fim de conferir amplitude ao debate constitucional, deferi os pedidos de ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, do Partido da República, bem como do Partido Popular Socialista.

12. Nesta decisão, em face da relevância da controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diploma com ampla dilação probatória e tendo em conta o perigo

de lesão grave, concedi a medida liminar para o efeito de, – sem qualquer reflexo em relação a procedimentos anteriores que tiveram curso no Tribunal Superior Eleitoral – sobrestar o julgamento de qualquer recurso contra a expedição de diploma ou feitos correlatos por aquela Corte, até a decisão do mérito desta ADPF.

13. Afirmo ainda que a submeteria prontamente ao referendun deste Plenário. É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Tenho seguidamente rememorado, no curso de minha atividade judicante, exemplos de prudência e serenidade que colhi em alguns magistrados. Permito-me lembrar, por todos, o Ministro Jarbas Nobre, o desembargador Edgard de Moura Bittencourt e o desembargador João Batista de Arruda Sampaio. Este último deixou-me lição, que Plínio, seu filho, algumas vezes me repetiu: quando e se alguém lhe perguntasse de inopino a respeito de algum processo chegado ao seu tribunal, o desembargador Arruda Sampaio simplesmente dizia “não sei, ainda não li os autos”.

2. Assim tenho tentado ser, o juiz prudente que não opina sem ter lido os autos. Não há incoerência nenhuma entre a concessão de uma medida cautelar que ensejará serena e prudente apreciação de uma questão jurídica relevante e a circunstância de o magistrado que a concede ter anteriormente afirmado determinado entendimento sobre o mérito dessa mesma questão. Em suma, a prudência pode perfeitamente recomendar que a cautelar seja deferida pelo juiz que, em outra instância, já se manifestara quanto ao objeto de questionamento. A afirmação de que esse juiz teria deferido o que houvera indeferido é maldade pura. Se não for desinformação a respeito do direito.

3. Leio trecho da decisão monocrática que proferi no feito em 10 de setembro passado:

“10. A controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diploma com ampla dilação probatória é relevante e projeta graves repercussões no que concerne à situação de mandatários eleitos, inclusive governadores, senadores, deputados federais e estaduais.

11. No próprio TSE a questão foi decidida por margem mínima de votos e até vir a ser pacificada pelo STF, muitos mandatários podem ter o diploma cassado, caso reformado o entendimento, sem qualquer possibilidade de reparação pelo tempo que deixarem de exercer mandatos outorgados pela soberania do voto popular (art. 14 da Constituição do Brasil).

12. Em face da relevância da questão e do perigo de lesão grave, concedo a liminar *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal para o efeito de, a

partir desta data – sem qualquer reflexo em relação a procedimentos anteriores que tiveram curso no Tribunal Superior Eleitoral – sobrestar o julgamento de qualquer recurso contra a expedição de diploma ou feitos correlatos por aquela Corte, até a decisão do mérito desta ADPF”.

Eis a medida cautelar que submeto ao referendo de Vossas Excelências.

ANTECIPAÇÃO AO RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Senhor Presidente, arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de liminar proposta pelo Partido Democrático Trabalhista.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Ministro Eros, haverá sustentações orais.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Há sustentação oral?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Mas não se vai discutir mérito, só a medida liminar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Mas há possibilidade.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Vou resumir então.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, eu tenho algumas preliminares de não cabimento da ADPF, se Vossa Excelência permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência referiu-se a questões preliminares. Observo que a Advocacia-Geral da União suscitou duas preliminares. Talvez devêssemos apreciá-las.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Como algumas coincidem, eu pontuei nas informação que enviei ao relator do processo, Ministro Eros Grau, a ADPF, nos termos em que gizada pela Lei nº 9.882/1999, sabemos, é mecanismo processual que, tanto abre o processo de controle concentrado de constitucionalidade quanto à instauração do processo de controle desconcentrado, comumente designado por difuso e, em caráter incidental, ambos de natureza jurisdicional.

A ADPF alcança, no mesmo tom, os atos do poder público editados anteriormente à Constituição, bem como os de edição posterior à Constituição, quer os atos procedentes da União e dos estados, quer dos municípios originários brasileiros. E nós reconhecemos todos, pelo menos enquanto não for julgada a ADI nº 2.231, reconhecemos na ADPF essa força binária de reparar e prevenir lesão ao tipo de enunciado normativo constitucional a que ela, ADPF, destina-se a salvaguardar.

Nessa moldura, parece-me que não foram atendidos todos os requisitos de utilização da ADPF – isso a partir de uma consideração que tenho como elementar –, não foi perfeitamente caracterizada a controvérsia jurídica relevante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas veja Vossa Excelência, se apenas um órgão decide, é possível controvérsia?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Pois é. Estou dizendo aqui exatamente isto; controvérsia jurídica, ou seja, doutrinária, de opiniões dos doutos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Daí o preceito da Lei nº 9.882/1999 ter início com a expressão: “se for o caso”.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Perfeito. Vossa Excelência diz bem: controvérsia judicial, propriamente dita, sequer existe, muito menos relevante, com a qualificação de relevante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Só se nós considerássemos as próprias divergências ocorridas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É. Os votos vencidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É, claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Sinto-me até elogiado no que fiquei vencido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É claro, porque nós já fizemos uma interpretação compreensiva dessa disposição em relação à Lei nº 9.868/1999.

Lembro-me de que o Ministro Celso de Mello, certa feita, considerou que para haver a controvérsia judicial – era disso que se tratava em relação à ADC –, Sua Excelência considerava, então, que era necessário que houvesse um equilíbrio

de posições, que houvesse um número de decisões sustentando uma tese e um número – não idêntico, mas igualmente equivalente, ou relativamente semelhante – que sustentasse a outra tese. Isso foi no caso da ADC que tratava da contribuição de inativos. Esta posição restou vencida pelo Tribunal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Exatamente, presidente. Veja, o legislador foi sábio e há quem diga que a inspiração maior foi de Vossa Excelência. Por que foi sábio? Porque, ao cogitar de decisões discrepantes, teve presente o requisito quanto à confecção da inicial, mas a norma dispõe da seguinte forma: “se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”. Então, flexibilizou a exigência, para dar envergadura maior a essa ação, que é uma ação nobre, que se realiza em um processo objetivo – a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Eu vou prosseguir: Em verdade, Senhor Presidente, o autor se insurge contra interpretação ultras sedimentada do TSE, quatro décadas de uniforme entendimento, interpretação que – tendo por alvo o Código Eleitoral – assentou a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar os recursos manejados contra expedição pelos tribunais regionais eleitorais, de diplomas de investidura em cargos eletivos de natureza estadual e federal, exceção feita aos cargos de presidente da República e vice-presidente, naturalmente.

Trata-se, pois, de discussão sobre a natureza de um instituto de nomeação infraconstitucional. Trata-se de discussão de nomeação infraconstitucional, como é o recurso contra expedição de diploma para o fim de sua subsunção às regras de repartição de competência jurisdicional no âmbito da própria Justiça Eleitoral.

Essa discussão não transborda, pelo menos em linha de princípio, o campo processual eleitoral, infraconstitucional, e não guarda qualquer relação direta ou imediata com aquele núcleo de valores qualificados como fundamentais pela Constituição Federal e autorizadores da via especial da arguição.

Dito de outro modo, a solução eventual de controvérsia alusiva ao órgão Judiciário competente para a análise de recursos contra expedição de diploma pressupõe discussão prévia de legislação processual eleitoral. E o fato é que tal discussão não tem mesmo como se relacionar de forma direta ou imediata com qualquer dos preceitos fundamentais da Constituição da República, porquanto limitada à esfera infraconstitucional.

Não é tudo, um outro fundamento de direito ainda concorre para tornar incabível a presente arguição. É que fora do direito infraconstitucional somente um dispositivo da Constituição, – somente um – comportaria dissenso interpretativo

e esse dispositivo não pode ser outro senão o art. 121, § 4º da Constituição. Texto normativo que a toda evidência não veicula preceito fundamental.

Com efeito, basta lembrar que o Ministro Gilmar Mendes, em sede doutrinária, mesmo defendendo o cabimento da ADPF contra mera interpretação judicial, ou seja, nos casos em que a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de ato normativo, mas se assenta, simplesmente na legitimidade de uma dada interpretação jurisdicional sobre a Constituição. Ainda, sim, Sua Excelência, Ministro Gilmar Mendes, esclarece que não é qualquer interpretação judicial sobre texto constitucional e legitima o manejo da ADPF. Mas, isto sim, interpretação judicial sobre preceito fundamental da Constituição. Nas palavras, ainda, de Sua Excelência, apenas “o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental” é que poderá ser objeto da ADPF. Equivale a dizer: assim como a controvérsia sobre a constitucionalidade de uma lei somente chegará a este Supremo Tribunal por via da ADPF se o parâmetro de controle for um preceito fundamental, e não qualquer norma da Constituição Federal. Somente a interpretação judicial de um preceito fundamental da Carta Magna é que autoriza o manejo desse tipo de ação. No caso, ainda que tenha interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, que dá pela sua própria competência originária para julgar recurso contra expedição de diploma, ainda que se tenha essa interpretação como transbordante da seara processual eleitoral para penetrar no campo propriamente da Constituição é, fora de dúvida, que a única norma da Constituição Federal supostamente alcançada por essa interpretação é veiculada pelo art. 121 da Constituição que não veicula preceito fundamental.

E apenas indiretamente ou por modo reflexo é que se relaciona com o princípio do juiz natural e com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Para além de tudo isso, também me parece não estar preenchido o requisito da subsidiariedade, pois era possível, especialmente ao autor da presente ADPF, suscitar a questão por modo eficaz perante o próprio Tribunal Superior Eleitoral. O Partido Democrático Trabalhista, ora arguente, figurou nos autos do Recurso Contra Expedição de Diploma nº 671, e, muito embora pudesse suscitar o tema da competência desde sua defesa originária, e antes mesmo que o processo avançasse, ficou silente e apenas ventilou essa questão da competência originária da Corte Especial quando o resultado final do julgamento lhe foi desfavorável e já não era possível inovar as teses esgrimidas pelas partes processuais a título de fundamentos ou causas de pedir.

Senhor Presidente, por esse modo de ver as coisas, salta à inteligência que o partido requerente não tem por escopo aqui discutir regras de competência que entende ilegítimas. Em verdade, ele quer reverter, por modo transversal, *data venia*, decisão de mérito do TSE contrária aos seus interesses, aos interesses dele, arguente. Prossigo neste tópico para averbar que essas alegações encontram

suporte nas próprias alegações do arguente, que, para justificar “a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”, não faz qualquer afirmativa sobre os danos derivados da tramitação em si de recursos contra expedição de diploma no TSE, porém, sobre os danos resultantes de uma decisão de acolhimento recursal e de cassação de mandato. Leia-se: “Na linha do que vem decidindo aquela Corte Eleitoral, o mandatário que vier a ser cassado no julgamento de um recurso contra expedição de diploma só permanece no cargo até o julgamento de eventuais embargos de declaração. Desse modo, é inegável que a Súmula nº 634 do Supremo Tribunal Federal representa obstáculo insuperável à concessão, por este egrégio Supremo Tribunal Federal, de medida cautelar a salvaguardar o mandato.

De tudo, resulta claro a possibilidade, senão a certeza, de lesividade insanável, pois, inexoravelmente, o mandatário cujo diploma for cassado pelo TSE deverá deixar o cargo, aguardando a feitura do acórdão e sua publicação no Diário Oficial para, então, interpor o recurso”.

Ora, bem, alegações que se referem a casos concretos – e não à própria tramitação originária no TSE dos recursos contra expedição de diploma interpostos no contexto das eleições gerais – bem demonstram o real propósito do arguente, o de reverter específica decisão judicial que lhe foi desfavorável. Objetivo alcançável por outros meios processuais eficazes, como o recurso extraordinário, por exemplo, servido por ajuizamento de medida cautelar que lhe imprimisse efeito suspensivo. Ademais, a impossibilidade de manejo contra a interpretação judicial ora impugnada de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade não conduz à automática conclusão de que inexistente outro meio eficaz de sanar a lesividade. Por isso que na ADPF nº 33, conforme ressaltou o procurador-geral da República, este Supremo decidiu que o requisito da inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão é de ser compreendido, no contexto da ordem constitucional global, “como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante, de forma ampla, geral e imediata”.

Decidiu ainda que “a existência de processos ordinários em recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O que isto significa? Que a possibilidade de interposição de recurso extraordinário não pré-exclui o julgamento da ADPF. Que o recurso extraordinário ou outros processos ordinários nem sempre consistem em meio eficaz de sanar, de forma ampla e imediata, lesão a preceito fundamental.

Dito de outra forma, “a existência de processos ordinários e de recursos extraordinários podem, ou não, excluir a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental” – estou lendo em aspas – “a depender das circunstâncias do caso em análise”. Por sinal – sou eu a dizer – esta nossa Corte, em diversas oportunidades, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito

fundamental exatamente por existir outra medida processual de ordem subjetiva capaz de sanar eficazmente lesão a preceito fundamental (ADPF nº 172, Ministro Marco Aurélio; nº 145, Ministro Ricardo Lewandowski; nº 134, agravo regimental, Ministro Ricardo Lewandowski; ADPF nº 3, questão de ordem, Ministro Sidney Sanches; nº 11, agravo regimental, Ministro Sydney Sanches; nº 18, agravo regimental, Ministro Néri da Silveira e ADPF nº 12, relator: Ministro Ilmar Galvão.)

No caso dos autos – estou concluindo – a interposição de recurso extraordinário constitui meio eficaz de sanar a suposta lesividade a preceito fundamental. Primeiro, porque não se está diante de um processo de massa, em que decisões contrária de juízes e tribunais causam insegurança jurídica. Lembro cuidar-se, aqui, de jurisprudência verdadeiramente monolítica. Eu havia dito, ultras sedimentada do Tribunal Superior Eleitoral. O Ministro Marco Aurélio lembrou que não há dissenso, não há discrepância judiciária, até porque...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Teria uma outra colocação, Excelência, quanto à existência, ou não, de um meio eficaz. Algum cassado logrou permanecer no cargo após o julgamento do Tribunal Superior Eleitoral, principalmente considerados os embargos declaratórios?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Ele ficou no cargo. Só depois de julgados os embargos declaratórios...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Sim, pois é, não haveria o meio eficaz que pudesse obstaculizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, porque se a jurisprudência, veja Vossa Excelência, é sedimentada há quarenta anos, o Tribunal Superior Eleitoral não imprimiria, considerada uma cautelar, a eficácia suspensiva ao extraordinário. A jurisprudência é pacífica no Tribunal Superior Eleitoral, presente o art. 216 do Código Eleitoral, no sentido de que, havendo o pronunciamento, cessando a jurisdição eleitoral, tem-se o afastamento do cargo. Por isso, não há outro meio eficaz.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sim, mas a instância imediatamente acima do TSE...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Porque há uma outra dificuldade que foi observada no voto de Vossa Excelência que é aquela a propósito da própria viabilidade do RE quando envolve, claro, a discussão sobre as provas, porque como esse modelo, agora, na sua acepção, envolve a juntada de provas e o TSE vai fazer o juízo, para matéria de fato. Apenas mais uma observação, porque eu até vou sugerir ao Tribunal que nós suspendamos a sessão e prossigamos a discussão amanhã, dada a densidade que vai muito para além da cautelar.

Eu só faria uma observação que é a seguinte, em relação ao dispositivo impugnando, eu tenho observado, em termos doutrinários, que muitas vezes se faz uma observação, a indicação de um dispositivo, mas ele, na verdade, se presta a uma conexão com outros e aqui nós estamos a ver que o dispositivo relativo à competência está agregado à questão do mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ação de impugnação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): E, claro, também outros direitos fundamentais, mas a questão da ação de impugnação e o próprio modelo de obtenção do mandato, quer dizer, toda a discussão.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, realmente, preceitos fundamentais envolvidos na discussão da presente controvérsia constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Há preceitos fundamentais envolvidos, não é apenas a disposição sobre a competência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Já seria constitucional tendo em conta o § 4º do art. 121 da Carta Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Mas ela existe, porque é funcionalmente pensada, em razão da relevância do mandato obtido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Do alcance.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Já estou concluindo, Senhor Presidente. Eu também me lembro que o recurso extraordinário pode obter efeito suspensivo, por efeito da cautelar, teoricamente pode, em poucos dias esse recurso chegará, e tem chegado à instância imediatamente superior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, estamos com uma meta para julgar os recursos de 2005!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas estamos todos falando, em tese. E tem mais, o instituto da repercussão geral alargou os horizontes da decisão no recurso extraordinário, ainda que desprovida a repercussão de efeito *erga omnes*.

Não é à toa que, hoje, doutrinadores e magistrados falam de um processo de objetivação, essa modalidade recursal extraordinária. Em suma, esse é um terceiro fundamento.

Eu sou pelo não cabimento da presente ADPF, em caráter preliminar, naturalmente.

VOTO
(S/ PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, gostaria de adiantar o meu voto pelo não referendo à cautelar, com as vênias do eminente relator. A mim me basta o argumento da segurança jurídica. Trata-se de uma jurisprudência sedimentada, de quarenta anos, e não vejo sentido, em medida cautelar, provocar-se uma desestabilização desta ordem.

Então, pedindo vênias, eu indefiro o referendo.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Senhor Presidente, Vossa Excelência vai adiar?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Há uma questão preliminar, quanto à adequação do instrumental, que precede ao exame do merecimento, ou não, da liminar, implementada pelo Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Acho que poderíamos deliberar sobre isso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Não, eu só queria fazer uma observação. É que, como Vossa Excelência há de ter visto, e os demais ministros, eu simplesmente fiz a leitura da decisão porque sabia da densidade da questão. A minha prudência foi no sentido de trazer o assunto a debate. Agora, acho formidável se terminar hoje; acho formidável se terminar amanhã. Para mim é indiferente, sinceramente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Então, que seja formidável amanhã.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Será formidável amanhã.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Nós temos, inclusive, um compromisso agora.

Portanto, vamos encerrar a sessão, e darmos continuidade ao julgamento amanhã.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente – apenas eu gostaria, só para eu ter clareza nas coisas –, tendo votado o Ministro Carlos Britto, suscitando a preliminar do objeto, volta-se, amanhã, a partir do voto dele, porque

o Ministro Joaquim também já se manifestou sobre a liminar, e eu me manifestaria só para eu ter clareza do que vamos começar, amanhã.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Claro. Eu estou entendendo que o Ministro Eros, certamente, admite a ADPF. Ele fez uma manifestação curta, mas terá oportunidade de se manifestar, amanhã, sobre o voto.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Se Vossa Excelência me permitir, da ADPF vou discutir amanhã.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Então, está bem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Portanto, teremos oportunidade de discutir as questões que foram agitadas, densamente, no voto, agora, trazido pelo Ministro Carlos Britto quanto ao cabimento da própria ADPF, porque já envolve a viabilidade ou não da prova.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Quanto ao cabimento, apenas. Claro que eu tenho voto de mérito, também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: De início, a composição vai ser a de hoje?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Eu tinha uma viagem amanhã, Presidente, para participar de um congresso latino americano de Direito Eleitoral, em Belém, com dois mil e quinhentos participantes; eu faria a conferência de abertura, mas, diante dessa decisão da Corte de retomar o julgamento amanhã, eu cancelarei a viagem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O dever maior o chama.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Portanto, prosseguimos amanhã com essa questão do cabimento, e – é claro – a partir daí, se cabível, passaremos ao exame da própria liminar.

Está encerrada a sessão.

EXTRATO DA ATA

Procedente: Distrito Federal.

Relator: Min. Eros Grau.

Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro.
Arguido: Tribunal Superior Eleitoral.
Interessado: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).
Advogados: Heli Dourado e outro.
Advogado: Wilson Azevedo.
Interessado: Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB).
Advogada: Luciana Lóssio.
Interessado: Partido Popular Socialista (PPS).
Advogados: Admar Gonzaga Neto e outros.
Interessado: Partido da República (PR).
Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e outro.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), referendando a cautelar concedida; o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, negando o referendo, e o voto do Senhor Ministro Carlos Britto, suscitando preliminar de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo arguente, Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin; pelo interessado, Partido Popular Socialista (PPS), o Dr. Admar Gonzaga Neto; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 30.9.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Senhor Presidente, eu não tenho dúvida nenhuma quanto ao cabimento. Há preceitos fundamentais envolvidos: o art. 5º e o § 10 do art. 14. Temos inúmeros precedentes em que se discutiu isso. Para mim, no meu modo de ver, há preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É fundamental admitirmos a ação.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Pois é. Voto neste sentido.

Voto **(s/ PRELIMINAR)**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA: Senhor Presidente, também vou pedir vênua ao eminente Ministro Carlos Britto, mas considero que há preceitos fundamentais da Constituição que estão postos em discussão. Ontem até foi

suscitado – parece-me que pelo Ministro Marco Aurélio, numa intervenção – que, realmente, se temos uma matéria tipicamente versada hoje pela jurisprudência consolidada em julgados do Tribunal Superior Eleitoral, se não for numa discussão dessa natureza, se não for cabível, portanto, não haveria como discutir de outra forma, em outro local.

Como a discussão realmente atinge preceitos fundamentais, e a controvérsia – como posto, aliás, na petição inicial – fica bem esclarecida, peço vênia ao eminente Ministro Carlos Britto, mas acompanho o relator no que se refere ao cabimento, especificamente, desta ADPF.

Voto
(S/ PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Também eu, Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Carlos Britto para superar a preliminar.

Entendo que a ADPF não se baseia na existência de controvérsia judicial que, eventualmente, esteja acarretando insegurança jurídica; mas, sim, que ela se volta contra a orientação do TSE, que supostamente estaria afrontando preceitos fundamentais, a competência da Justiça Eleitoral, duplo grau de jurisdição e também, ainda, o princípio do juiz natural.

Portanto, supero esta preliminar, Senhor Presidente.

Voto
(S/ PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, eu apenas quero fazer um resumo muito apertado da minha preliminar de não cabimento.

Primeiro, eu disse que não cabia a ADPF porque o recurso – objeto da ADPF –, interpretado pelo TSE como de sua competência originária, é de nomeação apenas infraconstitucional. A Constituição, em nenhum momento, fala de recurso contra expedição de diploma; o Código Eleitoral, sim, em mais de uma passagem. O Código Eleitoral foi recebido como lei complementar, porque a Constituição diz, no seu art. 121, que compete à lei complementar dispor sobre competência dos órgãos da Justiça Eleitoral. Então, o Código Eleitoral foi recebido como lei complementar e ele dispõe, sim, sobre competência dos órgãos jurisdicionais da Justiça Eleitoral. Logo, é uma matéria infraconstitucional; e o sendo, não cabe falar de violação de preceito fundamental.

