

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL - MINTER
CLÁUDIO ROBERTO DOS SANTOS KOBAYASHI**

A “LEI DA FICHA LIMPA” E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que apreciaram a validade jurídica da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010, nos autos dos Recursos Extraordinários n. 630.147, 631.102 e 633.703, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA
2012**

CLÁUDIO ROBERTO DOS SANTOS KOBAYASHI

A “LEI DA FICHA LIMPA” E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que apreciaram a validade jurídica da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010, nos autos dos Recursos Extraordinários n. 630.147, 631.102 e 633.703, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado Interinstitucional em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB /Centro Universitário de Anápolis – UNIEVANGÉLICA.

Orientador Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA
2012**

BANCA EXAMINADORA

CLÁUDIO ROBERTO DOS SANTOS KOBAYASHI

A “LEI DA FICHA LIMPA” E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que apreciaram a validade jurídica da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010, nos autos dos Recursos Extraordinários n. 630.147, 631.102 e 633.703, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e 30

PROF. DR. LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.
Orientador

PROF. DR. IGOR MAULER SANTIAGO
Examinador

PROF. DR. LUIZ EDUARDO LACERDA DE ABREU
Examinador

PROF. DR. FRANCISCO ITAMI CAMPOS
Examinador

Anápolis/Brasília, 27 de agosto de 2012.

*Dedico este trabalho a Talitta e Pedro Kobayashi, que
suportaram minhas ausências e nervosismo ao longo
desta caminhada.
Dedico aos meus pais Takeo e Maria os incentivadores de
todos os momentos.
Foi graças a vocês que cheguei até aqui.*

*Agradeço a minha família, pela compreensão dos momentos ausentes, angustiantes,
nervosos, e estressantes.*

*Agradeço a todos os professores do programa, os quais contribuíram para o meu
crescimento intelectual.*

*Agradeço especialmente ao professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr, que
conduziu o processo de orientação e possibilitou que o trabalho tomasse este corpo.*

*Ao professor Doutor Luiz Eduardo Abreu, pela colaboração na Banca de
Qualificação.*

*Agradeço, ainda, aos colegas de sala, com os quais aprendi e evolui na condição de
estudante e pessoa.*

*Por fim, agradeço à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba (FACER), por
ter financiado parte do programa.*

“O problema do poder é considerado por muitos como o mais importante para qualquer estudo da organização e do funcionamento da sociedade, havendo mesmo quem o considere o núcleo de todos os estudos sociais. Na verdade, seja qual for a época da história da humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder”.

Dalmo de Abreu Dallari

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que apreciaram a validade jurídico-constitucional da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. Os julgados são criticados à luz de alguns autores das teorias juspositivista e jusmoralista. O estudo aponta para a construção de votos no Supremo Tribunal Federal, observando os preceitos normativistas da corrente positivista, ou seja, tendem a efetuar um raciocínio lógico-dedutivo para solucionar as divergências. Não obstante, os fundamentos apresentam características inerentes ao posicionamento moralista, pois invariavelmente apela-se para aos elementos justiça e moral como resultados esperados no campo jurídico. Desta maneira, os ministros atestam a validade jurídico-constitucional à luz das duas teorias ao aproximarem soluções juspositivistas e jusmoralistas. As questões subjetivas, impostas pelos fundamentos moralistas são resolvidas pela aderência angariada por meio dos votos proferidos nos julgamentos. Considera-se, para efeitos futuros de aprofundamento teórico, a análise conjunta das teorias, com a finalidade de se alcançar melhores resultados a título de aceitabilidade, coerência e pacificação do meio social por meio dos instrumentos jurídicos vigentes.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Lei da Ficha Limpa; Supremo Tribunal Federal; Juspositivismo; Jusmoralismo.

ABSTRACT

The main objective these of research is the to study the judgments made by the Supremo Tribunal Federal (STF) who appreciated the legal and constitutional validity of Lei Complementar n. 135 of 06.04.2010, also known as the "Lei da Ficha Limpa." The sentences are criticized on the basis of some authors of the positivist or naturalist theories. This study shows for the construction of votes, the Supremo Tribunal Federal, based on the precepts of normative positivist current, in other words, they tend to make a logical-deductive reasoning to resolve disagreements. Nevertheless, the fundamentals have inherent characteristics of the moralist position, because they invariably appeal to the justice and moral elements, as expected results in the legal field. For this reason, the ministers attest to the validity of legal and constitutional in light of two theories to approximate solutions positivist and moralist. The subjective questions imposed by moral reasons are resolved by adherence touted by means of votes in the trials. It is considered, for purposes of future theoretical study, joint analysis of the theories, in order to achieve better results in respect of acceptability, consistency and peace of the social environment by means of existing judge instruments.

Keywords: Constitutional Law, Lei da Ficha Limpa; Supremo Tribunal Federal; Positivist; Moralist.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I - INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO DIREITO: O TEXTO NORMATIVO E A DECISÃO JUDICIAL	19
1 AS CONCEPÇÕES JUSPOSITIVISTAS DE HANS KELSEN, ALF ROSS E HERBERT HART	19
1.1 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Distinção entre Ciência do Direito e Direito e entre Direito e Justiça	19
1.2 O Direito e a Justiça na Perspectiva Realista de Alf Ross e o Direito como Aplicação Jurisprudencial	31
1.3 O Direito e o Problema da Linguagem em Herbert Hart	37
2 AS CONCEPÇÕES DOS JUSNATURALISTAS (JUSMORALISTAS) CHAÏM PERELMAN, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY 46	46
2.1 O Raciocínio Jurídico de Chaïm Perelman	46
2.2 A Integridade do Direito de Ronald Dworkin	59
2.3 A Teoria Normativa e Analítica do Discurso Jurídico de Robert Alexy	66
PARTE II - OS JULGAMENTOS DA LEI DA FICHA LIMPA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	77
3 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 630.147, 631.102 E 633.703: A QUESTÃO DA APLICAÇÃO TEMPORAL	77
3.1 Os Casos Submetidos ao Supremo Tribunal Federal	78
3.1.1 O Caso Joaquim Domingos Roriz – RE n. 630.147/Distrito Federal	78
3.1.2 O Caso Jader Fontenelle Barbalho - RE n. 631.102/Pará	80
3.1.3 O Caso Leonídio Henrique Correa Bouças - RE n. 633.703/Minas Gerais	82
3.2 As Manifestações Judiciais Favoráveis à Lei da Ficha Limpa: a questão temporal ..	83
3.2.1 Ministra Ellen Gracie	84
3.2.2 Ministro Ayres Britto	90
3.2.3 Ministro Joaquim Barbosa	95
3.2.4 Ministro Ricardo Lewandowski	98
3.2.5 Ministra Cármen Lúcia	101
3.3 As Manifestações Judiciais Desfavoráveis à Lei da Ficha Limpa	105
3.3.1 Ministro Celso de Mello	105
3.3.2 Ministro Marco Aurélio	109

3.3.3 Ministro Gilmar Mendes	112
3.3.4 Ministro Cezar Peluso	117
3.3.5 Ministro Dias Toffoli.....	120
3.3.6 Ministro Luiz Fux.....	123
3.4 Considerações a partir dos votos.....	125
4 JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE N. 29 E 30 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.578	135
4.1 Os Casos Submetidos ao Tribunal	135
4.2 As Manifestações Judiciais Favoráveis à Constitucionalidade da LC 135/2010.....	137
4.2.1 Ministro Luiz Fux – relator	137
4.2.2 Ministro Marco Aurélio.....	141
4.2.3 Ministro Ayres Britto	145
4.2.4 Ministro Joaquim Barbosa.....	147
4.2.5 Ministro Ricardo Lewandowski	149
4.2.6 Ministra Cármen Lúcia.....	152
4.2.7 Ministra Rosa Weber.....	153
4.3 As Manifestações Judiciais Desfavoráveis à Lei.....	157
4.3.1 Ministro Gilmar Mendes	157
4.3.2 Ministro Cezar Peluso – Presidente.....	161
4.3.3 Ministro Dias Toffoli.....	163
4.4 Considerações a partir dos votos.....	167
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	171
REFERÊNCIAS	179
ANEXOS	188

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que apreciaram a validade jurídico-constitucional da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa” (Anexo A). Para isso, foram analisados os Recursos Extraordinários (RE) n. 630.147/Distrito Federal, n. 631.102/Pará e n. 633.703/Minas Gerais, além das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) n. 29 e n. 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.578.