Depois, eu disse o seguinte: ainda que se entenda que a Constituição, mesmo não nominando o recurso, a ele se refere quando diz que as decisões na Justiça Eleitoral são irrecuráveis, “salvo se versarem sobre expedição de diplomas”, entre

outras hipóteses, e o recurso seria para o TSE. Ainda que se diga isso, entendo que não é preceito fundamental dispositivo constitucional versando sobre competência jurisdicional no âmbito dos órgãos judiciários.

Eu admito que sejam preceito fundamental as competências do Poder Judiciário perante os demais Poderes, mas as competências do Poder Judiciário perante seus próprios órgãos podem ser objeto de modificação a qualquer tempo. A Emenda nº 41 mesmo fez isso à larga. Então, competência judicante entre os órgãos do Poder Judiciário não é preceito fundamental. Se fosse assim, os arts. 102, 105, 109 e 114 da Constituição seriam preceito fundamental.

Em terceiro lugar, eu disse que o princípio da subsidiariedade não estava presente, porque admitir a constitucionalidade da matéria, da decisão final, última da matéria caberia – da decisão última, final do TSE – recurso extraordinário, que poderia ser servido por uma medida cautelar com pedido de efeito suspensivo; aliás, até o próprio agravo de instrumento pode ser objeto de um pedido liminar – mediante ajuizamento de cautelar – pra se lhe atribuir efeito suspensivo, como disse o Supremo no “caso Capiberibe”.

E, finalmente, eu entendi que na matéria, não há incerteza jurídica nenhuma. Ou seja, que não há nenhuma matéria juridicamente relevante a legitimar o manejo da ADPF. Pelo contrário, o que existe é uma jurisprudência ultras sedimentada, de quarenta anos conferindo ao ordenamento jurídico absoluta certeza. A competência é do TSE em matéria de processo e julgamento de recurso contra expedição de diploma.

De sorte que, se não há incerteza jurídica – pelo contrário, há absoluta certeza –, não se discute isso mais na doutrina, não se discute mais no âmbito do próprio TSE. Numa ocasião esporádica, avulsa, pontual, essa matéria foi suscitada, mas foi superada – três ministros entendiam que a competência era do TRE, originária, mas isso foi superado –, e o próprio ministro relator, o Ministro Eros Grau, lá no TSE, quando do julgamento dos embargos de declaração – justamente nesse tipo de recurso – sobre o mandato do então Governador Jackson Lago, assentou a autoevidência da competência do TSE para processar e julgar recurso contra a expedição de diploma. Isso foi há três meses, quatro meses atrás, e, de lá pra cá, não houve a menor novidade no campo doutrinário, no campo judicante, nessa matéria. Mas eu não vou insistir. É um ponto de vista que me permiti colocar ao julgamento de Vossas Excelências.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Senhor Presidente, eu não queria avançar – o Ministro Carlos Britto acabou se referindo ao próprio mérito, eu pensei que nós estávamos na questão só do conhecimento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não. Porque aí está imbricado, as coisas se imbricam.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Mas, tendo o ministro avançado, quero esclarecer o seguinte: todos sabem qual minha posição. A imprensa toda noticiou a concessão da liminar. Isso porque a imprensa é muito sábia, ela descobre imediatamente as coisas... Só que não há, absolutamente, nenhuma incoerência, ao contrário, na minha decisão.

Ontem eu comecei o meu voto referindo a serenidade e prudência. Foi por isso que eu dei a liminar. Mas, seguramente, quando vier o mérito, todo mundo já sabe como é que irei votar, se eu não evoluir ou involuir.

De qualquer modo, a mim pareceu, naquele momento, que cabia a liminar para trazê-la ao Plenário. Porque a matéria não é tão pacífica, não. Houve votos em sentido contrário, inclusive de ministros do Supremo. De modo que – vamos deixar claro, bem claro, porque eu sempre me preocupo com o futuro – a concessão de uma medida liminar, mesmo que seja contra a tese que o juiz espousa, é um dever do juiz, se ele entender que há *fumus boni iuris*. E no caso há porque houve votos em sentido contrário.

O fato de ser há quarenta ou há cinquenta anos não significa absolutamente nada. Se nós nos limitássemos a afirmar o que vem sendo decidido há quarenta anos nós não precisaríamos estar aqui. Bastaria um computador e não haveria a menor possibilidade de se alterar a jurisprudência.

Estou fazendo este esclarecimento em nome da minha serenidade, da minha prudência e do dever que o magistrado tem, às vezes, de vir até mesmo contra a sua própria opinião no mérito. Aqui se discute a questão da liminar. Inúmeras vezes concedi medidas liminares em mandado de segurança e depois neguei a segurança – como deve ter acontecido com os colegas.

Só estou fazendo este esclarecimento – que seria até desnecessário –, porque o Ministro Carlos Britto fez questão de apontar a circunstância de eu ter votado, no mérito, em outro sentido.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas com todo o respeito.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Absolutamente, com todo o respeito, não tenho dúvida nenhuma. Mas só para deixar claro, em favor da minha biografia, esclareço.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Houve votos divergentes, mas não decisão divergente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Como também pode acontecer o contrário: nós negarmos uma liminar e, depois, concedermos no mérito.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Uma coisa não tem a ver com a outra.

Eu só pediria a Vossa Excelência que caminhasse no sentido de votar primeiro o conhecimento, depois, o referendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Estamos fazendo isso.

VOTO
(S/ PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, acompanho parcialmente o Ministro Carlos Britto. Parcialmente, porque, no que diz respeito a uma aparente violação do preceito fundamental, creio que não há dúvida quanto a isso.

Agora, não vejo controvérsia jurídica alguma. Há uma decisão já sedimentada do Tribunal Superior Eleitoral; se eventualmente houve um ou outro voto divergente no seio desse Tribunal, isso não significa controvérsia jurídica.

Então, sob esse prisma, não conheço da ADPF. Aliás, é de se registrar que não é a primeira ADPF que o partido ajuíza contra essa decisão. Eu fui relator de uma outra em que neguei seguimento; está pendente um agravo regimental.

VOTO
(S/ PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente relator. Tenho uma visão restrita da ADPF, e minha posição é conhecida. Acho que, neste caso, não há preceito fundamental envolvido; há preceito constitucional, mas não preceito fundamental no sentido em que se distinguem ações diretas e outras ações. Acho que o caso não é de preceito fundamental.

Também não vejo controvérsia, a despeito de, no mérito, ter ponto de vista contrário, e tampouco vejo observado o princípio da subsidiariedade.

Não conheço da ação.

VOTO
(S/ PRELIMINAR)

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também vou pedir vênia ao eminente relator, mas entendo que a questão foi resolvida com base em textos

legais. Ainda que se estendesse isso aos textos constitucionais que cuidam da matéria, esses artigos não estão incluídos entre aqueles que se denominam correspondentes a preceitos fundamentais. Portanto, estaríamos aqui também sem base para o prosseguimento da ação.

Além disso, Senhor Presidente, também, tal como o Ministro Joaquim Barbosa, verifico que não há divergência. Existem votos divergentes, mas não há uma suficiente divergência jurisprudencial para ensejar o manejo da ação. Por outro lado, também, como assentou o Ministro Cezar Peluso, não estaria aqui sendo respeitado o princípio da subsidiariedade.

Portanto, também não conheço.

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, no dia de ontem, cheguei a pincelar, quanto ao alcance da lei regedora da arguição de descumprimento de preceito fundamental, algumas ideias e aludi aos requisitos para abrir-se essa via. Disse que, no tocante à comprovação, com a inicial, do dissenso, do descompasso jurisdicional, consideradas decisões judiciais, não se tem requisito peremptório, no que a própria lei revela que – “se for o caso” – se demonstrará o dissenso. Podemos enfrentar situações em que não ocorre o dissenso. Mas há o envolvimento de preceito fundamental na arguição, e tudo recomenda que o guardião maior da Carta se pronuncie a respeito. Sou sempre favorável, de início, à abordagem do tema de fundo.

O que notamos na realidade, no dia a dia? O Tribunal Superior Eleitoral vem decidindo a matéria em penada única, em grau de jurisdição único, e, então, apenas afasta a execução do julgado quando protocolados embargos declaratórios, que visam ao esclarecimento ou à integração da decisão proferida, presentes os vícios que os impulsionam: obscuridade, contradição ou omissão.

O que faz o Tribunal Superior Eleitoral? Aciona o art. 216 do Código Eleitoral e determina o cumprimento da decisão. Isso implica, a meu ver, o afastamento imediato daquele que tem o mandato e que o vem exercendo ante a diplomação. Às vezes, até mesmo, e é moda, nos dias atuais – eu sou um opositor dessa óptica –, cumprir-se a decisão antes de formalizada e publicado, até mesmo, o acórdão.

Dir-se-á que o recurso cabível não tem efeito suspensivo, mas que esse efeito pode ser imprimido. Pode, mas aí surge outro problema. Em se tratando de tema pacificado na jurisdição cível-eleitoral, ter-se-á a viabilidade de uma ação cautelar que deve ser ajuizada enquanto não admitido o recurso? Ou, se negado o trânsito do recurso, enquanto não interposto o agravo regimental, ter-se-á o implemento, contrariando-se a decisão do Plenário, de liminar para manter-se no cargo aquele que foi diplomado ante a vontade – e aqui já adentro o campo dos direitos fundamentais – do povo? Creio, Presidente, que tudo recomenda que o Supremo se pronuncie a respeito dessa matéria.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permite, na Ação Cautelar nº 509, do Amapá, o Supremo conferiu efeito suspensivo a agravo de instrumento e suspendeu a eficácia de acórdão do TSE. Passou o mandato do Senador Capiberibe.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É que, por milagre, não foi o senador afastado do cargo antes – não sei se por resistência da Casa Legislativa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: E o Tribunal referendou a liminar, que foi concedida pelo Ministro Eros Grau. O agravo de instrumento foi concedido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas o que temos visto, no dia a dia, é que, decidindo o Tribunal Superior Eleitoral, julgados embargos declaratórios por ventura protocolados, há de imediato o cumprimento dessa decisão. E o Tribunal, interpretando o Código de Processo Civil, fixou a competência para a ação cautelar e assentou a dualidade. É competente o tribunal de origem, enquanto não admitido ou enquanto não ocorrida a devolutividade da matéria para o Supremo, e competente o Supremo quando já verificada essa mesma devolutividade.

Quanto, presidente, ao envolvimento, ou não, de preceito fundamental, eu diria que o devido processo legal está no âmbito do grande todo que é o revelado por preceitos fundamentais.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas aí é ofensa indireta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Em jogo aqui se faz a competência que deságua, portanto, na definição do juiz natural – mais uma matéria compreendida pelo gênero preceito fundamental –, a competência do próprio Tribunal Superior Eleitoral. Se formos a essa competência, considerada a recorribilidade extraordinária quanto aos dois primeiros incisos do § 4º do art. 121 da Constituição Federal, e a recorribilidade ordinária quanto aos três seguintes, veremos que há referência ao cabimento de recurso, que seria ordinário, das decisões dos tribunais regionais eleitorais que “versarem” – não importa se transgredida a lei ou simplesmente adotado entendimento, por isso o recurso é ordinário, contrário a uma outra decisão – “sobre inelegibilidade ou expedição” – e expedição não é o simples ato de expedir, é a substância – “de diplomas nas eleições federais ou estaduais”.

Presidente, tem-se a mesclagem da vontade do povo, do sufrágio universal ocorrido, com o envolvimento do mandato, da situação jurídica, em tese, aperfeiçoada, que está sendo objeto de impugnação mediante a ação de impugnação ao diploma.

Peço vênia, presidente, para admitir, portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

*Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24.8.2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). O documento pode ser acessado no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 435.463.

Voto

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, embora essa questão não tenha sido formalmente suscitada, entendo que se mostra conveniente reafirmar a jurisprudência desta Corte no sentido de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, com assento no Tribunal Superior Eleitoral, *não incidem* em qualquer situação de incompatibilidade processual, *nos casos* em que *resoluções* daquela alta Corte Eleitoral tenham sido *objeto* de impugnação *em sede* de fiscalização normativa abstrata instaurada perante esta Suprema Corte.

Essa orientação tem sido observada em diversos precedentes, *como resulta claro* dos julgamentos plenários proferidos na ADI nº 2.321-MC/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, e na ADPF nº 144/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Há o afastamento como relator.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, em seu art. 77, parágrafo único, que, em determinadas causas oriundas do Tribunal Superior Eleitoral, “Serão excluídos da distribuição, *se possível*, os ministros que ali tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário” (grifei).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Também peço vênia ao eminente Ministro Carlos Britto e a todos os ministros que o seguiram para entender admissível a ADPF.

Quanto à lesão a preceito fundamental decorrente de eventual interpretação judicial – já foi ressaltado também pelo Ministro Marco Aurélio e, agora, enfaticamente destacado pelo Ministro Celso de Mello –, entendo ser passível de exame.

Não faz muito, nós discutimos esse tema quando apreciamos a ADPF da relatoria da Ministra Cármen Lúcia em que, no seu magnífico voto, se destacou a questão referente aos pneus usados. A rigor, naquele caso, fundamentalmente, discutíamos a legitimidade de atos regulamentares, mas o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental era um entendimento jurisprudencial firmado que vinha permitindo a importação dos pneus usados.

Eu já tinha notado, em texto doutrinário, que não parecia haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, esta hipótese poderia ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental: lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público – essa é a fórmula do art. 1º, que resulta também do texto constitucional –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.

A rigor, até digo que há uma distorção no nosso modelo de controle de constitucionalidade. Nós acabamos não enfatizando que o controle de constitucionalidade, talvez mais eminente, é aquele que se faz das próprias sentenças judiciais. Nós nos acostumamos a destacar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, mas, em verdade, a própria estrutura do sistema difuso enfaticamente realça a importância do controle de constitucionalidade das sentenças judiciais e, por via transversa, das situações normativas, porque um dado entendimento formulado, na verdade, fixa uma interpretação que se consolida. Então, em relação a isso, entendo possível a ADPF.

Também quanto ao parâmetro de controle, eu tenho feito notas, ressaltando que este talvez seja um dos grandes desafios do nosso sistema, no que diz respeito a preceito fundamental: o que seria preceito fundamental? Nós temos esse desafio. O Ministro Eros Grau ironizou que talvez devêssemos ter colocado o texto constitucional como um todo, mas pode ser que o constituinte tenha realmente pretendido – se teve êxito ou não, é uma outra discussão –eventualmente destacar aqui determinados postulados, determinados princípios. Isso não é, vamos dizer assim, heterodoxo. Muitos sistemas constitucionais destacam a proteção especial a determinados postulados e a determinados direitos. A própria *verfassungsbeschwerde*, no modelo alemão, protege os direitos fundamentais e não todo o sistema constitucional, depois o modelo desenvolve no sistema de pontos. Também o recurso de amparo, no modelo espanhol, acaba protegendo determinados postulados ou princípios. Parece-me que é nesse contexto que se coloca a nossa arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De modo que aqui, claro, temos alguns vetores normativos que sinalizam a importância de determinados princípios, por exemplo, as garantias de eternidade, ou as chamadas cláusulas pétreas, constantes entre nós no art. 60, § 4º. Ali nós temos um elenco de princípios ou postulados que têm um destaque, um realce, uma relevância que se descola de todo o texto constitucional, ou os princípios sensíveis.

Quando faço essas notas, até chamo atenção para um texto notável do Ministro Castro Nunes, na Representação nº 94, quando ele discutia aqui a interpretação de princípios sensíveis, uma página memorável que me parece aplicável hoje à interpretação do preceito fundamental, claro que focada, à época, nos princípios sensíveis, era o início da nossa aventura em matéria de representação interventiva. Na verdade, aqui por um problema de uso de livro e da burocracia regimental, a

primeira Representação é a de número 93, portanto a Representação nº 94 é a segunda representação interventiva que se fez.

Mas dizia ele, então, num trecho memorável:

“[...]. Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. [...]. A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados” (Representação nº 94, rel. Min. Castro Nunes, *Arquivo Judiciário* 85/31 (34-35), 1947).

Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J.J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros ‘limites textuais implícitos’ (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049).

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”

Em outras palavras, quando discutimos princípio federativo, podemos ter lesão a princípio federativo, como lesamos uma cláusula conforme a da imunidade recíproca, ou no caso específico de que estamos a falar, em que não se trata apenas da competência da Justiça Eleitoral, mas do devido processo legal, do juízo natural.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É que nós sempre dissemos que isso é ofensa indireta à Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Na verdade, é ofensa ao preceito fundamental tal como ele se apresenta. Ou, no caso específico, à questão mesmo da democracia representativa tal como posta. Digo inclusive que o próprio Supremo tem realizado essas associações, como demonstra o reconhecimento do princípio da anterioridade como cláusula pétrea, a despeito de não estar listado no art. 5º da Constituição – aquela construção que se fez na ADI nº 939, quando se discutiu o IPMF. Embora não constante do elenco do art. 5º, o Tribunal entendeu que não só era garantia fundamental, como cláusula pétrea insuscetível de alteração.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: A Constituição me parece autoexplicativa. O preceito fundamental é aquele que a Constituição diz ser fundamental, adjetivado de fundamental. O TÍTULO I, por exemplo. Tudo que se contém ali é fundamental, porque a Constituição diz: Dos Princípios Fundamentais. Tudo que se contém no TÍTULO II, do art. 5º ao 17, é fundamental porque a Constituição assim o diz: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Agora, fora desses dois sítios topográficos – sítio topográfico é uma expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello –, desses dois espaços, desses dois locus, pode haver preceito fundamental? Pode, se o preceito, fora desses dois locus, tiver por objeto reforçar um preceito fundamental, densificar um preceito fundamental. Por exemplo: a liberdade de imprensa – Art. 220. É preceito fundamental, porque tonifica, robustece a liberdade de pensamento; a informação – que são preceitos fundamentais. Aí o que se tem é o preceito fundamental – liberdade de informação, por exemplo, liberdade de expressão, liberdade de pensamento – a comunicar a sua natureza, a sua fundamentalidade a um outro preceito que, embora não nominado de fundamental, o reforça, o densifica, o tonifica. Mas, pela interpretação que estamos dando hoje, nós estamos alargando, em demasia, o conceito de preceito fundamental. Eu, agora, já estou preocupado, doravante, não em saber o que seja preceito fundamental, mas em saber o que não seja. O que não é preceito fundamental? Porque se está alargando demais o conceito de preceito fundamental. Digo isso com todo o respeito, toda vênua.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

Como disse o Ministro Carlos Britto, com muita propriedade, basta buscar na própria Constituição, no texto da Carta Magna, os princípios, os preceitos fundamentais. Eu ousou dizer que, além daqueles que Vossa Excelência tão bem arrolou, parece que não há dúvida nenhuma que os preceitos abrigados no art. 34, inciso VII, da Constituição, que autorizam a intervenção da União nos Estados, são preceitos dessa natureza. E quais são eles? Forma republicana, sistema representativo e regime democrático.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: O art. 34 está a serviço daquele outro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Porque, quando se discute a competência da Justiça Eleitoral, pode-se estar, em tese, afrontando exatamente esses primeiros princípios aqui arrolados no inciso VII do art. 34, alínea b: “b) direitos da pessoa humana” – que incluem o devido processo legal.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Aí há um alargamento, não é? Mas eu entendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Mas esses são princípios inclusive que a doutrina denomina de “essenciais”.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Mas, se Vossas Excelências me permitem – com o devido respeito –, na verdade, o caso aqui, a meu ver, é muito simples: está-se discutindo regra de competência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Exato.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: A levar a sério o argumento de que aqui, atrás da regra de competência, está envolvida a discussão dos princípios fundamentais constitucionais, qualquer regra de competência e qualquer regra de processo os envolve indiretamente, porque qualquer juízo que seja competente pode ter causa cujo objeto sejam normas constitucionais fundamentais. Noutras palavras, se a competência em si esconde sempre atrás de si a discussão de normas fundamentais, qualquer regra de competência, assim como qualquer regra processual, envolveria sempre, potencialmente, discussão de normas fundamentais. Noutras palavras, poderíamos discutir na ADPF qualquer norma jurídica.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Perfeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Não, mas o que é verdade que, a partir da própria ponte dos direitos fundamentais é que, no art. 5º, podemos discutir não toda e qualquer norma da Constituição, mas certamente uma série de temas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, qualquer regra processual é redutível ao princípio do devido processo legal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Eu sei. Por isso estou dizendo. E, a partir daí, poderemos discutir.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Juiz natural, devido processo legal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Noutras palavras, vamos transformar a ADPF num remédio jurídico de alcance...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Veja que, até agora, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a propósito da ADPF, nós podemos ter muita dúvida sobre o que seja preceito fundamental. Mas não temos nenhuma dúvida de que os direitos e garantias individuais estão entre os preceitos fundamentais. E, a partir daí, obviamente, já temos um amplo parâmetro de controle previamente definido.

Então, só queria concluir este tópico dizendo o seguinte, tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Essa é a minha posição que já vinha sustentando em texto doutrinário, permitindo essa densificação: o princípio federativo e aquilo que lhe dá tessitura, aquilo que lhe dá ossatura, as regras de competência, inclusive contidas no texto constitucional, ou separação de Poderes e as regras que também dão dimensão no próprio texto constitucional. Portanto, não exclusivamente o postulado, mas o seu eventual conteúdo.

Em relação ao outro tópico, à questão da controvérsia, também entendo que – o Ministro Marco Aurélio já o ressaltou bem – o próprio texto legal diz que será exigido, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Admitindo, implicitamente, o ajuizamento, ainda que não se tenha a diversidade de enfoques no âmbito do Judiciário.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Qual foi o texto que Vossa Excelência citou?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Quanto a essa matéria, a Lei nº 9.882/1999, art. 3º, inciso V.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente):

“V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”

E aqui também, mostrava o Ministro Celso de Mello, que esta cláusula está voltada ao modelo tipicamente incidental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Se não fosse assim, presidente, seria potencializar em demasia a atividade uniformizadora da jurisprudência. E a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem objetivo mais nobre do que simplesmente uniformizar a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Também, em relação a isso, acompanho as posições já aqui externadas a propósito.

Finalmente, quanto à existência ou inexistência de outro meio eficaz, já tivemos oportunidade até de discutir isso amplamente a partir da ADPF nº 33, quando fixamos que esse juízo de subsidiariedade não poderia se fazer de uma forma literal. Quer dizer, não é a simples existência de um meio outro que afasta a utilização da ADPF, porque ela, como processo objetivo, visa a sanar, de uma vez por todas, a lesão causada pelo Poder Público. Então, a existência de mecanismos eventuais de proteção de caráter individual não elide, não afasta a utilização da ADPF. Mas o que se demonstrou aqui, a partir já do voto do Ministro Marco Aurélio, é que, de fato, a proteção efetiva na espécie resulta quase nula. Mesmo a utilização do recurso extraordinário aqui vem sendo limitada. E a própria prática hoje do afastamento quase que contínuo, afastamento quase que imediato, está a revelar isso de forma muito clara. E a jurisprudência, portanto, a nossa leitura hoje do art. 4º, § 1º, tem sido essa de emprestar efetividade ao próprio instrumento, o que é condizente com, também, o entendimento que muitas cortes têm desenvolvido a propósito do recurso de amparo ou do recurso constitucional, que também adotam a cláusula de subsidiariedade, que a Corte deve se manifestar para proteger direitos fundamentais, para permitir que a sua decisão seja efetiva.