Para efeitos acadêmicos, o tema escolhido possibilita a discussão do controle jurisdicional do STF em face da normatização empreendida pelo legislador. A atuação da Corte Suprema, em sede de controle de constitucionalidade, implica avaliar as funções exercidas pelos poderes Judiciário e Legislativo em relação à autonomia de cada um deles e desperta a necessidade de analisar as políticas públicas no âmbito das eleições e do exercício dos cargos públicos.

O tema é relevante para o campo porque se enquadra naquelas hipóteses em que as teorias, tanto juspositivistas como jusmoralistas, consideram como “casos difíceis”, ou seja, situações concretas em que se pode avaliar a extensão da aplicabilidade de cada uma dessas teorias para se verificar a plausibilidade ou não do seu uso.

Este estudo contribui para as discussões sobre o que se entende por direito, pelo menos a partir do ponto de vista do Judiciário brasileiro, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal (STF), o que justifica o interesse por seu aspecto acadêmico jurídico, uma vez que propicia argumentos críticos a respeito das decisões jurisprudenciais emitidas pelo STF, que envolvem especificamente a discussão entre direito, justiça e moral. A temática proporciona discussões sobre as correntes juspositivista e jusmoralista, as quais dividem o campo em busca da pacificação dos chamados “conflitos jurídicos”.

Tendo em vista a contextualização anterior, a finalidade do presente trabalho é apresentar as correntes juspositivista e jusmoralista à luz de alguns de seus defensores, para compreender a interpretação, a aplicação e a construção do direito, tendo por base o texto normativo e a decisão judicial, especificamente a realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que serve de parâmetro para os tribunais inferiores.

Assim, tem-se como objetivo realizar uma análise crítica da decisão do STF em relação à Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, denominada de “Lei da Ficha Limpa”, com base nas teorias juspositivista e jusmoralista apresentadas na Parte I do trabalho.

Deste modo, o problema do estudo é verificar se as decisões produziram resultados razoáveis, aceitáveis e coerentes, tomando por base as duas correntes. Posta assim a questão, faz-se necessário compreender o pensamento do STF em situações que demandam o ofício da aplicação e da criação do direito, em especial quanto à metodologia utilizada para chegar à decisão.

Para alcançar seu objetivo, o trabalho parte da escolha arbitrária de obras e autores representativos do juspositivismo e do jusmoralismo. Inicia-se a dissertação com os estudos realizados no âmbito das teorias selecionadas, com o objetivo de analisar os processos decisórios dos casos concretos, cruzando-os com as respectivas fontes que defendem uma ou outra corrente. Para isso, foram selecionados os autores Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart como defensores do positivismo, cada um com sua visão particular. E Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy como representantes do naturalismo.

A demonstração possibilita entender como os ministros do STF enxergam e constroem o direito: se baseados na positividade ou calcados nos aspectos valorativos. Sob esse prisma, é possível verificar se os ministros veem o direito como ele “de fato” é ou como ele “deveria” ser.

Depois disso, são expostos os votos de cada ministro à luz da fundamentação utilizada nos acórdãos decisivos para pacificação das duas maiores discussões em torno da Lei da Ficha Limpa no STF, que são a aplicação da lei em função do lapso temporal e sua validade integral.

Para melhor compreensão, foram estudados os três recursos extraordinários e os votos proferidos no âmbito das decisões de cada um deles. Com estes recursos, foi possível estabelecer o entendimento dos ministros em relação à questão temporal, envolvendo a aplicabilidade ou não da Lei Complementar n. 135/210 às eleições do ano de 2010 e também aproximar os argumentos e fundamentos por eles utilizados à corrente jurídica positivista ou moralista.

Posteriormente, avança-se sobre as decisões acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei complementar. Deste modo, são analisadas as ações em conjunto, pois assim foram julgadas pelo STF. Estas análises possibilitaram a compreensão de aspectos mais amplos do que a questão temporal, verificada nos acórdãos dos recursos extraordinários. Da mesma maneira como se procedeu com os acórdãos, foram verificados cada um dos votos proferidos para a captação do entendimento sobre a criação e a aplicação do direito no seio do Supremo Tribunal Federal.

Antes da análise dos votos envolvendo direito eleitoral, acredita-se ser oportuna uma breve contextualização a respeito do assunto, pois desde os tempos do Brasil Império existe um movimento para eliminar a corrupção que assola o campo eleitoral, muito embora o que se discutia desde aquela época até o final do século XX foram as fraudes visando a eleger determinado candidato. Foi só no final daquele século que surgiu a preocupação com o exercício dos cargos públicos, principalmente aqueles oriundos do mandato popular.

Comparato (2000, p. 308) afirma que desde 1842, por ocasião do Decreto n. 157, já se discutia a constitucionalidade ou não da lei que regulava o processo eleitoral. Comparato relata ainda que, desde aquela época, a disputa pelos cargos políticos era acirrada e não havia limites para os candidatos. Vale (2011, p. 4-5) afirma que o sistema eleitoral brasileiro, mesmo com grande número de leis e opção de voto para escolha dos candidatos, tudo isso era ineficaz porque o resultado das urnas era fraudado, principalmente, pela ala governista.

A respeito da prática eleitoral viciada, resolvida na força bruta na maioria das vezes, e do conhecimento do Império sobre tais fatos, Ferreira (2005) relata que a busca por uma lei eleitoral capaz de conduzir melhor os pleitos era evidente. Retrata que, no período do Império, surgiram o Decreto n. 157, de 4 de maio de 1842, a Lei n. 387, de 19 de agosto de 1846; o Decreto governamental n. 842, de setembro 1855; o Decreto n. 1.082, de agosto 1860; o Decreto n.2.675, de outubro de 1875, e o Decreto n. 3.029, de janeiro de 1881, todos com a intenção de estabelecer melhorias no processo eleitoral.

Vale (2011, p. 5) aponta que o processo eleitoral da fase inicial da República foi marcado por constantes fraudes, com a finalidade de revezar as oligarquias no poder. Em meio a tantos escândalos, Vale afirma que tal fase pode ser considerada como um retrocesso em relação ao período do Brasil Império. Retrocesso ou não, o fato marcante é a continuidade da não representatividade das minorias e da corrupção, aliadas às tentativas de correções de rumo, por meio de constantes edições legislativas.

Comparato (2000, p. 310-311), ao analisar especificamente a utilização do voto aberto ou do secreto, chega à conclusão de que é “nossa propensão adotar, em matéria eleitoral, com a mais firme convicção, remédios absolutamente contraditórios para os mesmos males.”

De acordo com Vale (2011, p. 8), a Lei n. 3.208, de 27 de dezembro de 1916, pode ser considerada como a primeira tentativa legislativa de moralização do regime eleitoral brasileiro. A lei introduziu o controle judicial no acompanhamento das eleições, principalmente para confiar-lhes o controle do alistamento eleitoral e das urnas a serem apuradas. Segundo a autora, relutou-se muito para incluir a magistratura no processo de

controle eleitoral, porque o órgão era visto como sinônimo de moralidade, ao passo que a política não gozava da mesma prerrogativa.

A corrupção no meio estatal assumiu proporções assustadoras desde então, determinando inclusive a cassação de um presidente da República¹. Muito embora aquele episódio pudesse servir de orientação à classe política, parece que a solução não surtiu efeito, pois, desde então, acumulam-se os escândalos envolvendo ministros, senadores, deputados, governadores, prefeitos, vereadores e outros funcionários públicos, os quais se aproveitam da máquina administrativa para obterem proveitos pessoais.

Ao longo da história eleitoral brasileira após a Proclamação da Independência observa-se o intuito legislativo de moralizar o processo eleitoral. As várias tentativas esbarraram, sempre, na corrupção como fator de imoralidade eleitoral. Portanto, numa perspectiva histórica, o que se vivenciou com os debates em torno da Lei Complementar n. 135/2010 foi mais um capítulo na busca de solução para o problema que se arrasta, pelo menos, desde a separação brasileira da metrópole portuguesa.