Também aqui, então, faço a leitura desses textos já desenvolvidos, apenas para ressaltar que me parece plausível inteiramente a aplicação do cabimento ou da aceitação da ADPF neste passo, porque – na prática inclusive tem se revelado

isso – não há meio eficaz para buscar a proteção à pretensão desenvolvida no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a jurisprudência definida pelo TSE.

Pedindo vênua ao eminente Ministro Carlos Britto e a todos os que o seguiram, também acompanho a posição definida a partir do voto do eminente Eros Grau e do reportado pelos votos da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Ricardo Lewandowski, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Foi suscitada uma questão pelo Ministro Celso de Mello, à qual o Tribunal não deu resposta: se é exigível, ou não, procuração com poderes especiais e, se for o caso – assim como na 2.017 –, se se vai determinar conversão do julgamento em diligência, ou não.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa foi uma das questões formalmente suscitadas pelo Senhor Advogado-Geral da União, considerado o precedente que o Supremo Tribunal Federal deixou assentado no julgamento de questão de ordem formulada na ADI nº 2.187/BA, relator Ministro Octavio Gallotti.

Essa orientação tem sido observada na prática processual desta Suprema Corte, não importando a modalidade que assuma o processo de controle normativo abstrato (ADPF nº 110/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia – ADI nº 4.272/MA, rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

A irregularidade ora mencionada, no entanto, pode constituir objeto de pronta e imediata correção, sob pena de extinção deste processo de índole objetiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Acho que devemos nos manifestar, então, no sentido de “desde que regularizado”, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas, enquanto isso, como fica a liminar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Agora vamos discutir.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Vamos discutir agora a liminar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa foi uma das preliminares suscitadas pela Advocacia-Geral da União.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Se não houver a regularização, que se a faça.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: A regularização não foi feita?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Examinei os autos agora há pouco e a procuração tem poderes genéricos.

Pelo que entendi – pelo que se propôs a partir da manifestação da Procuradoria –, é que se faça isso a tempo e hora adequados.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O ilustre advogado do partido arguente está aqui presente e poderá corrigir, prontamente, sem qualquer dificuldade, a irregularidade ora apontada.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Eu examinei o mandato, não a procuração.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Sim, e o que vamos fazer? Vamos converter o julgamento em diligência ou vamos julgar com irregularidade?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Podemos fixar um prazo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Mas vamos supor, ministro, que – estou numa mera conjectura, mas não posso deixar de considerar uma hipótese extrema – amanhã não seja regularizado. Nós vamos perder tempo aqui discutindo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Mas nós podemos, talvez, fixar um prazo dizendo que, se dentro de quinze dias não for regularizada a procuração, a ação não será conhecida.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Houve preocupação já do Tribunal Superior Eleitoral com a celeridade. Por que não se resolve isso de uma vez?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Faço até proposta conciliatória: que se converta o julgamento em diligência para, se for o caso, dar um tempo ainda e continuamos hoje o julgamento. Basta apresentar uma procuração com poderes para esse fim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, apenas para marcar ponto de vista nessa matéria, como fiz no tocante à ação direta de inconstitucionalidade, sendo que, nesta, haveria um elemento complicador maior, porque o pedido visa a declarar a inconstitucionalidade de lei. Aqui se busca, na verdade, preservar direito fundamental.

Entendo que, fora daqueles casos em que a legislação exige a outorga de poderes específicos, não cabe ao intérprete – e o preceito encerra exceção, tem que ser interpretado de forma estrita – criar exigências outras. Entendo

que a procuração em geral para o foro serve ao ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O ministro relator apontou o precedente da lavra do Ministro Gallotti. Devo ter ficado vencido quando do julgamento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Eu não me lembro. Parece-me que se trata da ADI nº 2.187/BA.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Vossa Excelência ficou vencido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não sei se depois enfrentamos a questão em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vossa Excelência também mencionou que o Tribunal já decidiu.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Eu me referi a uma decisão da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, proferida na ADPF nº 110/RJ.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Agora, vencido, porque entenderia desnecessária a diligência, aplico o art. 13 do Código de Processo Civil. Estamos no campo originário, e cabível é a diligência para sanar-se o defeito que os colegas vislumbram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas caminhamos no sentido de exigir que o diretório nacional seja o outorgante dos poderes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Até porque depois não era possível desistir do processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vencido, Presidente. A meu ver, cabe a diligência prevista no art. 13 do Código de Processo Civil, já que não estamos no campo recursal, mas no originário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ficando latente, enquanto não regularizada a representação processual, a possibilidade de desistência implícita do pedido. Basta que se silencie e não se regularize a situação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Portanto, fica fixado o prazo de cinco dias para a regularização. Vamos prosseguir agora no julgamento quanto ao referendo da medida liminar.

Ministro Eros Grau, Vossa Excelência gostaria de se pronunciar?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Curioso, Senhor Presidente. O meu voto simplesmente reproduziu minha decisão, de modo que não estou

defendendo liminar nem apontando em outro sentido. A única coisa que tenho a dizer a respeito é que espero que o Plenário se manifeste.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Eu sou, com todas as vênias, é evidente, pelo não referendo da liminar; estamos diante de um entendimento sedimentado há quatro décadas. *Aí, se houvesse o periculum in mora, a meu sentir seria inverso, também, data venia.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas vamos prosseguir, se está irregular a representação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Entendemos que sim, pela proposta do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Vamos, é sem prejuízo do julgamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Porque, se está irregular a representação, há de ocorrer o saneamento, segundo o art. 13 do Código de Processo Civil, para depois ir-se adiante. Deixemos a apreciação do acerto ou desacerto da liminar para uma fase subsequente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Até porque cairíamos numa contradição: vamos prosseguir no julgamento de um processo que é irregular.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Presidente, então, seria o caso de Vossa Excelência colher os votos novamente para verificar se todos estão de acordo com a realização da diligência nessas circunstâncias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Vamos, então.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Na proposta do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se, na realidade, de preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, na linha do Ministro Celso de Mello, vou pedir vênias a uma eventual manifestação em contrário, mas eu acompanho a proposta do Ministro Celso de Mello.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Qual foi a proposta do Ministro Celso de Mello?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Pela diligência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: No sentido de que se dê um prazo para que o autor corrija a irregularidade ora apontada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Qual é a eficácia dessa diligência?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A solução ortodoxa reside na proposta formulada pelos eminentes Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que preconizam a aplicação da norma inscrita no art. 13 do CPC.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É um pressuposto de desenvolvimento válido do processo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Mas isso implicaria a cassação da liminar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: É, mas como nós ficaríamos com uma liminar, então, num processo de representação irregular?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Fica de pé a liminar, porque não adentramos o tema de fundo que o relator trouxe à bancada, até que haja a diligência.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Só para manter a liminar, presidente – até por ser fato público e notório que o eminente procurador é realmente o representante da agremiação partidária. Eu superaria essa deficiência, para prosseguirmos no exame desta liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não é o meu caso, porque fiquei vencido nesses precedentes e mantenho o ponto de vista. Mas os precedentes não valerão, então, para este caso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Regularize sob pena de não conhecimento?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Então, proporia que se fixasse um prazo.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Posteriormente à análise da liminar que prosseguiria na data de hoje.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Não. Eu eu proporia que nós...

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Ministro Ricardo Lewandowski, eu me permito fazer uma ponderação.

Esta é uma questão muito séria, que abala a estabilidade política de inúmeros estados da Federação. Há um sem-número de feitos em tramitação no TSE que merecem ou o prosseguimento ou a efetiva paralisação, mantida a liminar.

O Tribunal pautou o feito e reuniu-se para examinar o referendo a esta liminar. Por conta da objeção de ausência de poderes específicos numa determinada procuração – que está presente nos autos -, e quando nós todos – porque nós todos já passamos pelo Tribunal Eleitoral – temos o conhecimento pessoal de que o eminente procurador é, de fato, o representante da agremiação, eu não vejo nenhuma dificuldade de superar, no caso e para o momento, a fim de permitir que o Tribunal cumpra a finalidade para a qual se reuniu hoje.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Sem dúvida nenhuma. Eu estou votando no sentido de que se prossiga no julgamento. Só acho que uma determinação judicial sem fixação de prazo é inócua; que oportunamente se faça uma regularização sob pena do julgamento se tornar eficaz.

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA: Foi fixado o prazo de cinco dias.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: A liminar não significa o julgamento da causa. Depois, prosseguiremos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Perfeitamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Qual é o sentido, presidente?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Propõe-se que, sem prejuízo do prosseguimento da causa, o autor corrija a irregularidade no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO; Não, Presidente. De duas uma, ou temos como válido o processo, a ponto de prosseguir-se no julgamento, que passa a ser de fundo, ou temos como irregular a representação processual, não podendo haver a sequência do processo, e o baixamos em diligência, sob pena de haver, até mesmo, uma desqualificação quanto aos precedentes.

Não coabitam, presidente, o mesmo teto dizer-se que está irregular a representação processual e prosseguir-se na apreciação da matéria.

No caso, se o convencimento da maioria – não é o meu, e me sinto muito à vontade – é no sentido de que está irregular a representação processual e não foi, até aqui, observado o art. 13 do Código de Processo Civil, que seja observado, que se abra prazo razoável – como está no preceito – para que venha a ser saneado o processo pelo autor.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Aliás, Ministro Marco Aurélio, o art. 13 diz exatamente isto: verificada irregularidade de representação – há uma irregularidade, pelo menos foi denunciada aqui, ou apontada aqui –, o juiz suspenderá o processo e marcará prazo razoável para ser sanado.

Eu voto vencido, acompanho o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Para suspender o processo, eu também suspenderia a liminar, pelo mesmo prazo; aí tudo bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: É porque o problema é que, se suspender agora, fica valendo uma liminar concedida num processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Suspenderia a liminar pelo mesmo prazo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Se não podemos confirmar a liminar, também não podemos suspendê-la e, mesmo no caso em que se declina da competência, costumamos manter a liminar até que o órgão competente se pronuncie a respeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: A liminar tem que ser mantida. Por enquanto nós nos abtemos de apreciar a liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, vamos fixar, para esse caso concreto, o critério de plantão que gera a insegurança?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Estamos a duas sessões julgando essa questão.

Na verdade, tal como o Ministro Marco Aurélio, eu entendo que essa jurisprudência do Tribunal – o Ministro Celso de Mello até já explicou – possui forte caráter defensivo, e eu mesmo entenderia, tal como Sua Excelência, que seria dispensável essa exigência. E o caso específico, inclusive, demonstrou, o fato de

alguém ter recebido uma procuração e passar a impugnar sem consultar a própria vontade da agremiação partidária. É um caso específico, só que se consolidou uma jurisprudência que, de fato, impõe uma restrição. Se não estamos, hoje, em condições de, eventualmente, revisarmos essa jurisprudência, eu subscreveria a proposta do Ministro Celso de Mello, porque já estamos, na verdade, a duas sessões a julgar este caso, que é de uma delicadeza política. E claro, o advogado, de todos conhecido, José Eduardo Alkmim, vai tomar as providências devidas, certamente, e, em vinte e quatro horas, trará o complemento necessário para a procuração.

Ouçõ o Plenário sobre o assunto. Do contrário, vamos discutir a manutenção ou não da liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Que se fixe, presidente. Quando o Código de Processo Civil não fixa prazo, o normalmente adotado é o de cinco dias. Teremos sessão só para a semana. De qualquer forma, haveria o interregno de cinco dias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Estou acompanhando a proposta do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: A rigor, se formos trilhar este caminho, a própria liminar não tem eficácia nenhuma, porque se a ação não pode ser admitida, a própria liminar poderia ter sido concedida.

O SENHOR MINISTRO GILMARMENDES (presidente): Então, nós prosseguiríamos no julgamento quanto ao referendo ou não da liminar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: A proposta é prosseguir no julgamento dando cinco dias, no máximo para que o partido, a agremiação...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Já está admitida a ADPF. Em relação à admissão, não há nenhuma dúvida.

Portanto, aceita essa proposta do Ministro Celso de Mello, nós poderemos prosseguir no julgamento, agora, quanto ao referendo da liminar, tão somente quanto a isto.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Eu vou acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio. Há o art. 13 do Código de Processo Civil e eu me recordo de que se hoje admitimos que se tire uma flor do nosso jardim amanhã avançarão pelo portão. Quero ser positivista.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Então, prosseguiremos quanto ao referendo.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Senhor Presidente, já me manifestei anteriormente. A única observação que faço é a seguinte: a complexidade da matéria fica evidente depois de somarmos o tempo que já gastamos discutindo a questão.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, com todas as vênias ao voto do Ministro Eros Grau, manifesto-me contra o referendo da liminar concedida por Sua Excelência.

Eu trouxe um voto longo – seguramente de vinte e duas páginas, mais ou menos. Não lerei, absolutamente. Entendo que esse modelo consagrado, a partir do art. 121 da Constituição e no próprio Código Eleitoral, é um modelo que deu certo, reconhecendo, ao Superior Tribunal Eleitoral, a competência para processar e julgar originariamente os recursos contra expedição de diploma.

A fórmula, em que pese até uma estranheza quanto ao nome recurso – o Ministro Cezar Peluso bem o disse quando da discussão da matéria no TSE – é um recurso que admite prova, desde que indicada na inicial, uma produção até originária de prova, *ex novo*, mas, no Direito Eleitoral há heterodoxia das coisas a partir da nomenclatura dos institutos. Tudo, na Justiça Eleitoral, é heterodoxo, até o fato de ser o ramo do Judiciário que faz das atividades administrativas não um meio, mas um fim. E essas atividades administrativas – de cadastro de eleitores, recadastramento, planejamento de eleição, instrução de eleição, materialização de eleição, coleta de votos, apuração, totalização de resultados, até a expedição do diploma –, todas essas atividades que são tidas como administrativas, tudo é heterodoxo no plano da Justiça Eleitoral.

A atividade administrativa na Justiça Eleitoral, mais do que meio, é fim. E, mais do que *interna corporis*, é *externa corporis*, porque alcança a massa dos administrados. Basta dizer que o cadastro eleitoral é de cento e trinta e dois milhões. Temos mais de cento e trinta e dois milhões de eleitores cadastrados.

Portanto, há um processo eleitoral próprio, diferente de qualquer outro. Há um sistema recursal também absolutamente próprio, a partir da nomenclatura, que aqui e ali causa uma certa estranheza. Mas o fato é que não vejo plausibilidade jurídica no pedido. Mais uma vez digo, *data venia*: a fumaça do bom Direito não me parece presente. Há uma jurisprudência convergente em torno de quatro décadas assentando essa competência originária do TSE.

E, ainda que se restaure a discussão, se se trata de uma ação autônoma de cassação de diploma ou de um verdadeiro recurso, ainda assim a competência

judicante é da Justiça Eleitoral. E é operacional, porque, como nós sabemos, na Justiça Eleitoral, as ações, os recursos, trabalham com mandatos que têm duração limitada no tempo; se instaurarmos as duas instâncias, começando os processos contra deputados, senadores, governadores, vice-governadores, lá nos regionais, a possibilidade de conclusão do processo no curso do próprio mandato chega a ser remota, sem falar que o art. 216 do Código Eleitoral, recebido como lei complementar, diz:

“Art. 216 Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.”

O Ministro Marcelo Ribeiro bem adverte, com a leitura desse art. 216, repito:

“Art. 216 Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.”

Imagine se o recurso começar lá nos TREs. Necessariamente esse recurso passa pelo crivo do TSE, inclusive com possibilidade de renovação de provas em alguma medida, porque, na Justiça Eleitoral, é assim mesmo. E não só na Justiça Eleitoral, também, na própria sistemática do Direito Processual Civil e Penal, há possibilidades – claro que em casos limites – de produção de provas.

O fato é que esse modelo, a meu sentir, vem dando certo. E a Justiça Eleitoral brasileira é o ramo do Poder Judiciário que mais encurta duas estratégicas distâncias: no plano do processo do conhecimento, a distância entre a propositura da ação e a resposta decisória jurisdicional, portanto; no segundo momento, a Justiça Eleitoral também encurta, como nenhum outro ramo do Poder Judiciário, a distância entre a prolação da sentença definitiva e a respectiva execução.

Faço, no meu voto, um retrospecto de quarenta anos em que, todas as vezes que esse tema é discutido, a conclusão é essa mesma, seja por unanimidade, seja majoritariamente: a competência é da Justiça Eleitoral.

No plano do *periculum in mora*, eu me preocupo muito, porque acho que aqui há um *periculum in mora* invertido. Se paralisarmos os julgamentos e devolvermos os processos para os TREs – basta lembrar que só neste momento temos 7 processos contra governadores –, esses processos não terminarão no atual período eleitoral, no curso da duração dos respectivos mandatos – melhor dizendo.

Senhor Presidente, por isso, concluo, nessa apertadíssima síntese, o meu voto pelo não referendo da liminar.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Também eu, Senhor Presidente, peço vênua ao eminente ministro relator, mas acompanho a divergência, negando o referendo.

Parece-me, primeiro, que não há a plausibilidade jurídica ou relevante fundamento que poderia autorizar, num primeiro momento, a alterar, ou pelo menos estancar a aplicação de uma jurisprudência que vem de tantos anos continuados. Como bem acaba de reafirmar o eminente Ministro Carlos Britto, ainda que por maioria, as decisões que prevalecem, que consolidaram a jurisprudência foram rigorosamente nos termos em que se está procedendo.

Por outro lado, acho que a liminar, uma vez afirmada, gera mais insegurança jurídica do que segurança jurídica em face das múltiplas ações que se desdobram, que têm trâmite e que, portanto, ficam agora numa situação de muita dificuldade. Isso sem pensar que, já nos últimos dias de vigência da liminar, houve, inclusive, no próprio Tribunal Superior Eleitoral, várias indagações sobre a sua aplicação, porque foram julgamentos em processos correlatos. Isso gerou também uma insegurança mesmo dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral para a exata interpretação. Portanto, acho que não há qualquer perigo para que se mantenha, tal como está, a aplicação das normas até que venha o julgamento definitivo.

Por essas razões, mais uma vez me desculpando perante o eminente ministro relator por não o acompanhar desta feita, nego o referendo.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Presidente, também vou pedir vênua ao eminente relator, dizendo que, neste momento, não ingressarei na natureza jurídica do RCED – se se trata de um recurso ou de uma ação autônoma para impugnar decisão de caráter administrativo da Justiça Eleitoral –, pois isso é matéria que será examinada quando do julgamento do mérito desta ADPF.

Por ora, pronuncio-me apenas contra, *data venia*, a concessão da liminar. Assim como o eminente Ministro Carlos Britto, não vejo presente o *fumus boni iuri*, porque a competência originária do TSE para o julgamento dos RCEDs vem sendo afirmada há décadas – em que pesem alguns respeitáveis pronunciamentos em contrário.

Também penso – como o eminente Ministro Carlos Britto, agora acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia – que o *periculum in mora* aqui milita no sentido inverso. Existem vários RCEDs tramitando e que podem perder o seu objeto, tendo em conta a possibilidade de exaurimento dos mandatos daqueles cujos diplomas se pretende cassar.

Também entendo que, se prosperasse esta liminar, ela introduziria, no cenário jurídico, uma grande insegurança, que nós, *data venia*, devemos evitar.

Portanto, presidente, com a devida vênia do eminente relator, nego referendo à liminar.

Voto

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, minha posição é conhecida. Sou um dos três votos que ficaram vencidos na matéria, de modo que não posso deixar de reconhecer a razoabilidade jurídica da pretensão.

Por isso mesmo, com o devido respeito, mantenho a liminar, até porque não há nada de esdrúxulo na sequência em que os nossos votos conceberam o procedimento. Isso faz parte de todos os demais procedimentos da Justiça Eleitoral. Só que este é um caso singular, pois todos os outros começam na primeira instância; há recurso para o TRE; e há recurso para o Tribunal Superior Eleitoral.

Em resumo, sou um dos três votos vencidos, de modo que, para manter a coerência, reconheço a razoabilidade jurídica da pretensão e mantenho o referendo, *data venia*.

Voto

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: Também eu, Senhor Presidente, com vênia do eminente relator, acompanho o voto do Ministro Carlos Britto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, considero, em primeiro lugar, a natureza do ato envolvido, quando se tem o ataque à diplomação. O ato de diplomação é essencialmente administrativo. Não se trata de pronunciamento com carga jurisdicional.

Colho, inclusive, do Código Eleitoral, que é possível a impugnação mediante uma ação autônoma. Faço-o, porque é o que nos vem do art. 22 sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral:

“Art. 22.

[...]

I – Processar e julgar originariamente:

[...]

g) as impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de” – eleições federais, em geral? eleições estaduais? Muito menos municipais. – “presidente e vice-presidente da República;”

Presidente, o direito ao acesso ao Judiciário é uma garantia constitucional. Não o é, claro, o duplo grau de jurisdição, tanto assim que se mostra possível, sem adentrar-se a recorribilidade ordinária, chegar-se, de imediato, ao Supremo mediante o recurso extraordinário. Mas, o certo, a regra, é ter-se o duplo pronunciamento, tanto quanto possível, com devolução plena da matéria, atuando o órgão revisor em revisão ampla, alargada.

O que nos vem, presidente, da Carta da República quanto à competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral? Vem-nos duplicidade, presente as espécies de recurso. Os dois primeiros incisos do § 4º do art. 121 versam a recorribilidade de natureza extraordinária. Por quê? Porque há pressupostos específicos de recorribilidade: decisão proferida contra disposição expressa da Constituição ou de lei, e divergência, dissenso de julgados na interpretação de lei, entre dois ou mais tribunais eleitorais.

O § 4º norteia os incisos, como a cabeça do artigo norteando o alcance do parágrafo. E o § 4º revela que:

“Art. 121.

[...]

§ 4º Das decisões dos tribunais regionais eleitorais somente caberá recurso quando” – aí vem o preceito:

[...]

“III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas”.

Que decisões? Decisões administrativas? Não. A alusão está jungida à área jurisdicional: decisão judicial.

Pois bem, presidente. Se assentarmos que, ao Tribunal Superior Eleitoral compete não só julgar a impugnação a diploma de presidente da República, de vice-presidente da República, como também a outros diplomas – dos governadores, dos deputados federais, dos senadores da República, dos deputados estaduais –, quando se terá a pertinência, a aplicabilidade, a concretude do § 4º, inciso III, do art. 121 da Constituição Federal? Quando caberá, envolvida a diplomação e pronunciamento judicial de Tribunal Regional Eleitoral, recurso para o Tribunal Superior Eleitoral?