A Lei Complementar n. 135/2010, intitulada de Lei da Ficha Limpa, ficou conhecida por ser uma lei de iniciativa popular que foi encampada pelos deputados federais no ano de 2009, por meio do Projeto de Lei Complementar n. 518/2009. Todavia, já tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar n. 168/1993 (ver anexo B), que visava eliminar a necessidade do trânsito em julgado para fazer incorrer o candidato em cláusula de inelegibilidade.

Antes de prosseguir na pesquisa, faz-se necessário estabelecer o que se entende por elegibilidade e por inelegibilidade. Os dois termos exprimem circunstâncias legais capazes de atribuir a determinado cidadão a possibilidade de concorrer em um processo eleitoral. Desta maneira, o elegível assume a plenitude do exercício do direito político, que se divide em ativo e passivo. No primeiro, o indivíduo está apto a votar e, no segundo, ele tem a possibilidade de ser votado.

¹ Fernando Afonso Collor de Mello, aos 40 anos de idade, foi o mais novo presidente eleito no Brasil e o primeiro a ser eleito pelo voto direto após o período de ditadura. Exerceu seu mandato de 1990 a 1992 quando procedeu-se à abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar denúncias de corrupção envolvendo o próprio presidente e Paulo César Farias (tesoureiro da campanha presidencial de Collor). A Câmara dos Deputados cassou o mandato presidencial em setembro de 1992 e o Senado Federal ratificou a decisão no mês de dezembro do mesmo ano. Em setembro de 1992, assumiu interinamente o mandato de presidente o vice presidente Itamar Augusto Cautiero Franco, efetivado no cargo em dezembro do mesmo ano. Itamar Franco também foi alvo de investigação da chamada CPI do Orçamento, em decorrência das denúncias de irregularidade na elaboração do orçamento da União. Todavia, a CPI não provou nenhuma ligação de Itamar Franco ao esquema de corrupção do orçamento e ele exerceu seu mandato até 1994, inclusive elegendo seu sucessor, o presidente Fernando Henrique Cardoso.

Por elegibilidade, para efeitos deste trabalho, entende-se a condição de o pretendo candidato satisfazer os requisitos para concorrer ao pleito. Nas palavras de Queiroz (2003, p. 60), são “as regras permissivas da participação no processo eleitoral” no polo passivo do processo. A elegibilidade assume, por conseguinte, as primeiras situações de verificação para a determinação de se registrar ou não candidato. Todavia o sistema eleitoral brasileiro, mas não garante a todos aqueles que satisfizerem tais condições a condição de candidato. Há que se avaliar, também, as cláusulas de inelegibilidade.

Entende-se por inelegibilidade as situações nas quais um candidato não preenche os requisitos para participar do processo eleitoral. São as chamadas condições negativas que, segundo Cândido (1994, p. 119), “constituem-se em restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade se entende a impossibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos.”

Maltarollo (2006, p. 89) elaborou um quadro no qual expôs uma classificação das inelegibilidades de acordo com os critérios: origem, dimensão, duração, conteúdo, aplicação e momento. No critério “origem” estão as inelegibilidades impostas pela própria Constituição. Já o critério “dimensão” deriva da legislação infraconstitucional.

O critério dimensão classifica as inelegibilidades em absolutas, as destinadas a todos os cargos, e relativas, ou seja, específicas para determinados cargos. O critério “duração” prescreve as inelegibilidades em transitórias, porque podem ser superadas, e permanentes, por serem definitivas quanto a seus efeitos. De acordo com o critério “conteúdo” são próprias as vinculadas às práticas de certos atos e impróprias as não vinculadas. (MALTAROLLO, 2006, p. 89).

Segundo a “aplicação”, as inelegibilidades estão divididas em amplas e restritas. As primeiras podem ser alegadas em qualquer momento até o ato da diplomação; já as segundas devem ser invocadas no momento processual correto. O critério “momento” considera endógenas as decorrentes de abuso de poder econômico ou político derivado do processo eleitoral e exógenas as que surgem fora de tal processo². (MALTAROLLO, 2006, p. 89).