Tem-se inocuidade, presidente?

Articula-se, a meu ver – é preciso dar descontos, considerada a interpretação verbal, gramatical, a que mais seduz –, com o preceito do art. 216 do Código Eleitoral, a revelar:

Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior Eleitoral não decidir o recurso interposto contra a expedição de diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

Qual é a premissa do preceito, presidente? Ter havido, na origem, a glosa, no campo jurisdicional, à diplomação. A referência a recurso é técnica. Diz respeito à revisão do que decidido, repito, no campo jurisdicional, na origem, no Tribunal Regional Eleitoral. Vou reler o preceito. Está em bom vernáculo, a sugerir a existência da glosa da diplomação na origem. Diplomação já verificada no campo administrativo e glosa no campo jurisdicional.

É o que decorre da parte final desse dispositivo: “Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado” – diria, implicitamente aqui incluído, em que pese à glosa da diplomação no campo jurisdicional na origem, porque, se não houve glosa, evidentemente, a ordem natural das coisas direciona ao exercício, ao cumprimento do mandato – “exercer o mandato em toda a sua plenitude”.

Presidente, Vossa Excelência sabe que tenho votado invariavelmente contra a suspensão da jurisdição. Entendo que a jurisdição, ante os ditames da Carta da República, não pode ser paralisada. É um direito do cidadão ver um certo pleito apreciado pelo Judiciário.

Por isso, não referendo integralmente a liminar do relator, mas implemento providência que implica sequência das impugnações aos diplomas e, portanto, a manutenção da jurisdição com possibilidade de – aí sim – ter-se a eficácia do inciso III do § 4º do art. 121 da Carta, ou seja, ter-se o acesso mediante recurso – recurso em sentido técnico – ao Tribunal Superior Eleitoral.

Peço vênias à maioria formada, ou que se forma, para, no caso, deferir a medida acauteladora em extensão menor, observando até o objetivo, o pedido final desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando se sustenta que a cassação pode ocorrer – mas a cassação sempre com dois “ss”, e não com “ç” – e se pede que se mantenha a competência dos tribunais regionais eleitorais, conforme sugere o inciso III do § 4º do art. 121 da Carta, para ação de impugnação ao diploma nas eleições federais e estaduais, afastada, evidentemente, a eleição para os dois cargos maiores da nação – presidência e vice-presidência da República.

Meu voto é neste sentido: para que os processos que hoje se encontram aguardando sequência no Tribunal Superior Eleitoral baixem, até decisão final desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, aos tribunais regionais eleitorais respectivos, considerada a situação do diploma, a expedição do diploma por este ou aquele Tribunal Regional Eleitoral.

É como voto, com a devida vênias dos colegas e com a compreensão do relator, Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Vossa Excelência, portanto, defere a cautelar?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Em extensão menor. Não suspendo simplesmente a jurisdição, mesmo porque os mandatos estão em curso, e o tempo tem força, consequência, incrível.

Então, defiro a liminar para que aqueles processos – e não me consta que haja impugnação ao diploma do presidente da República nem do vice-presidente da República – que hoje estão, originariamente, no Tribunal Superior Eleitoral sejam remetidos aos regionais, para que ocorra a sequência, a decisão pelos regionais, e a interposição, se assim desejarem os prejudicados, do recurso – que é ordinário, no bom sentido – para o Tribunal Superior Eleitoral.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, eu já havia negado o referendo, na assentada anterior, com base no princípio da segurança jurídica.

Eu gostaria apenas de acrescentar com referência a um precedente firmado pela Segunda Turma, embora em matéria penal – mas penso que tem alguma pertinência, especialmente com o tema do duplo grau de jurisdição. Trata-se do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832 da minha relatoria, no qual a Segunda Turma acolheu o voto que proferi, no sentido de que a previsão expressa de duplo grau de jurisdição no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não importa na inconstitucionalidade das previsões legais internas de julgamento em uma única instância.

Com efeito, eu fundamentei o meu entendimento na orientação jurisprudencial, ainda dominante no Tribunal, acerca do duplo grau de jurisdição, em matéria de competência originária dos tribunais, consolidada no julgamento do RHC nº 79.785 – Pertence. No julgamento desse agravo regimental, eu assim me manifestei:

“[...] após o advento da Emenda Constitucional nº45/2004, consoante redação dada ao § 3º, do art. 5º da Constituição, passou-se a atribuir às convenções internacionais sob direitos humanos *constitucional hierarquia*”

“Com efeito, após o advento da Emenda Constitucional 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional (Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais). Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalente à época do julgado aludido, para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção.

Contudo, ao atribuir natureza de Emenda Constitucional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por conseguinte, ao princípio do duplo grau de jurisdição previsto nessa mesma Convenção, a EC nº 45/2004 não criou automaticamente uma nova espécie de recurso ordinário em matéria penal das decisões proferidas no âmbito da competência originária dos tribunais” – como queria fazer crer o agravante naquele caso.

“É verdade que a estatura de Emenda Constitucional ora dada à Convenção torna o princípio do duplo grau de jurisdição uma garantia de julgamento do recurso por Tribunal Superior. Haveria, assim, em tese, uma aparente antinomia de normas, porquanto não há previsão de recurso de apelação na hipótese em análise.

No entanto, não é essa a melhor compreensão que se deve dar ao caso.”

E prossegui dando a fundamentação.

A conclusão foi no sentido de que o princípio do duplo grau de jurisdição, internalizado no Direito brasileiro pela adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, embora agora com estatura constitucional, não cria, não engendra inconstitucionalidade naqueles casos de competência única, de instância única previstos na Constituição e nas leis processuais.

Mantenho, portanto, meu voto no sentido de negar referendo à cautelar.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, pedirei vênias à maioria já formada para me filiar à posição perfilhada a partir do voto do Ministro Eros Grau.

A complexidade do debate, a partir da admissibilidade da ADFP, demonstrou a relevância que o tema suscita.

Tenho, desde a minha passagem pelo TSE, uma outra observação do ponto de vista de política judiciária, que envolve essa questão e também uma outra ADFP, cuja relatoria foi confiada ao Ministro Ricardo Lewandowski.

A generalização de discussões sobre a cassação de diplomas e de registros de candidatos – à época da minha passagem pelo Eleitoral, essa questão envolvia fundamentalmente discussão sobre mandatos de prefeitos, mas isso evoluiu, como era de se prever, para o mandato de vereadores – tem levado, como se sabe, à cassação de inúmeros mandatos e a discussões, inclusive como suscitado da tribuna, que levam a certa contradição: impugnações de diplomas que depois se sucedem, porque aqueles próprios que são empossados nos cargos também têm a sua legitimidade questionada. Daí ter-se arguido, até no caso dessa liminar, um prejuízo adicional, um bloqueio no procedimento das atividades do TSE.

A mim, preocupa-me, do ponto de vista de política judicial, a generalização dessas partes. Quando se fala, por exemplo, que há sete ou dez governadores que podem ser passíveis de cassação, isso significa que mais de um terço desse quadro está ameaçado de cassação, o que revela algum *deficit* muito grave na democracia brasileira – um dado para reflexão –; quer dizer, quando falamos que um terço dos governadores pode ter obtido um mandato de forma viciada, estamos a revelar, talvez, algum problema. Há algo de errado nesse modelo: ou nós estamos, talvez, judicializando em excesso esse tema – e aí, realmente, há algum erro no processo jurídico eleitoral – ou, de fato, estamos a fazer eleições viciadas em toda a sua extensão.

É um tema realmente para reflexão, o que me leva também a perfilhar a tese, pelo menos quanto ao resultado aqui defendido pelos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio. A meu ver, é um tema que precisa ser discutido, seja no plano jurisprudencial, no âmbito do TSE e também do Supremo Tribunal Federal, como também deve ser discutido *de lege ferenda* no âmbito do Congresso Nacional.

Há algo que indica algum fator de desequilíbrio. Quando se fala que sete ou dez governadores podem ser cassados em eleições majoritárias e, depois, ainda, com esta segunda decisão, que também foi placitada pelo TSE, de honrar, de investir o segundo colocado, nós temos realmente uma intervenção desproporcional no sistema político eleitoral, que se revela preocupante.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, quero fazer uma observação. A chamada do segundo colocado, tanto quanto o reconhecimento da competência do TSE para processar e julgar os RCEDs, tudo isso vem de longa data; e, já depois da Constituição, dois governadores foram julgados assim: Flamarion Portela e Mão Santa.

Desorte que as últimas cassações de governadores não constituem procedimento inédito ou inovador do TSE. O TSE tem dado sequência a procedimentos de cassação de governadores e de chamamento dos segundos colocados, já por efeito dessas decisões que estou a citar: Flamarion Portela e Mão Santa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ainda que a nulidade alcance mais de cinquenta por cento dos votos?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não. O TSE tem feito, desde aquela época, um recálculo do rescaldo da eleição – digamos assim. Mas aprofundarmos essa discussão agora me parece inoportuno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Foi Vossa Excelência quem abriu, no aparte, a discussão. O Presidente apenas registrou. Vossa Excelência abriu a discussão, por isso aparteei.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não, mas, se quiser aprofundar a discussão, estou ao dispor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Não, não. Há uma ADPF específica sobre o tema.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Estou apenas lembrando que não há novidade nas últimas cassações, para não se pensar que o TSE, de repente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, inegavelmente, a história se repete, mas nem por isso deixa de merecer correção.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Exato. Por exemplo, não sei se Vossa Excelência votou nesses casos anteriores de governadores. Parece que o Ministro Gilmar Mendes votou num deles, não me lembro bem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas não me cobre. Olha, minha memória é muito curta, não me cobre coerência. Procuo, passo a passo, ser coerente sempre, mas não sugira que possa estar sendo, nesta assentada, incoerente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não, não. Todos nós temos o direito de mudar de opinião; temos o espírito aberto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não é o caso. Não estou dizendo que estou mudando. Como o computador é único – a minha cabeça –, geralmente não alterno enfoques. Mas, quando Vossa Excelência aponta que não sabe se votei nesse ou naquele sentido, Vossa Excelência deixa no ar que posso estar sendo incongruente. Isso é que não quero que fique em branco.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Mas eu não fiz afirmativa quanto a Vossa Excelência; fiz uma interrogação. Eu disse: Vossa Excelência participou? Não fiz nenhuma afirmativa; fiz uma interrogação apenas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): E a discussão, realmente, estou colocando do ponto de vista institucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Temos um encontro marcado com esses temas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É, com esse tipo de tema. Até porque me lembro que o debate travado na época, quando eu estava no

TSE, dizia respeito aos prefeitos, e nós já apontávamos algumas incongruências no sistema. Eu me lembro de que teve o caso de registro de prefeito em que a questão colocada era o uso do fax da prefeitura para comunicação à polícia de um showmício. O Tribunal se dividiu; ficou três a três. E, aí, o Ministro Velloso desempatou no sentido da cassação do registro. Evidentemente que se tratava de um exagero. Mas, assim, o Tribunal se louvou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Nem sempre, presidente, o Tribunal Superior Eleitoral determina a posse do segundo colocado. Tanto assim que discutimos, no Eleitoral, a espécie de eleição – se direta ou indireta – quando já se está na segunda parte do mandato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): E é evidente que esse modelo a ser desenvolvido, quer dizer, se ele tiver sequência, muito provavelmente, ele pode, numa teoria dos jogos, gerar até uma distorção, realmente, no sistema democrático; vai se tornar muito interessante ser o segundo lugar nas eleições e arquitetar, sem dúvida, a anulação das eleições. É preciso que nós fiquemos atentos. É claro que são fases específicas da história da nossa democracia, mas estou fazendo esse registro apenas para termos uma “pensata” a propósito do tema.

Procedimento: Distrito Federal.

Relator: Ministro Eros Grau.

Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro.

Arguido: Tribunal Superior Eleitoral.

Interessado: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Advogados: Heli Dourado e outro.

Advogado: Wilson Azevedo.

Interessado: Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB).

Advogada: Luciana Lóssio.

Interessado: Partido Popular Socialista (PPS).

Advogados: Admar Gonzaga Neto e outros.

Interessado: Partido da República (PR).

Advogados: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e outro.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), referendando a cautelar concedida; o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, negando o referendo, e o voto do Senhor Ministro Carlos Britto, suscitando preliminar de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo arguente, Partido Democrático Trabalhista

(PDT), o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin; pelo interessado, Partido Popular Socialista (PPS), o Dr. Admar Gonzaga Neto; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, procurador-geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 30.9.2009.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal admitiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto (suscitante), Cezar Peluso, Ellen Gracie e, parcialmente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. O Tribunal concedeu o prazo de 5 (cinco) dias para que seja apresentada procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ADPF e deliberou prosseguir no exame do referendo da cautelar, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Eros Grau (relator), Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Em seguida, o Tribunal, por maioria, negou referendo à cautelar, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (relator), Cezar Peluso, Marco Aurélio, que a referendava em menor extensão, e o presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 1º.10.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia.

Procurador-geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.



REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.307 BRASÍLIA – DF

Relatora: Min. Cármen Lúcia.

Requerente: Procurador-geral da República.

Requerido: Congresso Nacional.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional nº 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das Câmaras Municipais. Art. 29, inciso IV, da Constituição da República. Retroação de efeitos à eleição de 2008 (art. 3º, inciso I). Posse de vereadores. Vedada aplicação da regra à eleição que ocorra até um ano após o início de sua vigência: art. 16 da Constituição da República. Medida cautelar referendada, com efeitos *ex tunc*, para sustar os efeitos do inciso i do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009, até o julgamento de mérito da presente ação.

1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma constante de emenda constitucional. Precedentes.

2. Norma que determina a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica.

3. Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela justiça eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpra o princípio democrático da soberania popular.

4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal: ato que caracteriza verdadeira nomeação e não eleição. O voto é instrumento da democracia construída pelo cidadão: impossibilidade de afronta a essa expressão da liberdade de manifestação.

5. A aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito.

6. Medida cautelar concedida referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, *em referendar a medida cautelar concedida, com eficácia ex tunc, nos termos do voto da relatora*, vencido o Senhor Ministro Eros Grau.

Votou o presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 11 de novembro de 2009.

Ministra CÁRMEN LÚCIA, relatora.

Publicado no *DJ* em 5.3.2010.

Relatora: Min. Cármen Lúcia.

Requerente: Procurador-geral da República.

Requerido: Congresso Nacional.

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): 1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada em 29.9.2009,

pelo procurador-geral da República contra o inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, que alterou o inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição brasileira, disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais¹.

¹Art. 1º O inciso IV do *caput* do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 29.

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) vereadores, nos municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
- b) 11 (onze) vereadores, nos municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
- c) 13 (treze) vereadores, nos municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) vereadores, nos municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezesete) vereadores, nos municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) vereadores, nos municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) vereadores, nos municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) vereadores, nos municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) vereadores, nos municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) vereadores, nos municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- K) 29 (vinte e nove) vereadores, nos municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- L) 31 (trinta e um) vereadores, nos municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- M) 33 (trinta e três) vereadores, nos municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- N) 35 (trinta e cinco) vereadores, nos municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- O) 37 (trinta e sete) vereadores, nos municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- P) 39 (trinta e nove) vereadores, nos municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;
- Q) 41 (quarenta e um) vereadores, nos municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;
- R) 43 (quarenta e três) vereadores, nos municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
- S) 45 (quarenta e cinco) vereadores, nos municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;
- T) 47 (quarenta e sete) vereadores, nos municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;
- U) 49 (quarenta e nove) vereadores, nos municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2. O autor reporta-se, na inicial da ação, ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917 (relator o Min. Maurício Corrêa, *DJ* 7.5.2004), no qual este Supremo Tribunal assentou, com fundamento no inc. IV do art. 29 da Constituição brasileira, a necessária observância da proporção entre o número de vereadores e a população dos municípios para a composição de suas respectivas câmaras, considerados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas daquele dispositivo constitucional.

3. Com o advento, em 23 de setembro de 2009, da alteração daquelas regras pela Emenda Constitucional nº 58¹, afirma o autor da presente ação que, pelos novos dispositivos constitucionais, "... o número de vereadores indicado no inciso IV do art. 29 representa apenas um limite máximo, desvinculado, em termos proporcionais, da população do município" (fls. 3), o que evidenciaria as regras relativas ao processo eleitoral, não apenas ocorrendo tal mudança fora do prazo de um antes das eleições, como praticamente um ano após o aperfeiçoamento do pleito.

Na presente ação, o procurador-geral da República põe em questão a validade constitucional do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009,

V) 51 (cinquenta e um) vereadores, nos municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;

W) 53 (cinquenta e três) vereadores, nos municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e

X) 55 (cinquenta e cinco) vereadores, nos municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; ...'(NR)

Art. 2º O art. 29-A da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 29-A. ...

I – 7% (sete por cento) para municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II – 6% (seis por cento) para municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III – 5% (cinco por cento) para municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV – 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V – 4% (quatro por cento) para municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI – 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

...' (NR)

Art. 3º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008; e

II – o disposto no art. 2º, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação desta Emenda."

que determina a retroação dos efeitos das alterações procedidas, fixando a sua aplicação ao processo eleitoral já aperfeiçoado, de 2008. A Autora da presente afirma que a aplicação retroativa da norma constitucional alterada põe “...todos os municípios do país a refazer os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral), com nova distribuição de cadeiras, a depender dos números obtidos, que podem, inclusive, trazer à concorrência partidos que não obtiveram lugares anteriormente (art. 109 do Código Eleitoral)” (fls. 3 e 4).

Observa aquela autoridade que, especificamente o inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, objeto da presente ação,

“...da maneira que vem posta, provoca grau de instabilidade institucional absolutamente conflitante com os compromissos democráticos assumidos na Constituição da República. Revira procedimento público de decisão, tomada pelo povo em sufrágio, com a inserção intempestiva de novos padrões num modelo rígido de regras fixadas pelo constituinte originário.

8. O resultado inevitável de intervenção casuística dessa estatura é a crise de legitimidade da decisão tomada, que jamais poderá, num ambiente tal, ser dada como definitiva.

9. É esse o viés que o art. 16 da Constituição – aqui adotado como parâmetro de controle – pretende afastar do sistema, ao determinar que “[a] lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, *não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*” (destaques no original, fls. 4).

4. Aduz, ainda, o procurador-geral da República “... que o art. 16 da Constituição da República, conjugado ao art. 5º, LIV, foi colocado pela jurisprudência da Suprema Corte num regime absolutamente singular de tratamento constitucional, suportado pelo art. 60, § 4º, por preservar, como verdadeira garantia, o pleno exercício da cidadania popular” (fls. 5).

Para fundamentar tal assertiva, o digno procurador-geral da República menciona o julgado proferido na ADI nº 3.685, no qual, examinando a aplicação da Emenda Constitucional nº 52/2006, que inserira nova regra constitucional sobre coligações partidárias eleitorais a ser aplicada ao pleito do mesmo ano de sua promulgação, este Supremo Tribunal assentou que o art. 16 da Constituição da República representa garantia individual do cidadão-eleitor, “... oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV” (rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006).

5. Sustenta o autor da presente ação, quanto ao chamado ‘devido processo legal eleitoral’ posto nos arts. 5º, inc. LIV, e 16 da Constituição do Brasil, que:

“14. O Estado democrático tem estreita relação com os modelos procedimentais adotados. Afinal, é pela previsão e pela estabilidade das regras que coordenam os processos de decisões que se garantem a legitimação do resultado e a confiança do cidadão no Estado.

15. Seguindo o tom dos escritos de Niklas Luhmann sobre 'Legitimação pelo Procedimento', o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI nº 354, quando ainda se desenhamam os contornos de um hoje bem marcado processo eleitoral, assim como de sua sujeição ao marco do art. 16, então dizia que, 'na democracia representativa, por definição, nenhum dos processos estatais é tão importante e tão relevante quanto o processo eleitoral, pela razão óbvia de que é ele a complexa disciplina normativa, nos estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas...' E daí conclui que, '... a exigência da disciplina normativa das regras do jogo democrático é que, evidentemente, está à base do art. 16 da Constituição de 1988...'

16. O pleno exercício dos direitos políticos, aqui pelo ângulo dos legitimados a votar e na compreensão dos partidos políticos, está atrelado à perspectiva de um devido processo legal eleitoral, organizado por regras constitucionais..." (fls. 6 e 7).

6. Daí porque, segundo o autor, os novos dispositivos constitucionais referentes à composição das Câmaras Municipais "... revolvem o processo eleitoral (especificamente o já aperfeiçoado de 2008), eis que, pela mudança do número de cadeiras nas Câmaras Municipais, interferem nos quocientes eleitoral e partidário" (fls. 8).

Assim, ao determinar o inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009 a retroação dessas regras "[à] *revelia dos resultados homologados pela Justiça Eleitoral* [quanto ao pleito de 2008], não só o rol dos eleitos e dos suplentes, mas também a participação e o peso dos partidos será absolutamente modificado...", resultando, segundo o autor, em "... diplomação de candidatos que, pelas regras vigentes ao tempo da eleição, não foram realmente eleitos, existindo severo risco de degradação do próprio art. 1º, parágrafo único, como do art. 14, da Constituição" (fls. 8).

7. Conclui o autor afirmando existirem "...inúmeras relações jurídicas que são alcançadas pelas novas regras, mas não há justificativa plausível que fundamente o efeito imediato a fatos pretéritos" (fls. 9), donde "... a patente ofensa a atos jurídicos perfeitos, regidos todos por normas previamente conhecidas, que agora são substituídas, após terem sido integradas à regência dos fatos jurídicos em curso" (fls. 10).

8. Requer suspensão cautelar da eficácia do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009, sob pena de graves reflexos sobre o exercício do Poder Legislativo municipal, pois "... existe anúncio, confirmado pelos meios de comunicação, de que as regras da EC nº 58 têm ganhado imediata execução em isolados municípios, por aplicação do ato aqui impugnado...", sendo que "... logo o impulso ganhará localidades mais extensas e populosas, com sério agravamento do estado de inconstitucionalidade" (fls. 10 e 11).

No mérito, pede a procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009, por violação dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, incs. XXXVI e LIV; 14; 16; e 60, § 4º, incs. II e IV, da Constituição do Brasil.

9. Distribuídos, os autos vieram-me conclusos em 29.9.2009.

10. Em 1º.10.2009, reiterou o procurador-geral da República o requerimento de “imediate exame do pedido de liminar”, em face de informações sobre “o agravamento do quadro fático que justificou o pedido (inicialmente formulado) com notícias de novas posses de vereadores, com base precisamente na regra do art. 3º, I, da EC nº 58, sendo a última no sentido de que a Câmara Municipal de Conselheiro Pena, no Estado de Minas Gerais, empossou dois novos vereadores” (fl. 25).

11. Em 2.10.2009, analisei e deferi a medida cautelar *ad referendum* deste Plenário, em face da comprovação da urgência qualificada e dos riscos objetivamente comprovados de efeitos de desfazimento difícil pela pluralidade de posses de novos vereadores já ocorridos apenas naqueles primeiros sete dias de vigência da nova regra e pelas notícias sucessivas de que outras muitas dezenas se fariam proximamente.

Para tanto, observei a reiteração desta prática pelos dignos pares em situações como a aqui apresentada (cf., por exemplo, ADI nº 2.849-MC (rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 3.4.2003), na ADI nº 4.232-MC (rel. Ministro Menezes Direito, *DJE* 22.5.2009), na med. caut. em ADI nº 1.899-7 (rel. o Ministro Carlos Velloso), na ADI nº 4.190-MC (rel. o Ministro Celso de Mello)² e ADPF nº 172 (rel. o Ministro Marco Aurélio).

12. Em face da excepcionalidade da medida, pedi pauta prioritária, agora definida pela insigne Presidência.

13. Neste pouco mais de um mês desde a decisão sobre a medida cautelar deferida, anoto aos eminentes pares que os autos vêm se tornando fartos.

13.1. Sobrevieram pedidos de assistência litisconsorcial de Geraldo Sales Ferreira, Idenor Machado, Juarez de Oliveira, Jucemar Almeida Arnal, Laudir Antonio Munaretto e Walter Ribeiro Hora, em 7.10.2009, ao argumento de que “são suplentes de vereadores votados e como tais classificados, nas eleições proporcionais municipais de 2008, perante a 18ª zona eleitoral da Justiça Eleitoral do Estado de Mato Grosso do Sul” (fls. 117 e 118 e 122 a 200).

Indeferi o pedido porque a ação direta de inconstitucionalidade não permite a aplicação da norma do art. 50 e parágrafo único do Código de Processo Civil, invocado pelos requerentes como suporte para sua pretensão, pois não se há de “viabilizar o exercício de garantia fundamental de defesa ampla...” de

²Nesta última, observou o Ministro Celso de Mello, relator, que “em face das razões expostas, defiro, *ad referendum* do e. Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/1999, art. 10, caput, c/c/ o art. 21, V, do RISTF), o pedido de medida liminar para, até final julgamento desta ação direta, suspender, cautelarmente, a eficácia da Emenda Constitucional nº 40, de 2.2.2009, promulgada pela Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro...”.

seus interesses subjetivos, que não estão em questão no controle abstrato de constitucionalidade da norma constante da emenda constitucional em foco.

13.2. Em 14.10.2009 veio aos autos requerimento do Partido Humanista da Solidariedade para ser admitido como *amicus curiae* (fl. 202; 203), por mim deferido.

13.3. Em 15.10.2009 igual requerimento foi formulado pela Associação Brasileira de Câmaras Municipais (fls. 206 a 234), também por mim deferido.

13.4. Naquela mesma data, 15.10.2009, foi apresentado a este Supremo Tribunal Federal documento assinado pelo Deputado Federal Mário Heringer, Presidente da Frente Parlamentar dos Vereadores, observando que a Emenda Constitucional nº 58/2009, cujo art. 3º, em seu inc. I, está submetida à análise deste Supremo Tribunal teria atendido “a duas nobres finalidades: reduzir os gastos dos legislativos municipais e valorizar o direito fundamental da cidadania, ampliando o número de vereadores” e, ainda, que “a data das eleições de 2008 serve apenas como ‘parâmetro’ caso a câmara municipal de determinada cidade, garantindo sua autonomia, entenda que deve recompor suas câmaras já” (fl. 237). Nada requereu, pelo que houve apenas a sua juntada.

13.5. A presente ação foi ainda *contestada* pelo Diretório Municipal do Democratas de Santa Cruz do Sul (DEM) (fl. 243 do v. 1 a 263 do v. 2), nela se requerendo seja assegurada a “imediate diplomação e posse junto ao Poder Legislativo municipal do mandato que lhe foi outorgado pelo voto popular nas eleições municipais de 2008, ao Sr. Ari Schwerz vereador titular e demais suplentes...”.

Indeferi a petição e determinação fosse ela devolvida ao subscritor, uma vez que nem há contestação na ação direta de inconstitucionalidade, nem há direitos subjetivos nela possíveis de serem discutidos, menos ainda tem a decisão nela tomada natureza mandamental, senão que declaratória como de comezinho conhecimento.

13.6. Em 23.10.2009, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi.

13.7. Em 26.10.2009, o Partido Trabalhista Cristão (PTC) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi.

13.8. Em 27.10.2009, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi, bem como a juntada de Parecer por ele anexado.

13.9. Em 28.10.2009, Anderson Clayton Fagundes dos Santos requereu juntada de notas sobre a matéria, o que foi deferido.

13.10. Luiz Henrique Antunes Alochio e Luiz Otávio Rodrigues Coelho apresentaram Memoriais na condição de *amici curiae*. Indeferi as prerrogativas processuais nesta fase, mas admiti a juntada dos memoriais por eles trazidos aos autos por linha.

14. Em 3.11.2009, foram apresentadas informações pela Câmara dos Deputados, nas quais se tem o que segue: “busca a presente ação direta, com pedido de medida cautelar, em resumo, que o egrégio Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, que faz retroagirem os efeitos da alteração propugnada na emenda ao processo eleitoral de 2008. Nestes termos, e inclusive em face do disposto no art. 103, § 3º, da Constituição Federal, cumpre a esta Presidência apenas informar que a referida matéria foi processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie (ficha em anexo), conforme, inclusive, resta incontroverso na presente ação direta” (fls. 664; 665).

15. Em 6.11.2009, o Senado Federal apresentou informações, nelas se explicitando que “não se olvida de que o Supremo Tribunal Federal haja conferido ao art. 16 da Carta (que veda a aplicação de leis que alterem o processo eleitoral às eleições que ocorrerem até um ano após sua publicação) o status de garantia fundamental do cidadão, que combate a modificação casuística das normas processuais eleitorais... Contudo, a norma em questão, que determinou a aplicabilidade dos efeitos da EC nº 58 ao pleito eleitoral de 4/2008 não tem natureza processual. Norma processual é a que diz com a realização do pleito, com o processo de candidaturas, de eleições, de contagem de votos, etc. Em suma: as normas processuais são normas instrumentais destinadas a conformar o processo eleitoral, desde sua fase inicial até a proclamação de seu resultado. A norma contida no art. 1º da Emenda Constitucional nº 58, de 2009, e que tem seus efeitos aplicáveis ao pleito de 2008 por força do art. 3º, inc. I, da mesma Emenda, não diz com o processo eleitoral, mas com o limite de vagas nas Câmaras Municipais. Por seu turno, o inciso I do art. 3º não revolve o processo eleitoral de 2008, como quer o autor, mas apenas recebe daquele pleito uma moldura fática, pronta e acabada, que configura ato jurídico perfeito, e lhe confere uma nova configuração no sistema jurídico. Os efeitos do processo eleitoral são os mesmos: a ordem de classificação ali existente fica mantida. O que faz a norma impugnada, portanto, não suprime (e muito menos tende a abolir) os direitos do cidadão-eleitor; pelo contrário, ela os amplia, porquanto aumenta a representatividade do resultado de uma eleição que em nada será alterado” (fls. 669 a 776). Termina por requerer não seja referendada a cautelar por ausência de plausibilidade jurídica das teses postas e por mim acatadas neste juízo preambular.

16. Faltantes apenas as manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República para o final do processamento da ação e a submissão do julgamento de mérito a este Plenário, submeto e requeiro deste Plenário referendium à decisão monocrática que proferi e que, como acima acentuei, baseou-se em situação de urgência qualificada, no sentido do deferimento da medida cautelar suspensiva dos efeitos do inc. I do art. 3º da

Emenda Constitucional nº 58/2009, sendo de se realçar que atribui efeitos *ex tunc* àquela providência.

É o relatório.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhores Advogados, começo por agradecer tanto a participação da Procuradoria-Geral da República, autora de uma das ações, quanto ao advogado, da Ordem dos Advogados, que apresenta, de uma forma clara, e reitera os argumentos por eles apresentados. Também aos senhores advogados, sem os quais não se presta devidamente a jurisdição, menos ainda a jurisdição constitucional, pelos argumentos trazidos.

Como os argumentos todos tinham sido apresentados em pareceres e memoriais anexados, vou fazer a leitura do meu voto, porque não houve modificação, e todos eles foram tratados apenas para dizer que não é um voto que havia sido preparado e desconsidera o que foi dito da tribuna, pois o que foi dito da tribuna já está nos autos e devidamente estudado previamente por mim.

Eu queria fazer apenas duas referências com relação a alegações que foram feitas aqui da tribuna pelos nobres advogados.

Em primeiro lugar, quando o Supremo Tribunal Federal, eu diria até, quando o Poder Judiciário atua – e atua muito mais no sentido de, cumprindo a sua função constitucional, fazer o controle de constitucionalidade –, ele o faz exatamente por respeito ao Congresso Nacional, que faz as leis; ao Poder Executivo, que as cumpre, e, principalmente, ao povo brasileiro, que conquistou o direito de viver num Estado democrático de direito.

A nossa função é a de ser guardiões da Constituição e da lei, principalmente nos termos do art. 103, “guardas da Constituição”. Nós estamos exatamente, ao afirmar que a Constituição, naquele ponto, não foi interpretada na forma que deveria prevalecer no nosso julgamento, uma vez que a nós foi conferida a árdua tarefa de desempenhar essa função de respeitar as instituições, porque, nos tempos no Brasil em que elas não foram respeitadas, nem se trazia, aqui, como aliás foi lembrado, agora da tribuna, qualquer desvario, como dizia Rui Barbosa: “se tresloucava sobre a Constituição”.

É por respeito ao Congresso, e sabendo que houve, sim, um itinerário, um grave itinerário, para se chegar exatamente ao cumprimento daquilo que foi determinado anteriormente em outros processos por este Supremo Tribunal Federal, que estamos fazendo esse julgamento e que cumprimos o nosso juramento de fazer valer a Constituição, em que pese, como sempre, haver eventualmente aqueles que não saem satisfeitos com o resultado da decisão.

Não é por falta, absolutamente, de respeito, pelo contrário, o Supremo só existe, o Poder Judiciário só existe com respeito se os demais Poderes forem respeitados, porque se não se respeitar o art. 1º ou o art. 2º da Constituição, obviamente nem se respeita o outro, muito menos a cada um de nós.

Quanto ao itinerário – e falo basicamente para o Doutor Paulo Guimarães, que da tribuna narrou exatamente dando sequência, secundando o que foi dito pelo distinto advogado do Senado – obviamente que foi de conhecimento, aliás, isso até foi trazido aos autos. Está se discutindo se o resultado da função legislativa tão bem desempenhada poderia, em face de um dispositivo da Constituição ou de mais de um – art. 1º, inciso I; parágrafo único do art. 1º; art. 16, principalmente, sobre o qual o Supremo já se manifestou anteriormente, poderia ser aplicado de imediato.

Por isso mesmo tanto o procurador-geral da República, quanto o digno Conselho Federal da Ordem dos Advogados não questionou os demais dispositivos da Emenda Constitucional nº 58, senão que apenas o inciso I do art. 3º, vale dizer, precisava de se acomodar. O cidadão brasileiro eleitor teria de se submeter ao resultado que foi posto para ele nesse momento? É isso e apenas isso.

Exatamente por respeito às instituições, mas principalmente por respeito ao cidadão brasileiro do qual parte a Constituição e todas as instituições, e para as quais ele se volta, é que estamos fazendo esse julgamento. Portanto, é com respeito a tudo que os senhores, aqui, na tribuna, tal como nos documentos, erigiram como sendo e querendo que seja motivo de preocupação, como sempre é por este Supremo, que estamos realizando este julgamento. Não é por, absolutamente, descaso àquilo que foi feito.

Passo, Senhor Presidente, então, após essas observações, exatamente por respeito aos nobres advogados, ao que tenho como voto e que já se contém grande parte no que exarei quando da decisão, apenas com alguns acréscimos por causa dos argumentos que me foram trazidos.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do art. 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro, de 2008.)

VOTO

A URGÊNCIA QUALIFICADA NO CASO A IMPOR EXAME E DECISÃO SOBRE A MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA

1. Como relatado, decidi, monocraticamente, o requerimento formulado pelo procurador-geral da República de medida cautelar para suspender, em caráter precário e sujeito ao referendo deste egrégio Plenário, os efeitos do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009, em face da qualificada urgência

demonstrada pelo digno Autor em sua petição inicial e no requerimento de reiteração daquele exame e decisão, que não permitiam o aguardo das próximas sessões do Plenário deste Supremo Tribunal para o fluxo regular das fases deste processo.

Tal urgência pode ser fácil e claramente demonstrada pela imediata recomposição das Câmaras Municipais de alguns municípios, com fundamento no dispositivo questionado (art. 3º, inc. I, da Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009), conforme noticiam matérias jornalísticas indicadas na petição inicial (fls. 10, nota de rodapé nº 10).

2. Tal circunstância conduziu os procuradores regionais eleitorais de São Paulo, Goiás, Ceará e Espírito Santo a emitir recomendação a todos os promotores de justiça eleitorais dos respectivos estados a impugnarem a diplomação e posse de vereadores fundadas na norma questionada, segundo notícia divulgada no sítio do Ministério Público Federal (<<http://noticias.pgr.mpf.gov.br>>). Nele também consta informação de ajuizamento de ação civil pública em 29.9.2009, contra a diplomação de dois vereadores no Município de Bela Vista, no Estado de Goiás, bem como de deferimento de cautelar em ação cautelar ajuizada pela promotoria eleitoral no Município de Icó/CE, impedindo a posse de cinco novos vereadores com fundamento na Emenda Constitucional nº 58/2009.

3. A controvérsia jurídica instaurada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 58/2009, que possibilitou interpretação de suas normas no sentido de estar autorizada posse imediata de candidatos que não teriam obtido votos suficientes para assumir cargo de vereador disputado segundo as regras vigentes nas eleições de 2008, levou o eminente Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Carlos Britto, em 28.9.2009, a encaminhar ofício aos presidentes dos tribunais regionais eleitorais, informando-lhes que, “...em 2007 o TSE respondeu à Consulta nº 1.421/2007 e disciplinou a data-limite para promulgação de emenda constitucional alterando o número de vereadores” [...], na qual ficara decidido, “... por unanimidade (dos membros do Tribunal Superior Eleitoral), que a regra constitucional (a prevalecer no pleito de 2008) deveria entrar em vigor até o final de junho de 2008, quando terminou o prazo para realização das convenções partidárias que aprovam os nomes dos candidatos ao pleito” (www.tse.jus.br).

4. Considerando que a posse de vereador depende da sua diplomação como eleito pela Justiça Eleitoral, depreende-se daquele ofício e das recomendações dos procuradores regionais eleitorais: a) que na data do ajuizamento da presente ação já se teriam empossado alguns vereadores segundo as novas regras (advindas da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 58/2009) e iniciadas providências para a posse imediata de novos vereadores em detrimento do respeito às normas constitucionais e legais referentes às eleições ocorridas há um ano e cujos efeitos já se produziram, inclusive para definição dos eleitos e

respectivas posses; b) o risco iminente e inegável de que vereadores empossados com base na norma questionada poderiam iniciar a sua atuação, produzindo-se até mesmo leis sem validade, por se terem produzido por colegiado contaminado pela presença de não eleitos, nos termos constitucionalmente fixados, no pleito de 2008; c) é incontestável o potencial, objetivo e iminente risco de excessiva judicialização da matéria, proliferando-se ações, ajuizadas em várias partes do país, instaurando insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais, que poderão ser diferenciadas e contraditórias, relativamente à possibilidade, ou não, de posse de novos vereadores em face do disposto no inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009.

5. *A extraordinária urgência demandada para o exame da cautelar, na espécie em foco, foi realçada pelo Autor em petição apresentada em 1º.10.2009, na qual reiterou o requerimento de seu imediato exame e decisão, pelo "... agravamento do quadro fático que justificou [esse] pedido ..., com notícias de novas posses de vereadores, com base precisamente na regra do art. 3º, I, da EC nº 58, sendo a última no sentido de que a Câmara Municipal de Conselheiro Pena, no Estado de Minas Gerais, empossou dois novos vereadores... redobrada a urgência da cautelar, é a presente para requerer o imediato exame do pedido de cautelar"* (Petição Avulsa nº 122.777/2009).

Somados a esses fatos os graves reflexos que a eventual nulidade dos atos de posse realizados com fundamento na Emenda Constitucional nº 58/2009 teria sobre o exercício do Poder Legislativo Municipal, como antes observado, *exigem a imediata manifestação deste Supremo Tribunal* em ação de controle concentrado de constitucionalidade, com a dispensa da prévia requisição de informação ao órgão do qual emanou o ato estatal impugnado antes mesmo da apreciação da cautelar.

6. A presente ação foi ajuizada às treze horas de terça-feira (29.9.2009, fls. 2) e a demonstração pelo autor das condições produzidas pelas novas normas obrigou-me ao exame e à conclusão imediatos sobre o requerimento de suspensão dos efeitos da norma impugnada, que já se faziam então sentir e que se comprovaram, objetivamente, pela posse de novos vereadores e anúncios de muitas novas posses, tudo feito segundo as novas regras aplicáveis retroativamente às eleições de 2008, por força do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009.

Também a reiteração do requerimento de imediato exame da medida cautelar, datada de 1º.10.2009, levou-me a adotar a providência judicial excepcional de examiná-lo e decidir sobre ele de imediato, monocraticamente e *ad referendum deste egrégio Plenário*, na forma de precedentes deste Supremo Tribunal, em situações como a presente, nas quais a urgência da providência requerida cautelarmente e a objetiva configuração de instabilidade jurídica e política, que

a manutenção dos efeitos das normas questionadas poderia acarretar, possível mesmo que ela não produza sua plena utilidade e o seguro afastamento dos riscos demonstrados e iminentes se não sobrevier a suspensão imediata de seus efeitos, tudo a impor à ministra relatora tomada de decisão imediata – reitere-se – *ad referendum* do Plenário.

É que, tal como afirmado, em caso análogo, pelo saudoso Ministro Menezes Direito, “... em vista (da) proximidade do prazo previsto no art. 7º da Lei Estadual impugnada... e a impossibilidade de submeter o feito a tempo para apreciação do Plenário, aprecio, excepcionalmente, a medida cautelar pleiteada” (ADI n° 4.232 – rel. Ministro Menezes Direito).

Faço questão de salientar que a pouca ortodoxia da apreciação monocrática, pelo relator, da cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade deve-se, exclusivamente, à excepcionalidade da situação e aos riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, este egrégio Plenário, até a sessão em que o processo viesse a ser apregoadado para apreciação, ainda que em regime de prioridade e urgência, uma vez que as posses dos novos vereadores estavam ocorrendo em vários municípios brasileiros.

Saliento, ainda uma vez, que a adoção desse comportamento judicial não é inédita, como se pode verificar, por exemplo, na ADI-MC n° 2.849 (rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 3.4.2003), na ADI-MC n° 4.232 (rel. Ministro Menezes Direito, *DJE* 22.5.2009), na med. caut. em ADI n° 1.899-7 (rel. o Ministro Carlos Velloso), na ADI n° 4.190-MC (rel. o Ministro Celso de Mello)¹ e ADPF n° 172 (rel. o Ministro Marco Aurélio), nas quais concluíram os eminentes ministros relatores configurada situação de excepcional urgência, tal como entendi estar a ocorrer na presente ação direta de inconstitucionalidade, pelo que a apreciação e decisão do requerimento de medida cautelar suspensiva dos efeitos do ato impugnado não poderiam ser postergados.

EMENDA CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA

7. Anoto também ser tema pacificado neste Supremo Tribunal Federal o cabimento – pelo menos em tese – de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja norma constante de Emenda Constitucional.

Emenda Constitucional é fruto de poder constituinte derivado, cuja atuação se conforma a limites formais e materiais postos pela Constituição brasileira (v.g., ADI n° 830, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 16.9.1994; ADI n° 939, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 18.3.1994; ADI n° 1.805-MC, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 14.11.2003; ADI n° 2.024-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 1.12.2000; ADI n° 3.105, red. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, *DJ* 18.2.2005; ADI n° 2.395, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* 23.5.2008, dentre outros julgados). O questionamento sobre a

observância ou não desses limites viabiliza o exercício do controle concentrado de constitucionalidade neste Supremo Tribunal, não sendo desconhecido deste Plenário o deferimento de medida cautelar a suspender os efeitos de norma nela contida (cf., por exemplo, a ADPF nº 1).

8. Na presente ação direta de inconstitucionalidade, o autor afirma que a atuação do poder constituinte reformador teria desobedecido limites materiais impostos pelo constituinte originário ao determinar a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais no pleito ocorrido (e encerrado) em 2008.

Segundo o procurador-geral da República, a norma do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009 teria afrontado a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição), traduzido no devido processo legal eleitoral (expresso nos arts. 5º, inc. LIV e 16, da Constituição brasileira).

Tanto significa observância obrigatória à disciplina normativa do processo eleitoral de escolha dos representantes do povo, que teria de vigorar um ano antes da data do pleito, para se ter segurança jurídico-política não só do processo, mas também do resultado das eleições, bem como das decisões políticas tomadas pelos eleitos em nome dos cidadãos, titulares únicos da soberania popular (art. 1º, I e art. 14, da Constituição do Brasil).

9. As razões expostas na petição inicial, fundadas na jurisprudência deste Supremo Tribunal, denotam uma plausibilidade da tese de inconstitucionalidade da retroação de efeitos das novas regras de composição das Câmaras Municipais determinada pelo inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009, bem ao contrário, data vênia, do que assevera, em suas informações, o Senado Federal.

DO DEVIDO PROCESSO ELEITORAL (ARTS. 5º, INC. LIV, 14 E 16 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL)

10. Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Já o inc. I, daquele mesmo art. 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento a soberania, leia-se, aqui, a soberania popular, que se exerce por meio da eleição dos representantes dos cidadãos.

Preceitua o art. 5º, inc. LIV, da Constituição que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nem de longe se imagine que a liberdade, cuja restrição ou privação somente poderia ter lugar mediante devido processo legal substantivo, a dizer, conforme o que dispuser a lei previamente definida e aplicável à esfera de direitos de cada

qual dos cidadãos, se restringiria à liberdade física. Todas as manifestações da liberdade estão fundamentadas nesta garantia constitucional, que é insuperável, imodificável, até mesmo pela atuação do constituinte reformador, por força do § 4º, do art. 60, da mesma Constituição brasileira.