Ainda para Maltarollo (2006, p. 93),

enquanto a elegibilidade é a regra do sistema eleitoral da participação cidadã, as inelegibilidades são as exceções. Para que não haja fuga tanto aos princípios democráticos quanto à obediência aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, nem subsista qualquer privação de liberdade ou tratamento desigual entre membros da população, o abrangente ‘escudo político’ da elegibilidade emoldura-se pelo texto da lei, e só se rompe se houver uma interpretação restritiva prevista para tanto. Em

² Maltarollo adverte que outras classificações são possíveis e usuais.

outras palavras, não há elasticidade ou extensão cognitiva nos casos de inelegibilidade previstos na Lei, sob pena de se afrontar diretamente a democracia representativa. Em consequência, esses casos de inelegibilidade constituem um rol extensivo, finito, determinado, limitado, que não se pode alargar por mera subserviência a interesses escusos e privados, mas apenas por vontade política, por modificações na estrutura do sistema e por atendimento aos anseios da própria sociedade, sempre por intermédio de seus representantes.

Preferiu o texto constitucional utilizar a expressão “elegibilidade”. Todavia, na prática, se o candidato não cumprir com estes requisitos, estará automaticamente enquadrado na situação de “inelegibilidade”, pelo menos momentaneamente, porque nos pleitos futuros poderá satisfazer as condições prescritas. Cândido (1994, p. 119) afirma que “não basta para uma pessoa poder concorrer a qualquer cargo eletivo que [ele] possua as condições de elegibilidade que foram examinadas. É mister, ainda, que não incida em nenhuma causa de inelegibilidade.”

Ainda no tocante aos esclarecimentos iniciais, faz-se necessário definir juspositivismo – ou positivismo jurídico ou simplesmente positivismo – que, de maneira ampla, e o movimento que identifica o direito de uma determinada comunidade. Assim, e para efeitos deste trabalho, entende-se o termo como a descrição da ordem jurídica de certa sociedade, a qual desvela o direito como ele se apresenta na realidade. Já o jusmoralismo – ou moralismo jurídico ou simplesmente moralismo – é a corrente teórica que se preocupa em conformar o direito aos critérios de justiça. Para esta corrente, não basta a positividade da norma; deve existir a justiça ao seu lado. Ressalte-se que, no campo jurídico, utilizam-se comumente os termos jusnaturalista ou naturalista no mesmo sentido. No campo jurídico, a corrente jusnaturalista é sinônima da corrente jusmoralista, por isso, no decorrer da presente dissertação, utilizar-se-á qualquer uma das expressões indistintamente.

A primeira parte da dissertação foi reservada ao estudo da criação, compreensão e aplicação do direito. Esta primeira parte divide-se em dois capítulos, tendo o primeiro como base os estudos estabelecidos nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria Geral do Direito e do Estado, de Kelsen; Direito e Justiça, de Ross, e O Conceito de Direito, de Hart. Já o segundo capítulo dedica-se à análise das obras Lógica Jurídica: nova retórica, de Perelman, O Império do Direito, de Dworkin, e Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy.

Busca-se, nesta parte da dissertação, compreender a essência das duas correntes com base nos autores citados. A partir desta compreensão, pode-se estabelecer uma aproximação dos argumentos e fundamentos utilizados pelos ministros nos acórdãos estudados na segunda parte deste trabalho.

Portanto, esta primeira parte tem a intenção de desvelar as concepções juspositivistas e jusmoralistas e depreender o modo como esses autores compreendem a interpretação, a aplicação e a construção do direito. Desta maneira, a análise possibilita a compreensão do texto normativo e das decisões judiciais à luz das duas correntes teóricas.

A segunda parte também divide-se em dois capítulos, os quais têm por finalidade identificar de qual teoria as sentenças derivam nos casos concretos e assim verificar a estratégia utilizada pelo STF para decidir em conformidade com a Constituição brasileira. Portanto, o terceiro capítulo tem por finalidade apresentar e identificar os argumentos a favor e contrários à aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições do ano de 2010. Para este intento, são analisados três recursos que chegaram ao STF com esse pedido: o Recurso Extraordinário n. 630.147/Distrito Federal, o Recurso Extraordinário n. 631.102/Pará e o Recurso Extraordinário n. 633.703/Minas Gerais. No quarto capítulo, apresentam-se os argumentos a favor e contra a constitucionalidade da lei complementar, desenvolvidos na Ação Direta de Constitucionalidade n. 29, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578.