O voto é a liberdade falada; é a manifestação maior da liberdade política; é instrumento da democracia construída pelo cidadão, a fazer-se autor de sua história política. Transgredir, cercear ou mutilar esta liberdade de manifestação agride não apenas um dispositivo da Constituição, mas o ordenamento jurídico em sua inteireza.

Em comentários ao art. 16 da Constituição de 1891, Ruy Barbosa invocava discurso de Almeida Garret, que se opondo a práticas políticas ilegítimas, relativas à usurpação dos poderes dos legisladores legítimos, afirmava que “a Constituição do Estado foi violada no seu ponto capital, essencial, na base mesma do sistema representativo, na única, na mais positiva e essencial, naquela que caracteriza a diferença entre o sistema representativo e o absoluto. Não se pode, pois, denominar este fato pela expressão geral de violação da Constituição: é a destruição da Constituição. Não é violada a letra da Carta somente; é violado o princípio único e transcendente de todo o governo constitucional. Ainda digo mais: são violados os princípios de todo o governo, da Monarquia Representativa, do Governo Republicano, de todas as formas políticas possíveis. Não há Governo nenhum, não o houve nunca, não é possível havê-lo, em que não estejam fixadas as pessoas ou corpos do Estado, a quem compete o Poder Legislativo. Nenhuma autoridade pode anistiar semelhante crime” (a referência de Ruy Barbosa é ao texto Ruínas de um Governo – Rio, 1931, os. 92 a 96 – cf. Comentários à Constituição Federal Brasileira, Saraiva: São Paulo, 1933, v. 2, p. 10). Conclui aquele grande brasileiro que a ilegitimidade do fautor de leis, seja quem for, faz com que se tenha de “termos redobrada obrigação de ser graves no exame deste processo, severos até a dureza, no pronunciar a sentença”.

O art. 14 da Constituição do Brasil estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos ...”.

E o art. 16 daquele mesmo documento constitucional estatui que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, *não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*”.

Se nem ao menos se pode ter como válida a aplicação da legislação eleitoral alterada e que entre em vigor em período inferior a um ano antes das eleições, questiona o autor da presente ação como poderia uma mudança se aplicar a pleito aperfeiçoado um ano antes da data da promulgação da Emenda Constitucional modificadora sem inegável transgressão ao regramento constitucional da matéria.

Bem ensina, dentre outros, José Afonso da Silva que

“A *ratio legis* está precisamente em evitar a alteração da regra do jogo depois que o processo eleitoral tenha sido desencadeado – o que se dá, em geral, dentro de um ano antes do pleito. [...]”

Todo processo consiste num conjunto de atos interligados destinados a organizar um procedimento com o fim de compor conflitos de interesses. Em qualquer relação processual, seja judiciária ou simplesmente eleitoral, existem partes, interessados, disputando uma solução aos respectivos interesses. O processo eleitoral compõe-se dos atos que, postos em ação (procedimento), visam a decidir, mediante eleição, quem será eleito; visam, enfim, a selecionar e designar autoridades governamentais. Os atos desse processo são a apresentação de candidaturas, seu registro, o sistema de votos (cédulas ou urnas eletrônicas), organização das seções eleitorais, organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral. Em síntese, a lei que dispuser sobre essa matéria estará alterando o processo eleitoral. [...]

A intencionalidade da norma constitucional [...] está em que os atos do processo eleitoral – e, por conseguinte, a dinâmica eleitoral (procedimento) – não se alterem num espaço de tempo em que os interesses eleitorais já se encontrem devidamente estabelecidos, de tal modo que mexer no processo acaba por se configurar um casuísmo. *Por isso é que o dispositivo diz que a lei que o fizer entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Isso significa: a alteração no processo eleitoral só se dará se a lei que a estabelecer entrar em vigor mais de um ano antes da data da eleição cujo processo está sendo por ela modificado.* A lei não se aplicará se entrar em vigor dentro do espaço de um ano antes da eleição” (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234).

Na mesma linha o que observado pelo procurador-geral da República, aliás, em perfeita consonância com precedentes deste Supremo Tribunal, considerando que a retroação de regras legais sobre processos eleitorais, fora do período anual mínimo antecedente ao pleito, configurar agressão a direito fundamental do cidadão e, por isso, não pode prevalecer:

“Ementa: A inovação trazida pela EC nº 52/2006 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. ... a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI nº 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 12.2.1993). Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra

garantia individual do contribuinte (ADI nº 939, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18.3.1994), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI nº 3.345, rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC nº 4/1993 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC nº 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência" (ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22.3.2006, *DJ* de 10.8.2006).

11. O eleitor brasileiro foi às urnas em 5 de outubro de 2008 e elegeu prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, seus representantes para prover os cargos de chefia do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo nos Municípios brasileiros.

As eleições garantiram, na forma da legislação vigente e em perfeita consonância com o disposto na Constituição, o exercício da liberdade cidadã naquele pleito e o absoluto respeito ao que nele decidido.

Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela Justiça Eleitoral até 18.12.2008 (Res.-TSE nº 22.579) e tomaram posse em 2009, iniciando-se a atual legislatura.

A eleição é processo político aperfeiçoado segundo as normas jurídicas vigentes em sua preparação e em sua realização. As eleições de 2008 constituem, assim, processo político juridicamente perfeito. Guarda, pois, inteira coerência com a garantia de segurança jurídica que resguarda o ato jurídico perfeito, de modo expresso e imodificável até mesmo pela atuação do constituinte reformador (art. 5º, inc. XXVI, da Constituição). E, note-se, que nem mesmo Emenda Constitucional pode sequer tender a abolir tal garantia (inc. IV do § 4º do art. 60 da Constituição do Brasil).

Os eleitos, diplomados e empossados vereadores, no número definido pela legislação eleitoral vigente segundo a previsão do art. 16 da Constituição do Brasil, compõem os órgãos legislativos municipais e estão em pleno exercício de suas atribuições.

Ensina, ainda, José Afonso da Silva que "De acordo com o art. 29, I, da Constituição Federal, os Vereadores são eleitos juntamente com prefeito e vice-prefeito para um mandato de quatro anos. ... não sendo interpostos recursos

(contra a diplomação) (ou após serem eles julgados, se forem interpostos), *fica terminado o processo eleitoral...*) (SILVA, José Afonso da – *Manual do Vereador*. São Paulo: Malheiros, p. 42).

O advento do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009, segundo o qual aplicam-se as novas regras previstas em seu art. 1º “*a partir do processo eleitoral de 2008...*” mudaria, assim, processo eleitoral findo. Observa o eminente procurador-geral da República que afrontado estaria, então, não apenas o princípio do devido processo eleitoral, mas também o da segurança jurídica.

Em efeito, a modificação do número de cargos em disputa para vereadores tem notória repercussão no sistema de representação proporcional (arts. 106, 107 e 109 do Código Eleitoral), atingindo candidatos naquele pleito de 2008, os eleitos, partidos políticos e, principalmente, instabilizando os eleitores, que foram às urnas, acreditaram no Estado que, pela Justiça Eleitoral, proclamou os eleitos, promoveu a sua diplomação e validou a sua posse, ficando o eleitor sem saber ao certo o destino do seu voto e sem ter ciência de quem se elegeu e de quem não se elegeu. Os representados – cidadãos brasileiros e titulares do poder soberano, nos termos do art. 1º, I e parágrafo único, da Constituição – estão perdidos quanto ao que ocorreu, quanto aos votos dados, quanto, enfim, à legitimidade do processo ocorrido e que ele achou que já se tinha acabado. E recebe, agora, a notícia de que poderia não ter se findado. Nem ele sabe qual a conta lhe caberá ao final pagar, política e até mesmo financeiramente. Enfim, os cidadãos estão perplexos quanto ao que aconteceu antes e ao que está acontecendo agora. Sem ciência dos fatos não há confiança nos atos das instituições. Sem confiança não há democracia. Até mesmo o princípio constitucional da moralidade política estaria posta em xeque.

12. A posse de suplentes de vereadores, nos termos que vêm ocorrendo, segundo o que ficou posto na Emenda Constitucional nº 58/2009, desacataria, assim, – na dicção do procurador-geral da República – não apenas as regras antes mencionadas da Constituição, mas o princípio basilar da democracia, constitucionalmente fixado, segundo o qual o poder do povo é exercido por representantes *eleitos*. Por eleitos entendem-se aqueles que foram assim proclamados nos termos das normas constitucionais e legais vigentes no processo eleitoral de 2008, que já se aperfeiçoou e cujo procedimento se exauriu.

Suplente é o não eleito (veja-se, por exemplo, o art. 215 do Código Eleitoral, segundo o qual “os candidatos *eleitos*, assim como os suplentes...”). Nestes termos legais, portanto, poder-se-ia ter que suplente é alguém que não foi escolhido pelo povo, o não eleito, porque se de outra maneira se pudesse interpretar os termos postos, aquela norma não teria qualquer significado.

E se não foi eleito, seria difícil se compatibilizar a sua não eleição com a sua posse, não decorrente da manifestação ou da palavra livre dos cidadãos eleitores, mas pela atuação única e de gabinete dos eminentes congressistas.

O que questiona o eminente procurador-geral da República é, afinal, como se dar posse a quem eleito não foi e continua não sendo segundo as regras vigentes no momento da eleição. E o questionamento há de ser tido por pertinente, a merecer deste Supremo Tribunal o desempenho de sua competência como guardião da Constituição (art. 102, inc. I, alínea a).

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O INC. I DO ART. 3º
DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 58/2009**

13. É de se anotar que a expressão de que se vale o constituinte reformador ao final da norma temporal do inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009, a saber, que as novas regras relativas ao número de vereadores valem “a partir do processo eleitoral de 2008”, não parecem permitir que se conforme a regra com a Constituição, como salientado pelo eminente procurador-geral da República.

De resto, não se há deixar de notar que a utilização da expressão utilizada pelo constituinte reformador é, para dizer o mínimo, curiosa, pois “a partir de” – em português – significa momento definidor de algo para valer para o futuro.

No texto normativo em pauta, se tem *a partir de* como referência ao passado. O “a partir de” daquele texto significa *desde*, remetendo-se a fatos e períodos passados.

Parece, assim, que não apenas princípios e regras constitucionais parecem ter sido descumpridas, senão também as regras da boa linguagem.

A norma questionada apresenta densa plausibilidade, feita, insista-se, em exame preambular, como é próprio destas análises, de negar frontalmente a regra do art. 16 da Constituição.

Definir-se que uma regra fixada no presente pode impor modificação de um processo passado e acabado e para o qual a Constituição impõe que se respeite definição legislativa vigente pelo menos um ano antes do pleito parece não apenas contrariar um dispositivo constitucional: descortina-se a possibilidade de haver descumprimento de todo o sistema jurídico, cuja lógica se guarda pela integração de todas as normas que o compõem.

O que se tem na espécie é, como anotado pelo procurador-geral da República, aplicação a um processo passado, realizado, acabado, aperfeiçoado, segundo as normas vigentes desde pelo menos um ano antes das eleições regramento que se constitui para situações a ocorrerem daqui para a frente.

Se nem certeza do passado o brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no Direito? Se nem ao menos a sua liberdade política, exercida pelo voto conferido há um ano, pode ser mudado por uma emenda constitucional, cujo texto não lhe foi dado previamente a conhecer e cujo contexto também não, de que segurança jurídica se estaria a cogitar verdadeiramente nesta nossa Pátria?

Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas tem também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam com o conforto da certeza das coisas). O que é, entretanto, pior e incomum, parece que é ter como regular ter-se a incerteza quanto ao passado.

A expressão normativa questionada põe em ênfase este dado: não seria dever do Estado, acatando a Constituição, que tem na segurança jurídica e no respeito incontornável e imodificável ao ato jurídico perfeito, garantir a certeza, pelo menos quanto ao passado e acabado, como é o processo eleitoral de 2008? E tanto foi devidamente respeitado, é o que indaga o eminente procurador-geral da República de modo bem fundamentado, pelo menos nesta análise inicial do processo.

Bem afirmava, com a mestria que lhe é costumeira, o Ministro Sepúlveda Pertence, que *"...tanto da regra geral do art. 16 da Constituição brasileira, quanto da norma do art. 45, § 1º, resulta a positivação constitucional do dogma ético-político, que impõe a definição antecedente das regras e do próprio objeto da disputa eleitoral: por isso, quando admissível, é certo que, de nenhuma modalidade de suprimento da lei complementar reclamada, poderia resultar aquilo que nem da edição dela pudesse advir, ou seja, a alteração do número total da Câmara dos Deputados e de sua distribuição pelas unidades federativas, enquanto circunscrições eleitorais, que não somente não se fizessem anterior ao pleito, mas que fosse posterior à sua realização"* (TSE – Recurso nº 9349, Ac. nº 12.066, julgado em 10.9.1991 – DJ de 6.3.1999).

14. De se anotar, ainda, que se for (ou se fosse) constitucionalmente possível – e há densa plausibilidade de não o ser – que alguém possa ser empossado vereador, ainda que não eleito segundo as regras vigentes no processo eleitoral, por cargo surgido posteriormente à eleição, poder-se-ia chegar, talvez, a duas outras incongruências da nova regra jurídica com os princípios básicos da Constituição: em primeiro lugar, não eleitos passariam a prover cargos de representantes do povo, em afronta ao que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição. Em segundo lugar, o constituinte reformador teria alterado, tacitamente, o modelo de composição e duração dos mandatos, pois a regra do inc. I do art. 29 da Constituição do Brasil estabelece que *"eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores, (é) para mandato de quatro anos, mediante pleito direto..."*.

Se uma emenda constitucional pode, validamente, alterar o quadro de vereadores, permitindo posse de novos membros daquelas Casas, no curso dos mandatos regularmente conquistados nas urnas, estar-se-ia criando mandatos com duração diferenciada em relação aos empossados no início da legislatura. Tanto significaria a possibilidade de se terem vereadores com mandatos de quatro anos e outros com mandatos inferiores. Com isso, as Câmaras Municipais

teriam vereadores com mandatos diferentes, iniciados em datas diferentes e, por isso mesmo, com direitos diferentes. E os eleitores sequer teriam se pronunciado sobre estes novos empossados.

A dúvida assim instalada seria bastante para que, até que se concluísse juridicamente sobre a sua validade, não se empossassem novos vereadores com base nas normas questionadas.

É que a eleição, então, teria sido não de representantes do povo, mas de representantes dos representantes do povo, como são os eminentes congressistas, que não detêm atribuições para afastar do cenário jurídico-político os princípios constitucionais imodificáveis, como o do processo político juridicamente perfeito, o do devido processo constitucional eleitoral, o da fonte única e soberana de representação popular pela atuação direta, universal e secreta do cidadão eleitor.

15. Acentuo que não consta, na Constituição da República, referência a suplente de vereador. Tanto se dá relativamente a deputados e a senadores.

Válida aquela figura também para a vereança, pela aplicação do princípio da simetria constitucional, não se há deixar de anotar que este Supremo Tribunal, ao analisar mandado de injunção impetrado por Michel Miguel Elias Temer, hoje digno presidente da Câmara dos Deputados, e em cujo processo se examinou a figura do suplente do deputado ou senador (art. 56, § 1º, da Constituição brasileira), decidiu que:

“MI nº 233 / DF – Distrito Federal.

Relator: Min. Moreira Alves.

Julgamento: 2.8.1990 Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Requerentes: Michel Miguel Elias Temer Lulia ou Michel Temer e outros.

Requerido : Congresso Nacional.

Ementa: Mandado de injunção. Aumento do número de deputados federais. Autoaplicabilidade do parágrafo 1. do art. 45, da Constituição. Exegese desse dispositivo e do parágrafo 2. do art. 4. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Hipótese de convocação de suplentes de deputados federais. Ilegitimidade ativa dos suplentes.

– O parágrafo 1. do art. 45 da Constituição Federal, como resulta claramente de seu próprio texto, não é autoaplicável. A interposição de mandado de injunção, que visa a compelir o Congresso Nacional a editar a lei complementar a que se refere esse dispositivo, não se concilia, por incoerência, com a afirmação de sua autoaplicabilidade, a depender apenas de atos executórios da Câmara dos Deputados.

– Por outro lado, quando o texto do parágrafo 1. do art. 45 da Constituição manda proceder, no ano anterior as eleições, aos reajustes necessários nos números de deputados fixados na lei complementar de que ela cuida, não permite a conclusão de que essa alteração inicial na composição da Câmara

dos Deputados atinja a legislatura em curso, com o preenchimento das vagas criadas, pela convocação de suplentes. Essa exegese, que emerge clara do texto do citado dispositivo, que só tem aplicação a eleições subsequentes a edição da lei complementar, e também confirmada pelo disposto no parágrafo 2. do art. 4. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a irredutibilidade do número atual de representantes das unidades federativas na Câmara Federal, na legislatura imediata.

– Nos termos do parágrafo 1. do art. 56 da Constituição Federal, *os suplentes de deputados federais, além das hipóteses de substituição temporária, nos casos de afastamento dos titulares para investidura em função compatível ou licença por mais de 120 dias, somente são convocados, para substituições definitivas, em vagas ocorrentes, e não para a hipótese de criação de mandatos por aumento da representação.*

– Ocorrência, portanto, de falta de *legitimatío ad causam* dos autores. Mandado de injunção não conhecido.”

Verifica-se, assim, que nem ao menos se pode ter como não conhecida a matéria de que cuidam os autos por este Supremo Tribunal, que dela cuidou, específica e expressamente, em 1990, instado como foi àquela ocasião pelo hoje eminente presidente da Câmara dos Deputados. Já são passados, pois, dezenove anos da publicação do resultado daquele julgamento, mas o caso é análogo e os princípios basilares que se discutem na presente ação não modificaram, apesar das tantas e quantas mudanças processadas no texto da Constituição.

Também por isso se avulta pelo menos a necessidade de ser a matéria objeto de discussão e decisão definitiva pelo colendo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

DA MEDIDA CAUTELAR E SEUS EFEITOS

16. A relevância dos fundamentos apresentados na petição inicial da presente ação pelo eminente procurador-geral da República e a plausibilidade jurídica dos argumentos nela expostos, acrescidos dos riscos inegáveis à legitimidade das composições das Câmaras Municipais, pelo ingresso de novos vereadores – cujas posses são algumas realizadas e outras muitas anunciadas e amplamente divulgadas –, impuseram-me o deferimento imediato da medida cautelar requerida, para resguardar eventuais direitos dos eleitores, das Câmaras Municipais, dos partidos políticos, o que não permitiu sequer alguns poucos dias mais de aguardo da decisão plenária direta da matéria por este Supremo Tribunal, em face exatamente das posses que se sucediam com considerável e preocupante volume, de modo que considerei imprescindível suspender, com efeitos *ex tunc*, o disposto no inc. I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58/2009 *ad referendum* deste Plenário.

Como alerta José Afonso da Silva, em seu *Manual* "... a posse do vereador no mandato gera várias consequências. Torna-o impedido ou incompatível com o exercício de certos cargos, empregos ou funções. Impõe-lhes certos deveres e obrigações. Mas, especialmente, confere-lhe direitos, atribuições, competências e prerrogativas" (Op. cit., p. 44).

E como as posses noticiadas, e sobre as quais faz referência expressa o eminente procurador-geral da República, inclusive em sua petição reiterando o pedido de apreciação imediata, podem acarretar início de atividades dos empossados, até mesmo com definição de nova infraestrutura física e humana (gabinetes, assessores, etc.) para os membros ingressos nas Câmaras Municipais, por força do disposto na regra questionada, entendi necessária a retroação dos efeitos suspensivos cautelarmente deferidos.

Faço-o com base em precedentes deste Supremo Tribunal, como, por exemplo, a ADIn nº 1899, na qual concluiu o relator, Ministro Carlos Velloso, monocraticamente, e *ad referendum* do Plenário, pela suspensão da norma questionada, com efeitos retroativos, *verbis*: "Tendo em vista a urgência da providência, *defiro, ad referendum da Corte, o pedido de medida cautelar, para suspender os efeitos do ato impugnado, atribuindo a esta decisão – forte no precedente da ADIn/DF nº 1.898, relator o Ministro Octavio Gallotti – e para preservar-lhe a utilidade, eficácia retroativa, em relação aos pagamentos ou depósitos efetuados em favor dos destinatários da decisão em causa*" (DJ 21.10.1998).

No mesmo sentido, a ADIn nº 1.898, relator o Ministro Octavio Gallotti (DJ 30.4.2004).

17. Pelo exposto, em face da urgência qualificada e dos riscos objetivamente comprovados de efeitos de desfazimento dificultoso, proponho aos eminentes pares seja referendada a medida cautelar que deferi nos termos e pelos fundamentos apresentados e aqui reiterados, com efeitos *ex tunc* (art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), sustando-se os efeitos do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009 até o julgamento final da presente ação.

Tudo para garantir o respeito à Constituição brasileira e, em especial, para se assegurar o respeito ao cidadão eleitor, à sua decisão e ao seu direito de saber das regras do jogo democrático antes do seu início e da certeza do seu resultado. Sem isso não há garantia da Constituição. E sem respeito à Constituição, não há Democracia.

¹Nesta última, observou o Ministro Celso de Mello, relator, que "em face das razões expostas, *defiro, ad referendum* do e. Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/1999, art. 10, *caput*, c.c o art. 21, V, do RISTF), o pedido de medida liminar para, até final julgamento desta ação direta, suspender, cautelarmente, a eficácia da Emenda Constitucional nº 40, de 2.2.2009, promulgada pela Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro...".

Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, cumprimento a ilustre ministra relatora, Cármen Lúcia, pelo brilhante voto proferido, pela presteza na prestação jurisdicional ao analisar o pedido cautelar que, no meu entender, realmente se impunha na espécie. Também cumprimento as exposições feitas, tanto pela vice-procuradora-geral da República quanto pelos Senhores Advogados. Agradeço as manifestações dirigidas a minha pessoa e também subscrevo as palavras iniciais da ilustre relatora em relação às observações que fez sobre uma das sustentações orais. Subscrevo as observações de Sua Excelência.

No caso concreto, na ação direta que estamos aqui a julgar, devo dizer, Senhor Presidente, que o juiz vota com a razão, não com o coração. O meu coração pode estar com os suplentes de vereadores, mas a minha razão está com a Constituição. E a Constituição – temos lá, como colocado no voto da eminente relatora –, no art. 60, § 4º, especialmente o inciso II, diz:

“Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: II – o voto direto, secreto, universal e periódico.”

No art. 14, *caput*, da Constituição, temos a soberania popular. E a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, pelo voto.

E no art. 1º, também como colocado pela eminente relatora e destacado, quando diz dos princípios da República Federativa do Brasil, o primeiro fundamento é exatamente “a soberania”.

No momento em que o eleitor se dirigiu às urnas para votar nos vereadores, havia um número específico, um número de cadeiras que ele ia preencher. É evidente que o eleitor, ao votar, faz conta, calcula, verifica: vou deixar de votar nesse vereador que seria o meu candidato do coração porque as cadeiras são limitadas; então eu vou votar naquele outro vereador, naquele outro candidato, melhor dizendo.