Os Recursos Extraordinários (RREE) n. 630.147/DF, n. 631.102/PA e n. 633.703/MG pretendiam que o STF declarasse a não aplicação da LC n. 135/2010 às eleições do ano de 2010. Argumentam, para tanto, que a referida lei feria vários princípios: da anterioridade, da presunção da inocência, da não culpabilidade, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao longo das argumentações, o ponto principal das divergências deu-se em relação à possibilidade de aplicação da lei nas eleições que ocorreriam no mesmo ano de sua promulgação, ou seja, da questão temporal da aplicação da lei.

Para melhor compreensão, deve-se esclarecer o fato de a Constituição prescrever, no § 3º do art. 14³, as condições de elegibilidade que todos os pretensos candidatos deveriam satisfazer para registrar suas candidaturas. O referido artigo sofreu duas alterações, a primeira

³ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.”

promovida pela Emenda Constitucional n. 4, de 1994, que incluía no texto a proteção à probidade administrativa e à moralidade para exercício de mandato, considerando para isso a vida pregressa do candidato⁴.

A segunda alteração ocorreu por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1997, que, alterando o § 5º, passou a permitir, para os cargos de Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal, Prefeitos, e para os que eventualmente os substituíssem até seis meses antes das eleições, a reeleição para mais um único período, subsequente ao exercício do mandato anterior⁵.

Já o § 9º do art. 14 prescreve a possibilidade de o legislador infraconstitucional estabelecer novos casos de inelegibilidade por meio de Lei Complementar. E em maio de 1990, foi promulgada a Lei Complementar n. 64 (ver anexo C), conhecida como “Lei das inelegibilidades”, em cumprimento ao dispositivo constitucional. No ano de promulgação da LC n. 64/1990, o Brasil realizou suas primeiras eleições após a publicação da Constituição Federal de 1988.

Logo após a promulgação da Constituição, não se tinha uma definição jurídica a respeito do regime de inelegibilidades. Não se tinha certeza se a Lei Complementar n. 5/1970, editada no período em que o país vivia em regime de ditadura militar, adequava-se ou não à nova Constituição. A promulgação da LC n. 64/1990 passou a vigorar imediatamente e por isso sofreu vários ataques com base no art. 16⁶ da Constituição Federal.

No ano de 1992, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à discussão sobre a aplicabilidade da LC n. 64/1990 às eleições daquele ano, ao julgar o RE n. 129.392 (ver anexo D). Não obstante a similaridade com as discussões da Lei da Ficha Limpa, os resultados obtidos foram diferentes.

Após a publicação da LC n. 64/1990, a Emenda Constitucional n. 4, de 1994, altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, reafirmando a preocupação legislativa para com a

⁴ “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 exercício de mandato considerada 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 n. 4, de 1994).”

⁵ “Art. 14 [...]”

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1997).”

⁶ “Art. 16 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 4, de 1993).”

preservação da probidade administrativa, da moralidade no exercício do mandato e da normalidade das eleições. No caso específico da moralidade para exercício do mandato, o legislador acrescentou a expressão “considerada a vida pregressa do candidato”.

Assim, surge a necessidade da análise biográfica do candidato como requisito ao registro da candidatura. Não obstante o alto grau de subjetividade da expressão, parece clara a intenção do legislador de 1988 ao exigir certas características⁷ para o cidadão exercer o mandato público. Ter-se-ia, neste caso, a necessidade de avaliar a trajetória de vida do cidadão para averiguar se em algum momento houve situação conhecida e rotulada de imoral.

Talvez, ainda, tenha pretendido o constituinte resgatar parte do texto constitucional de 1824, o qual exigia do candidato ao Senado, notórios saberes⁸ para exercer a função. Entretanto, os motivos serão sempre políticos e não se pode afirmar, ao certo, quais seriam. Não obstante, o fato que se apresenta como inegável é o de a vida pregressa do candidato ser requisito de avaliação para determinação da inelegibilidade. Tudo isso no intuito de preservar a moralidade do exercício do cargo público.