A liberdade de voto exercida em outubro de 2008 foi pautada por esse critério, pelo eleitor ao exercer a sua soberania do voto, ao exercer a sua liberdade. Aqui agrego a questão da liberdade do voto. Talvez se soubesse o eleitor, em 2008, que o número de cadeiras fosse outro, ele poderia ter votado em outro candidato.

Quem não se lembra da sublegenda, eleições de 1978 para prefeitos e senadores e de 1982? Naquelas eleições, por exemplo, um partido poderia lançar três candidatos a prefeito e um outro partido lançar um único candidato. Se aquele único candidato fosse o mais votado, mas perdesse na somatória para a soma das sublegendas do outro partido, acabava assumindo um prefeito eleito com menos voto. O eleitor, quando ia à urna, naquele momento – e aqui eu não

estou a fazer um juízo de valor sobre o sistema, estou a exemplificar – ele sabia que podia votar naquele candidato que, talvez, na sublegenda, fosse o terceiro colocado, mas que ele estaria agregando votos a um dado partido.

Eram as regras do jogo. Nós, eleitores, ao exercermos a liberdade de voto, e todos nós o fizemos em outubro de 2008, tínhamos em conta, em nossa cidade, no local que votamos, o número de cadeiras, e tendo em conta esse número de cadeiras, fizemos a nossa opção política neste ou naquele candidato a vereador, neste ou naquele partido. Posteriormente a isso, ao se elastecer o número de cadeiras, entendo que estamos afrontando a liberdade de voto exercida preteritamente.

Nesse sentido, Senhor Presidente, entendo também que com todo o respeito que se deve ao Congresso Nacional, mas exatamente por guarda da Constituição que nos cabe, nos impõe, da mesma forma como procedeu a eminente relatora, tanto ao deliberar liminar e solitariamente, quanto agora ao propor o referendo de sua liminar, aplicarmos a suspensão do dispositivo em razão do *fumus boni iuris* que vejo presente, assim como o *periculum in mora* para o caso – *periculum in mora* esse apontado até da tribuna, embora colocado de uma maneira mais singela –, mas o *periculum in mora* presente até pela situação que se encontrava e que foi trazida aqui como fato real de discussões que estavam havendo: juízes deferindo posse e diplomação, juízes indeferindo; Câmaras Municipais dando posse, Câmaras Municipais não dando posse. O *periculum in mora* está presente e entendo que o fundamento do bom direito está presente nos dispositivos constitucionais por mim já citados. Ademais, foram todos eles trazidos e colocados de maneira mais brilhante e mais profunda no voto da eminente relatora.

Acompanho Sua Excelência, Senhor Presidente.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: presidente, inicio cumprimentando a eminente Ministra Cármen Lúcia pelo brilhante voto que proferiu. Peço vênia para, inicialmente, também, ferir uma questão levantada da tribuna, à guisa de preliminar, que diz respeito à amplitude do exame feito pelo Supremo Tribunal Federal no tocante às emendas constitucionais.

Essa matéria é recorrente neste Plenário, mas num passado relativamente recente, a meu ver, essa questão foi definitivamente resolvida, na ADI nº 3.685, em que se questionava a Emenda Constitucional nº 52, ocasião em que o Plenário decidiu que o fim abrupto da verticalização feria um princípio basilar da Constituição.

Então o Plenário desta Corte, num certo sentido, sufragou a tese do famoso jurista alemão Otto Bachoff, segundo o qual existiriam normas constitucionais inconstitucionais, porque seriam incompatíveis com o arcabouço principiológico da Carta Magna.

No caso sob análise, se aceitarmos que a Emenda Constitucional nº 58, que altera a composição da Câmara dos Vereadores, tem vigência e eficácia imediata, nós estaríamos admitindo que o próprio equilíbrio de forças políticas no âmbito dos municípios, que resultou da aplicação das normas eleitorais vigentes à época do pleito de 2008, poderia ser alterado.

Quer dizer, nós estaríamos então atentando frontalmente, a meu juízo, contra o princípio não só da anualidade, que está insculpido no art. 16 da Carta magna, mas também – como disse muito bem a eminente relatora – estaríamos vulnerando o devido processo eleitoral.

De outra parte entendo – na esteira das observações dos colegas – que haveria lesão ao princípio basilar da segurança e da certeza que não admite mudanças bruscas no *status quo* político-institucional, sob pena de subversão da ordem jurídica sobre a qual se assenta o Estado de direito – o *Rechtsstaat*.

Por fim, esse foi o aspecto levantado não apenas pela eminente relatora, mas pelo colega Dias Toffoli e também pela subprocuradora da República, que a própria soberania popular restaria vulnerada, na medida em que algumas pessoas, ou seja, os suplentes lograriam exercer o mandato de vereador sem que tenham sido eleitos no pleito em que participaram como candidatos.

Isso me parece ser um argumento bastante contundente, absolutamente incompatível com a ordem democrática, como frisou a eminente relatora, razões pelas quais acompanho o voto para referendar a cautelar, nos moldes propostos pela eminente relatora.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Senhor Presidente, peço vênica para divergir.

Não vejo, no caso, violação ao processo eleitoral e/ou ao princípio da segurança jurídica. Eu não me permitiria interpretar a Constituição, e nem mesmo a emenda constitucional, à luz da lei ordinária.

Lembro-me, aqui e agora, da ADI nº 3.104, em que se afirmou que não há direito adquirido contra emenda constitucional que não afronte o art. 16. No meu entender aqui não há afronta ao art. 16, cujo âmbito é mais restrito. Mas, com relação à aplicação imediata da regra nova, lembrarei exatamente a ADI nº 3.685, que o Ministro Lewandowski há pouco mencionou, e a ADI nº 3.741.

Com relação a outras atividades, foram mencionadas da tribuna, em belas sustentações, sucessivamente as emendas constitucionais nºs 47, 52, 55.

Peço vênica para divergir e não referendar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, também saúdo a digna vice-procuradora-geral – já se ausentou, mas agora está o próprio

procurador-geral da República – pela bela sustentação oral e os advogados que ocuparam a tribuna e fizeram com muito brilho.

A ministra relatora me citou quanto ao envio do Ofício Circular nº 4.383, – eu, como presidente do Tribunal Superior Eleitoral – dirigido aos presidentes dos tribunais regionais eleitorais. E, de fato, enviei esse ofício porque eu estava preocupado, estava a antever o que começa a se desenhar aqui e já se desenha nesta sessão Plenária.

Eu lembrava aos presidentes de TREs que, quando do início da tramitação da emenda constitucional da PEC, que veio a se transformar nessa Emenda nº 58, o Deputado Gonzaga Patriota fez uma consulta formal ao TSE sobre a constitucionalidade da Emenda, mais especificamente sobre a eficácia imediata da emenda que alterava o número de cadeira de vereadores. O Tribunal, formalmente, e por voto unânime, respondeu a consulta nos seguintes termos:

O relator foi o Ministro Delgado, mas a decisão foi unânime. Dela participaram três ministros daqui, do Supremo Tribunal Federal: Ministros Peluso, Carlos Britto e Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Se Vossa Excelência informa...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Vossa Excelência estava na presidência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Estava na presidência?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: E assinou a resolução como presidente, a consulta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Que resolução foi?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Foi a Consulta nº 1.421. E a resposta foi a seguinte:

“Consulta. Emenda constitucional que regulamenta número de vereadores. Aplicação imediata desde que publicada antes do fim do prazo das correspondentes convenções partidárias.”

Ou seja, desde que publicada até o dia 30 de junho do ano da eleição, sabido que as convenções partidárias se dão entre 10 de junho e 30 do mesmo mês do ano da eleição.

“1. Consignou-se no voto que: ‘(...) a alteração do número de vereadores por emenda constitucional tem aplicação imediata, não se sujeitando ao prazo de

um ano previsto no art. 16 da Constituição Federal. Esse dispositivo está dirigido à legislação eleitoral em si, ou seja, àquela baixada pela União no âmbito da competência que lhe é assegurada constitucionalmente ... (RMS nº 2.062/RS, relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* 22.10.1993).’ (fl. 7).

2. Ressaltou-se que: ‘todavia, a data-limite para a aplicação da emenda em comento para as próximas eleições municipais deve preceder o início do processo eleitoral, ou seja, o prazo final de realização das convenções partidárias.’ (fls. 7-8).’

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Indicamos que a Emenda teria que estar vigente, portanto, na data da convenção.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: E tem lógica porque, se tal ocorresse...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Menos mal, porque já estava me imaginando a adentrar o campo da apostasia, ou seja, do repúdio ao entendimento inicialmente adotado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Muito bem. E tinha lógica, como tem lógica esse tipo de entendimento, porque, se a alteração do número de cadeiras parlamentares por emenda se dá a tempo de sua submissão à deliberação das convenções partidárias, o devido processo legal está sendo observado: os convencionais já sabem o número de cadeiras a prover; eles se manifestam formalmente indicando os candidatos, possibilitando aos partidos o registro das respectivas candidaturas, para, na eleição imediata – isso é em junho, e a eleição é em outubro –, o eleitorado já votar nos candidatos cujos registros foram deferidos e cujos nomes foram aprovados em convenção, em uma relação aberta de pleno conhecimento das coisas. Os eleitores – disse o Ministro Toffoli – já sabem, por antecipação, o número de cadeiras a prover, a preencher.

Com isso, também se respeita o princípio da soberania popular, que está inscrito às expressas no inciso I do art. 1º da Constituição, ali altaneiramente posto como fundamento da República e explicitado – o princípio da soberania popular – no § 1º do art. 1º, mediante a altissonante regra de que:

“Art. 1º

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ora, só há uma forma de investidura legítima nos cargos de representação popular, nos cargos, sobretudo dos parlamentares: é pelo voto mediante a audiência do eleitorado. Fora disso, não há legitimidade na investidura, tirante aqueles casos de chamamento dos suplentes por efeito de uma classificação

que se faz nos termos do Código Eleitoral e de acordo com os diplomas que são expedidos pela Justiça Eleitoral também.

Pensar diferente é fazer da emenda um substitutivo, um sucedâneo da urna; é conferir à emenda à Constituição a dignidade de voto, de voz do eleitor. E nós sabemos que só quem tem voto é o eleitor, nos termos do art. 14 da Constituição, porque o voto direto, secreto, o voto popular em eleição geral é expressional exatamente da soberania popular. O vínculo entre soberania popular e voto está explicitado no art. 14 da Constituição:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo ... voto direto e secreto, ..., e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular”.

Se emenda puder conferir mandato, nós teremos um caso bizarro, esdrúxulo de eleição por ato legislativo; uma eleição *per saltum* que contorna a urna, que passa ao largo do voto, para investir suplentes em cargos de representação popular. Não há como produzir os quadros de representação popular, legitimamente, senão pelo voto direto, secreto, que é cláusula pétrea – não pode ser afastado por nenhum modo; cláusula pétrea: art. 60, § 4º, inciso II: “o voto direto, secreto, universal e periódico.”

Então, a resposta do TSE, na verdade, àquela consulta, homenageou, a um só tempo, o devido processo eleitoral e o princípio da soberania popular.

Quando da discussão do RE de Mira Estrela, o Ministro Gilmar Mendes, a propósito do art. 16 da Constituição, cujo objetivo é estabelecer um estado de fixidez, de estabilidade das relações eleitorais, fez um vínculo direto do art. 16 com o sumo princípio da segurança jurídica, e o fez muito bem, porque a segurança jurídica chega a ser um elemento conceitual do próprio estado de direito. E, graças sobretudo à intervenção do Ministro Gilmar Mendes, não se deu a alteração, naquele ano, das cadeiras parlamentares. Não se deu; se respeitou. A mesma coisa. No caso dessa Emenda nº 58, ela chegou tarde, ela chegou com as convenções partidárias realizadas. Mais do que isso: com a eleição sacramentada, com um número de vereadores já definido: quem foi eleito e quem ficou na suplência.

Eu tive oportunidade de dizer que não se pode confundir suplente de vereador com vereador suplente, porque só há vereador titular. Não há deputado suplente, não há senador suplente; há suplente de senador, há suplente de deputado, há suplente de vereador. E a Ministra Cármen Lúcia citou muito bem.

O art. 215 do Código Eleitoral diz: “Os candidatos eleitos” – uma categoria –, “assim como os suplentes” – outra categoria dos que não foram eleitos; foram diplomados por efeito de uma classificação que vai possibilitar uma ordem de

substituição e uma ordem de sucessão, conforme a natureza da vacância, a se dar, claro, posteriormente.

Então, não existe, senão suplente de vereador, jamais vereador suplente. E não é por efeito de uma emenda que se transforma quem não foi eleito num candidato eleito, *per saltum*, portanto, e por desvio da urna, por desvio do voto popular.

De sorte que, Senhor Presidente, com essas palavras, até demasiadamente alongadas, conluo, apenas fazendo uma distinção entre uma nova interpretação que nós demos aqui, no “Caso Mira Estrela”, à Constituição, e uma norma jurídica nova. Agora, já é a proposta do art. 16.

A Constituição proíbe que um ano antes da eleição se introduza no sistema jurídico uma norma jurídica nova, mas os tribunais não estão proibidos de fazer, até as vésperas da eleição, uma interpretação jurídica nova de velho dispositivo. Porque um dos eminentes advogados perguntou: “Se, por efeito de interpretação, as coisas podem ser alteradas, por que não por efeito de emenda?”. Mas são categorias jurídicas absolutamente distintas.

Introduzir no sistema jurídico uma normatividade nova, inédita, é uma coisa. Agora, reinterpretar o sistema jurídico a partir de cânones de compreensão do sistema jurídico novos é outra coisa – e passível de acontecer a qualquer momento. E não se pode dizer que o sistema jurídico experimentou inovação; experimentou, sim, uma nova concreção, uma nova densificação.

Então, com essas palavras, acompanho a eminente relatora e peço vênia ao Ministro Eros Grau, que pensa diferentemente.

Voto

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO; Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Eros Grau e agradecer ao Ministro Carlos Britto por ter feito referência a uma consulta da qual eu participei. Eu já não me lembrava que tinha razão desde aquele tempo.

Senhor Presidente, tenho longo voto declarado na ADI nº 3.685, em que examinei o art. 16, dentro do caso das coligações partidárias, à luz da cláusula do devido processo legal. Mas neste caso aqui, Senhor Presidente, gostaria de examinar sob outro ângulo.

Na verdade, o que se tem aqui – e em resumo – é uma norma casuística, porque tende a alterar o resultado de um processo eleitoral já exaurido.

Quando a Constituição, a lei e os autores se referem a processo eleitoral, evidentissimamente eles não estão aludindo ao significado mesquinho e tacanho daquela etapa de regulamentação, de como se vota etc.

O processo eleitoral é aquele que se inicia na convenção, com a escolha dos candidatos. e termina com a posse dos eleitos. Tudo isso compõe o processo eleitoral.

Ora, se uma emenda pudesse alterar esse processo eleitoral já exaurido, nós poderíamos bem aventar a hipótese de que – salvas as ofensas a outros direitos constitucionais – Emenda poderia negar mandato a quem tenha sido eleito sob regime jurídico predefinido pela legislação anterior. O princípio é o mesmo, isto é, o que se altera, na verdade, é o resultado de um processo eleitoral esgotado.

Pensava eu aqui e, quando o Ministro Carlos Britto fez referência à função prática dessa emenda, tinha toda a razão, porque, na verdade, não se trata de vereadores que tenham sido eleitos pelo povo, segundo a Constituição determina, mas teriam sido eleitos por uma emenda constitucional. Já nisso teriam sido ofendidos alguns direitos fundamentais, sobretudo dos cidadãos, sem falar nos direitos dos próprios partidos políticos, porque também os partidos políticos definem os seus candidatos em função do quadro desenhado pela legislação vigente. Se um partido político sabe que haveria mais vagas do que aquelas previstas na legislação, provavelmente escolheria outros candidatos para aquela conjuntura.

Um dos ilustres advogados que assumiu a tribuna suscitou também a hipótese de que, neste caso, teríamos vagas sem titulares. Não há vagas, havê-las-á na próxima eleição. Por ora não há vaga alguma, havê-las-á na próxima eleição.

Mas eu queria retomar aqui brevemente, Senhor Presidente, a interpretação do art. 16. É que ele evidentemente confere uma garantia. A favor de quem? Dos partidos políticos, dos membros dos partidos políticos, mas também dos eleitores. Qual é o seu objeto? O objeto dessa garantia é assegurar a estabilidade de todo o processo das eleições, e cuja racionalidade, como este Tribunal já se cansou de dizer, está em evitar normas casuísticas e abusos normativos que deformariam todo o processo eleitoral. E qual é a origem ou instrumento dessa estabilidade? É a inalterabilidade das regras jurídicas vigentes ao início do processo das eleições.

Tal regra, ou tais regras, abrangem evidentemente a predefinição das vagas e do correspondente número dos eleitos, e isto por duas razões: primeiro, porque são o objeto último do processo de eleição. O processo de eleição visa à quê? Ao preenchimento do quadro de vagas, de mandatos, mediante eleição apenas dos mandatários correlatos ou correspondentes – nem mais, nem menos. Em segundo lugar, porque essa correspondência – isso aqui me parece fundamental – constitui a garantia de respeito à vontade objetiva dos eleitores. Eu não me refiro aqui apenas à vontade subjetiva, cuja predeterminação tem ingredientes como aqueles já aventados pelo eminente Ministro Dias Toffoli, pois muitos eleitores tomam sua decisão também pelo número de vagas existentes, mas me refiro ao sentido objetivo, à intencionalidade da vontade popular, expressa no voto, que traz implícito o quê? A intenção de eleição daqueles mandatários correspondente ao número de vagas existentes naquele momento. Qualquer alteração posterior a este respeito viola esse direito fundamental do cidadão, essa vontade objetiva, expressa no voto, e, por isso mesmo, cai na censura do art. 60, § 4º, IV.

Essas são as razões por que – sobretudo por estarmos em sede de medida liminar – acompanho integralmente o voto da ministra relatora e louvo, pela sua profundidade e alcance, todos os votos anteriores, pedindo vênias ao Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, tranquilizou-me o Ministro Carlos Ayres Britto considerada a coerência no que, após apontar que teria subscreto – e o fiz como presidente do Tribunal Superior Eleitoral – a Res. nº 22.556, esclareceu certo item da resposta à consulta. E um item importantíssimo no qual o colegiado, a uma só voz, deixou bem clara, todavia, a data limite para aplicação da emenda em comento para as eleições municipais, devendo preceder o início do processo eleitoral, ou seja, o prazo final de realização das convenções partidárias.

Presidente, a modificação da Carta da República se mostra substancial. Antes havia – em termos de opção dada aos municípios – três patamares de fixação do número de vereadores nas Casas Legislativas. Esses patamares revelavam não apenas o teto – e quem sabe o céu –, mas também um piso.

Hoje, com a emenda, passamos a ter vinte e quatro gradações, apenas se apontando o limite máximo, passível de ser alcançado, presente o número de habitantes de cada município.

Presidente, começo por fazer justiça aos nossos congressistas. Não imagino que hajam abandonado as noções primárias relativas ao conflito de normas no tempo.

A razão de ser do inciso I do art. 2º da Emenda Constitucional que, segundo os veículos de comunicação, poderá acarretar um aumento de sete mil cadeiras...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sete mil e setecentos, em torno disso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: ... nas Câmaras de Vereadores decorreu do início da tramitação da proposta de Emenda Constitucional. Se aprovada em tempo não muito longo – para não cogitar de razoável, porque então haveria a crítica –, talvez pudesse ter a observância ainda nas eleições de 2008. Mas a emenda é de 23 de setembro de 2009. Vale dizer que pegou uma legislatura em pleno curso.

Realmente, a emenda não é diploma eleitoral, mas repercute no processo eleitoral. Isso está expresso, em bom vernáculo, no inciso I do art. 1º, no que se consignou que o disposto nesse preceito teria aplicação a partir do processo eleitoral de 2008. O inciso II revela que os efeitos financeiros aludidos no art. 2º teriam vigência em 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação, imaginando-se aperfeiçoada ainda em tempo de refletir nas eleições de 2008. É claro que os eleitos em 2008 somente entraram em exercício na sessão legislativa

de 2009. Não se trata, repito, de um diploma de natureza eleitoral, mas com repercussão, sem dúvida alguma, no processo eleitoral.

Presidente, o que ocorre no processo eleitoral? Como são indicados os candidatos presentes os partidos? São indicados considerado um certo número, e esse número por partido pode alcançar até cento e cinquenta por cento das cadeiras a serem preenchidas. Então se fez a eleição. A rigor, se caminhássemos para o abandono da relevância do pedido formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade, estaríamos a consagrar a assunção de cadeiras por vereadores que não disputaram a eleição com outros candidatos. Automaticamente estariam colocados nessas cadeiras, em posição um tanto quanto cômoda, e seriam tidos, numa ficção jurídica extravagante, como eleitos sem – repito – terem-nas disputado, porque inexistentes em 2008. Eles foram realmente diplomados suplentes, consideradas as cadeiras existentes à época e os titulares dessas mesmas cadeiras, e não cadeiras futuras. Não é como um concurso público em que os aprovados, no prazo de vigência, aguardam o surgimento de vagas.

Presentes esses aspectos, não tenho como entender ausente a relevância dos pedidos formulados. Estou consciente de que não me vinculo às causas de pedir da inicial, mas aos pedidos formulados – já que são duas ações diretas de inconstitucionalidade – pelos requerentes.

Acompanho a relatora, referendando a liminar de Sua Excelência, liminar implementada em situação emergencial que não poderia aguardar, até mesmo diante do acúmulo dos processos aguardando pregão no Plenário, o exame direto do Colegiado.

É como voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Vossa Excelência referenda também, e, na outra, concede a liminar? Porque, na do Conselho Federal, nós estamos concedendo, e referendando só a do procurador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Tem-se, nesses casos, segundo a nossa jurisprudência, assentado que o pedido de medida acauteladora na segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade fica prejudicado com o deferimento na primeira, mas, se o Tribunal quiser calcar mais na forma e considerar deferida na segunda, eu me pronunciarei do modo que entender conveniente.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do art. 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008.)

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Chamava-se, ainda hoje chama, de eletividade, como elemento conceitual da República.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), há diferença entre vigência da emenda constitucional e aplicação. São coisas distintas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), em última análise, nas eleições de 2008 os suplentes de hoje não foram votados para essas cadeiras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Elas não existiam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: E as ocupariam sem a disputa, como disse no voto. Não foram votados para essas cadeiras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e ter também o Ministro Cezar Peluso ressaltado que em jogo se faz direito do cidadão inerente à cidadania, que é contar com o leque de candidatos para as cadeiras que devam ser realmente preenchidas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Por outro lado é evidente que essa alteração, *a posteriori*, causa também, notoriamente, uma insegurança jurídica, podendo afetar até, talvez, de alguma forma – não sei como a emenda poderia ser aplicada –, o resultado da própria eleição.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Quem já foi eleito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Dos partidos políticos, das próprias Câmaras, dos eleitos, de todo o mundo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: O pressuposto é exatamente que eles não foram eleitos. Por isso veio a emenda: para nomear sem eleição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, veja que a Lei nº 9.504...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): E aí recria o órgão Câmara Municipal, que já não é mais composta com esses membros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Celso de Mello, seria uma eleição normativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), agora, veja Vossa Excelência: a

Lei nº 9.504/1997, no art. 10, delimita o número de candidatos que podem ser apresentados para registro pelo número das cadeiras a serem preenchidas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Em função das cadeiras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Até 150% das cadeiras. Os eleitores não tiveram diante de si os candidatos que poderiam ter para, então, operarem a escolha.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Na verdade, Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, aqui não se teria nem eleição para cadeiras criadas posteriormente. Na verdade o que se teria, no âmbito do direito, seria nomeação dos que proverão os cargos agora criados. Isso não é eleição, não houve escolha, o eleitor não escolheu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: De quem eles seriam suplentes, quanto a essas cadeiras, se elas não foram preenchidas? De quem seriam suplentes?

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do art. 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008.)

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, também peço vênias ao eminente Ministro Eros Grau para acompanhar o voto aqui proferido pela Ministra Cármen Lúcia e, depois, pelos demais ministros que a seguiram.

Tenho voto escrito, com base no pronunciamento que fiz quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685, na questão da verticalização. Repasso toda essa questão sobre a teoria da norma inconstitucional com base na doutrina alemã e ressalto, também, que o próprio art. 16 – nós o fizemos à época, no julgamento da referida ADI, do chamado “Caso da desverticalização” – contém elementos mínimos de segurança jurídica que balizam o processo eleitoral. Embora se tenha afirmado que o referido art. 16 poderia não ter aplicação, aqui, em toda a extensão, porque não se tratava propriamente do processo eleitoral, isto seria possível desde que tivesse havido aprovação da emenda antes da convenção. O fato é que nós temos elementos mínimos daquilo que inicialmente o Ministro Sepúlveda Pertence chamou de “devido processo legal eleitoral”, e esse princípio há de ser respeitado. Mas haveria também outros elementos, já aqui mencionados, quanto ao direito do voto.

O próprio Ministro Celso de Mello, agora, traz outra consideração quanto ao princípio republicano que, hoje, não há nenhuma dúvida, integra também este rol como cláusula implícita.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se de limitação implícita ao poder de reforma constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim, é uma limitação implícita, imanente do próprio sistema e que se impõe também aos estados-membros e municípios. De modo que eu não tenho nenhuma dúvida em relação a isso.

Da tribuna, o eminente advogado Paulo Machado e outros advogados tocaram em pontos extremamente importantes. Creio que nós tivemos, inclusive graças à atuação dos advogados, hoje, uma sessão marcante, uma sessão histórica. Levantaram-se diversas observações importantes, como, por exemplo, ao se dizer que o texto constitucional veda emendas tendentes a abolir determinados princípios. E talvez da premissa de que partiram os arguentes, neste caso, resultaria uma tese positiva para eles de que, se a emenda é tendente a abolir, não haveria que se fazer restrição porque, no caso específico, esta faria apenas uma reserva tópica ou um recorte situado e específico, mas aí me parece que há um engano.

Creio que já tivemos a oportunidade – o Brasil é pioneiro nisso –, de nos debruçarmos sobre o tema. Como disse já o Ministro Ricardo Lewandowski, essa doutrina remonta a vários trabalhos do Direito alemão, a partir da reflexão dos últimos tempos, a partir dos anos cinquenta, de *Bahoff*. Há muitos doutrinadores e também não são poucas as cortes constitucionais que se debruçam sobre o tema numa perspectiva teórica; mas são poucas as cortes que, de fato, logram efetivar esse tipo de controle. E essa é uma singularidade do nosso modelo.

Mas ficando na expressão “tendente a abolir”. Tal expressão não significa que nós podemos conviver com uma alteração tópica que não suprime, que não é supressiva. A doutrina que dimana do texto constitucional é que nós não devemos aceitar qualquer proposta que leve à erosão do sistema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Nem a que tente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: À dessubstanciação do sistema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): À dessubstanciação. Portanto, trata-se de uma medida prévia. É disso que se cuida aqui. Quer dizer, se se identificar um processo erosivo que vá debilitar esse princípio, já deve a Corte antecipar.

É isso que dimana da doutrina que nós estamos a desenvolver, e com base na própria expressão que decorre do texto constitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Que aplicamos, não é presidente? Eu até não li, eu saltei umas partes do meu voto, porque o que foi posto na tribuna o foi também em alguns memoriais. Só que eu disse que neste caso aboliria, não era só uma tendência, uma vez que já aconteceu a eleição e já aconteceu a manifestação da vontade do eleitor. Portanto não haveria. Mas, de todo jeito, eu até levantei exatamente por causa dessa questão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: O tendente aí é, na versão popular, onde há fumaça, há fogo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Então, se há uma fumaça, pode vir o fogo depois.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: O tendente é que tem inclinação, vocação, potencialidade para corroer a substância, como Vossa Excelência está dizendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Exatamente. É isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): É uma peculiaridade brasileira mesmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Quer dizer, se se identificar um processo que vai levar de fato, ou que pode levar a abolir, pode ser o início de um processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não precisa nem abolir, basta quebrantar a força.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É, quebrantar a força, a eficácia do sistema protetivo, isso já significa uma emenda, ou um projeto de emenda, inconstitucional. Tanto é que o Tribunal não admite, em termos dogmáticos, até mesmo em mandado de segurança, o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de emenda constitucional, tendo exatamente esse argumento.

Eu me lembro do Ministro Moreira Alves.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Presidente, isso foi objeto de questionamento aqui, no caso de uma proposta de plebiscito, parece-me que feito para perguntar ao povo se aceitaria ou não pena de morte. Aquele senador do Rio, lembra? Eu me esqueci agora do nome.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Plebiscito para realizar a pena de morte. Amaral Neto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Amaral Neto. E quando ele propôs isso lá, sugeriu-se que impetrasse um mandado de segurança – parece que a então deputada Sandra Starling – no Supremo, dizendo que o texto do § 4º do art. 60 é:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:”

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não, de tramitação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Não, o texto constitucional é:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:”

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Basta que tenha tendência, inclinação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): A meu ver, é este o texto:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:”

Por isso alguns deputados entraram aqui, porque eles disseram: Nós, deputados, não podemos sequer deliberar sobre algo que tende a abolir.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): É isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): E houve um mandado de segurança aqui da então Deputada Sandra Starling, exatamente na linha de Vossa Excelência. Este é um caso que nós já estudamos na doutrina, exatamente por conta disso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Presidente, eu acho até que nós podíamos descobrir essa inconstitucionalidade a despeito do 16 e a despeito do 60, § 4º.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ele já seria inconstitucional por outros motivos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): Por isso arrolei tantos princípios.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Assim como a Câmara, assim como o Congresso pretendeu nomear os chamados suplentes, podia ter nomeado os varões mais antigos. Aconteceria a mesma coisa: nessas vagas criadas ficam eleitos fulanos de tal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): É, por isso eu disse que não houve eleição, haveria nomeação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Até porque, se se fosse adotar realmente o critério, o resultado poderia ser outro, o critério do número de vagas previamente definido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (relatora): E na nomeação o critério é sobre aqueles que tinham se candidatado e não tinham sido eleitos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): E essa preocupação é importante, porque quando esse debate se colocou, por exemplo, em 1969, na Alemanha, quando se fez uma emenda constitucional para permitir a escuta telefônica – era o combate ao terrorismo –, se disse, então, que, para esses casos, não haveria controle judicial, mas um controle parlamentar – houve uma polêmica enorme e essa matéria chegou à Corte constitucional. E a Corte, então, fez uma interpretação conforme, porque não queria fazer a declaração de inconstitucionalidade. Durig, que é um clássico do Direito constitucional alemão, escreveu vários livros dizendo que essa foi uma das decisões mais equivocadas proferidas pela Corte constitucional alemã. Era uma decisão realmente inconstitucional. E depois outros autores passaram a dizer que – por isso é importante – não se pode fazer uma interpretação conforme de um texto que já está inserido no texto constitucional, porque, de alguma forma, ele terá um efeito irradiador negativo. Por isso é fundamental que ela seja extirpada do ordenamento jurídico. Seria mais um argumento. É só para que a gente realmente pense.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Interessante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Interpretação conforme quando a norma é ambígua e permite conclusão em dois sentidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim. Ambígua. E, nesse caso, ela acaba tendo um efeito deletério porque ela acaba instilando no texto esse elemento de erosão ou de degradação.

Por isso, fazendo essas brevíssimas considerações, quero também acompanhar e saudar o magnífico voto proferido pela eminente Ministra Cármen Lúcia.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do art. 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008.)

EXTRATO DA ATA

Procedimento: Distrito Federal.

Relatora: Ministra Cármen Lúcia.

Requerente: Procurador-geral da República.

Requerido: Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar concedida, com eficácia *ex tunc*, nos termos do voto da relatora, vencido o Senhor Ministro Eros Grau. Votou o presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, vice-procuradora-geral da República; pelo requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (ADI nº 4.310), o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Luiz Fernando Bandeira de Mello, advogado-geral do Senado; pelos *amici curiae*, Partido Trabalhista Cristão (PTC), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Associação Brasileira de Câmaras Municipais (Abracam) e Partido Humanista da Solidariedade (PHS), respectivamente, o Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, o Dr. Paulo Machado Guimarães, o Dr. Rogério Avelar e o Dr. Clóvis Corrêa. Plenário, 11.11.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, vice-procuradora-geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.



Índice de Assuntos

A

Abuso de poder. Captação ilícita de sufrágio. Cartão magnético (Urna eletrônica). Ac. no RO nº 1.529, de 15.12.2009, *JTSE 1/2010/21*

Ação de impugnação de mandato eletivo. Segredo de justiça (Processo). Julgamento (Sessão pública). Res. nº 23.210, de 11.2.2010, *JTSE 1/2010/89*

Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). **Ação de investigação judicial eleitoral (Efeito).** Inelegibilidade (Suplente). Diploma eleitoral (Pedido de anulação). Recurso contra expedição de diploma (Cabimento). Ac. no RO nº 2.367, de 2.2.2010, *JTSE 1/2010/55*

Ação de investigação judicial eleitoral (Efeito). Inelegibilidade (Suplente). Diploma eleitoral (Pedido de anulação). Recurso contra expedição de diploma (Cabimento). Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). Ac. no RO nº 2.367, de 2.2.2010, *JTSE 1/2010/55*

Ação penal pública (Pendência). Improbidade administrativa (Ação pendente). Lei complementar (Exigência). **Inelegibilidade.** Vida progressa. Ac. no ADPF-STF nº 144, de 6.8.2008, *JTSE 1/2010/95*

Alimentação (Distribuição gratuita em evento). Candidato (Participação). Voto (Pedido). **Captação ilícita de sufrágio.** Ac. no RCED nº 761, de 18.2.2010, *JTSE 1/2010/15*

Ato ilícito. Constituição Federal, art. 55 (Inaplicação). **Mandado eletivo (Perda).** Infidelidade partidária. Ac. nos ED-RO nº 1.761, de 19.11.2009, *JTSE 1/2010/48*

C

Câmara Municipal (Composição). Suplente (Posse). **Emenda Constitucional nº 58/2009 (Efeito ex tunc).** Ac. no ADIMCSTF nº 4.307, de 11.11.2009, *JTSE 1/2010/285*

Candidato (Participação). Voto (Pedido). **Captação ilícita de sufrágio.** Alimentação (Distribuição gratuita em evento). Ac. no RCED nº 761, de 18.2.2010, *JTSE 1/2010/15*

Captação ilícita de sufrágio. Alimentação (Distribuição gratuita em evento). Candidato (Participação). Voto (Pedido). Ac. no RCED nº 761, de 18.2.2010, *JTSE 1/2010/15*

Captação ilícita de sufrágio. Cartão magnético (Urna eletrônica). **Abuso de poder**. Ac. no RO nº 1.529, de 15.12.2009, *JTSE* 1/2010/21

Cargo de prefeito (Exercício provisório). Presidente da Câmara Municipal. Registro de candidato (Questão *sub judice*). Res. nº 23.201, de 17.12.2009, *JTSE* 1/2010/85

Cartão magnético (Urna eletrônica). **Abuso de poder**. Captação ilícita de sufrágio. Ac. no RO nº 1.529, de 15.12.2009, *JTSE* 1/2010/21

Competência (TSE). Julgamento (Sobrestamento). **Recurso contra expedição de diploma**. Eleição estadual. Eleição federal. Ac. no ADPF-MC-STF nº 167, de 1º.10.2009, *JTSE* 1/2010/239

Constituição Federal, art. 55 (Inaplicação). **Mandado eletivo (Perda)**. Infidelidade partidária. Ato ilícito. Ac. nos ED-RO nº 1.761, de 19.11.2009, *JTSE* 1/2010/48

Corrupção eleitoral. Sujeito passivo. Suspensão de direitos políticos (Condenação criminal). **Crime eleitoral**. Ac. no *HC* nº 672, de 23.2.2010, *JTSE* 1/2010/11

Crime eleitoral. Corrupção eleitoral. Sujeito passivo. Suspensão de direitos políticos (Condenação criminal). Ac. no *HC* nº 672, de 23.2.2010, *JTSE* 1/2010/11

D

Desfiliação partidária (Inviabilidade de candidatura). Justa causa. Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Constitucionalidade). **Mandado eletivo (Perda)**. Ac. no RO nº 1.761, de 10.6.2009, *JTSE* 1/2010/41

Desfiliação partidária (Retorno ao partido). Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Aplicação). **Mandado eletivo (Perda)**. Res. nº 23.182, de 3.12.2009, *JTSE* 1/2010/71

Diploma eleitoral (Pedido de anulação). Recurso contra expedição de diploma (Cabimento). Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). **Ação de investigação judicial eleitoral (Efeito)**. Inelegibilidade (Suplente). Ac. no RO nº 2.367, de 2.2.2010, *JTSE* 1/2010/55

E

Eleição estadual. Eleição federal. Competência (TSE). Julgamento (Sobrestamento). **Recurso contra expedição de diploma**. Ac. no ADPF-MC-STF nº 167, de 1º.10.2009, *JTSE* 1/2010/239

Eleição federal. Competência (TSE). Julgamento (Sobrestamento). **Recurso contra expedição de diploma.** Eleição estadual. Ac. no ADPF-MC-STF nº 167, de 1º.10.2009, *JTSE* 1/2010/239

Emenda Constitucional nº 58/2009 (Efeito ex tunc). Câmara Municipal (Composição). Suplente (Posse). Ac. no ADIMCSTF nº 4.307, de 11.11.2009, *JTSE* 1/2010/285

I

Improbidade administrativa (Ação pendente). Lei complementar (Exigência). **Inelegibilidade.** Vida pregressa. Ação penal pública (Pendência). Ac. no ADPF-STF nº 144, de 6.8.2008, *JTSE* 1/2010/95

Inelegibilidade. Vida pregressa. Ação penal pública (Pendência). Improbidade administrativa (Ação pendente). Lei complementar (Exigência). Ac. no ADPF-STF nº 144, de 6.8.2008, *JTSE* 1/2010/95

Inelegibilidade (Suplente). Diploma eleitoral (Pedido de anulação). Recurso contra expedição de diploma (Cabimento). Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). **Ação de investigação judicial eleitoral (Efeito).** Ac. no RO nº 2.367, de 2.2.2010, *JTSE* 1/2010/55

Infidelidade partidária. Ato ilícito. Constituição Federal, art. 55 (Inaplicação). **Mandado eletivo (Perda).** Ac. nos ED-RO nº 1.761, de 19.11.2009, *JTSE* 1/2010/48

J

Julgamento. **Prestação de contas de partido político (Natureza jurídica).** Res. nº 23.192, de 15.12.2009, *JTSE* 1/2010/78

Julgamento (Sessão pública). **Ação de impugnação de mandato eletivo.** Segredo de justiça (Processo). Res. nº 23.210, de 11.2.2010, *JTSE* 1/2010/89

Julgamento (Sobrestamento). **Recurso contra expedição de diploma.** Eleição estadual. Eleição federal. Competência (TSE). Ac. no ADPF-MC-STF nº 167, de 1º.10.2009, *JTSE* 1/2010/239

Justa causa. Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Constitucionalidade). **Mandado eletivo (Perda).** Desfiliação partidária (Inviabilidade de candidatura). Ac. no RO nº 1.761, de 10.6.2009, *JTSE* 1/2010/41

L

Lei complementar (Exigência). **Inelegibilidade**. Vida pregressa. Ação penal pública (Pendência). Improbidade administrativa (Ação pendente). Ac. no ADPF-STF nº 144, de 6.8.2008, *JTSE* 1/2010/95

M

Mandado eletivo (Perda). Desfiliação partidária (Inviabilidade de candidatura). Justa causa. Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Constitucionalidade). Ac. no RO nº 1.761, de 10.6.2009, *JTSE* 1/2010/41

Mandado eletivo (Perda). Desfiliação partidária (Retorno ao partido). Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Aplicação). Res. nº 23.182, de 3.12.2009, *JTSE* 1/2010/71

Mandado eletivo (Perda). Infidelidade partidária. Ato ilícito. Constituição Federal, art. 55 (Inaplicação). Ac. nos ED-RO nº 1.761, de 19.11.2009, *JTSE* 1/2010/48

P

Presidente da Câmara Municipal. Registro de candidato (Questão *sub judice*). **Cargo de prefeito (Exercício provisório)**. Res. nº 23.201, de 17.12.2009, *JTSE* 1/2010/85

Prestação de contas de partido político (Natureza jurídica). Julgamento. Res. nº 23.192, de 15.12.2009, *JTSE* 1/2010/78

R

Recurso contra expedição de diploma. Eleição estadual. Eleição federal. Competência (TSE). Julgamento (Sobrestamento). Ac. no ADPF-MC-STF nº 167, de 1º.10.2009, *JTSE* 1/2010/239

Recurso contra expedição de diploma (Cabimento). Ação de impugnação de mandato eletivo (Cabimento). **Ação de investigação judicial eleitoral (Efeito)**. Inelegibilidade (Suplente). Diploma eleitoral (Pedido de anulação). Ac. no RO nº 2.367, de 2.2.2010, *JTSE* 1/2010/55

Registro de candidato (Questão *sub judice*). **Cargo de prefeito (Exercício provisório)**. Presidente da Câmara Municipal. Res. nº 23.201, de 17.12.2009, *JTSE* 1/2010/85

Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Aplicação). **Mandado eletivo (Perda)**. Desfiliação partidária (Retorno ao partido). Res. nº 23.182, de 3.12.2009, *JTSE* 1/2010/71

Resolução do TSE nº 22.610/2007 (Constitucionalidade). **Mandado eletivo (Perda)**. Desfiliação partidária (Inviabilidade de candidatura). Justa causa. Ac. no RO nº 1.761, de 10.6.2009, *JTSE* 1/2010/41

S

Segredo de justiça (Processo). Julgamento (Sessão pública). **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Res. nº 23.210, de 11.2.2010, *JTSE* 1/2010/89

Sujeito passivo. Suspensão de direitos políticos (Condenação criminal). **Crime eleitoral**. Corrupção eleitoral. Ac. no *HC* nº 672, de 23.2.2010, *JTSE* 1/2010/11

Suplente (Posse). **Emenda Constitucional nº 58/2009 (Efeito ex tunc)**. Câmara Municipal (Composição). Ac. no ADIMCSTF nº 4.307, de 11.11.2009, *JTSE* 1/2010/285

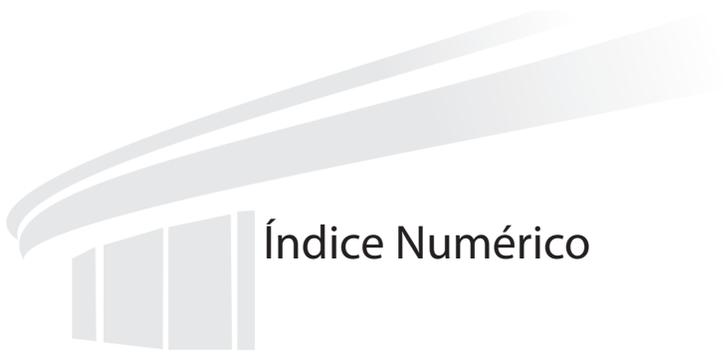
Suspensão de direitos políticos (Condenação criminal). **Crime eleitoral**. Corrupção eleitoral. Sujeito passivo. Ac. no *HC* nº 672, de 23.2.2010, *JTSE* 1/2010/11

333

V

Vida pregressa. Ação penal pública (Pendência). Improbidade administrativa (Ação pendente). Lei complementar (Exigência). **Inelegibilidade**. Ac. no ADPF-STF nº 144, de 6.8.2008, *JTSE* 1/2010/95

Voto (Pedido). **Captação ilícita de sufrágio**. Alimentação (Distribuição gratuita em evento). Candidato (Participação). Ac. no RCED nº 761, de 18.2.2010, *JTSE* 1/2010/15



Índice Numérico

ACÓRDÃOS

| Tipo de processo | Número | UF | Data | Página |
|-------------------------|---------------|-----------|-------------|---------------|
| <i>HC</i> | 672 | MG | 23.2.2010 | 11 |
| RCED | 761 | SP | 18.2.2010 | 15 |
| RO | 1.529 | AL | 15.12.2009 | 21 |
| RO | 1.761 | MT | 10.6.2009 | 41 |
| EDRO | 1.761 | MT | 19.11.2009 | 48 |
| RO | 2.367 | PE | 2.2.2010 | 55 |

RESOLUÇÕES

| Tipo de processo | Número | UF | Nº da decisão | Data | Página |
|-------------------------|---------------|-----------|----------------------|-------------|---------------|
| Cta | 1.690 | MG | 23.182 | 3.12.2009 | 71 |
| PC | 32 | RJ | 23.192 | 15.12.2009 | 78 |
| Cta | 1.738 | DF | 23.201 | 17.12.2009 | 85 |
| Cta | 1.716 | DF | 23.210 | 11.2.2010 | 89 |

ACÓRDÃOS – STF

| Tipo de processo | Número | UF | Data | Página |
|-------------------------|---------------|-----------|-------------|---------------|
| ADPF | 144 | DF | 6.8.2008 | 95 |
| ADPF-REF-MC | 167 | DF | 1º.10.2009 | 239 |
| ADPF-REF-MC | 4.307 | DF | 11.11.2009 | 285 |



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10,5, entrelinhas de 13 pontos, em papel reciclado 75g/m² (miolo) e
papel reciclado 240g/m² (capa).