⁷ Em nossa visão, a característica necessária é a da moralidade, em que pese, normalmente, a falta de objetividade para definição daquilo que se acredita ser moral ou não.

⁸ Especificamente para os cargos de Senador e Deputado além das condições apontadas nos artigos 7º; 8º; 90 e 91 da Constituição de 1824, precisariam, ainda, para o primeiro cargo, cumprir com os requisitos do art. 45, o qual estabelecia a idade mínima de quarenta anos, ser pessoa capacitada intelectualmente, detentoras de virtudes, de preferência que já tivera servido à Pátria e auferisse rendimentos anuais acima de oitocentos mil réis. Para o segundo cargo, de acordo com o art. 95 exigia-se do cidadão renda líquida anual de quatrocentos mil réis, não ser estrangeiro naturalizado e ser católico.

PARTE I - INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO DIREITO: O TEXTO NORMATIVO E A DECISÃO JUDICIAL

1 AS CONCEPÇÕES JUSPOSITIVISTAS DE HANS KELSEN, ALF ROSS E HERBERT HART

O objetivo deste capítulo é demonstrar os argumentos juspositivistas de Kelsen, Ross e Hart, com a finalidade de construir um referencial teórico capaz de embasar, e também enquadrar, os argumentos formulados e defendidos pelos ministros do STF nas sentenças proferidas. Com este material, pretende-se afirmar se as sentenças prolatadas assumem as características positivistas destacadas por Kelsen, Ross e Hart.

1.1 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Distinção entre Ciência do Direito e Direito e entre Direito e Justiça

A teoria de Kelsen (2000) prevê que o direito positivo é o objeto de estudo da ciência jurídica, o qual só pode ser compreendido do ponto de vista do direito. Por isso, a ciência jurídica tem a finalidade de conhecer o direito “de fora” e descrevê-lo com base em seu conhecimento. Já o órgão aplicador deve conhecê-lo “de dentro” e aplicar ou produzir o direito.

Com estes argumentos, Kelsen (2000) demonstra como o conhecimento não é essencial para a ciência jurídica, uma vez que seu papel não é verificar se a norma é verdadeira ou falsa, pois a norma trata de uma prescrição estatuída por uma autoridade competente, que prescreve determinada situação. Assim, Kelsen entende a ciência jurídica de forma bem diferente das ciências naturais, as quais descrevem fenômenos.

O direito é um sistema de regras que regulamenta a conduta humana, mas isto não implica que somente os fatos decorrentes desta ação fazem parte dele, pois se pode prescrever a conduta humana a partir de um fato promovido pela natureza ou ainda em relação a uma coisa. (KELSEN, 2005, p. 5-6).

Kelsen (2000, p. 25-26) afirma que

uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. A Moral e o Direito são ordens sociais deste tipo. A lógica tem por objeto uma ordem normativa que não tem qualquer caráter social, pois os atos de pensar do homem, que as normas desta

ordem regulam, não afetam outras pessoas – o homem não pensa ‘perante’ outro homem da mesma forma que atua em face de outro homem.

A “pureza” da teoria⁹ kelseniana tem como premissa a diferença entre direito e justiça, sendo esta última pertencente ao campo político e não ao jurídico. Assim, a pretensão de dar conotação justa às decisões não é escopo do direito, mas sim político. Excluindo-se a característica da justiça, pode ele expor a teoria pura do direito, a qual proclamou livre daquela, mas não se opôs à sua existência. Dito de outra maneira, não é finalidade da ciência jurídica determinar se uma decisão é justa ou não, mas sim atestar se ela é válida ou não; se assumiu a forma delineada pela norma superior ou não, fato que será analisado mais adiante quando se tratar da norma hipotética fundamental.

A concepção do direito se traduz na prescrição de uma determinada conduta. O indivíduo é regulado em sua forma de agir, na maneira de fazer ou não, enfim, deve observar o que está exposto na norma do direito. Por causa deste fato, não se pode, por consequência, analisar o direito sob o prisma da conduta humana e, portanto, pelo princípio da causalidade inerente às ciências naturais. O direito difere, neste aspecto, das ciências naturais, pois tem como princípio a imputação, análogo ao da causalidade, mas diferente de a prescrição exprimir a ligação de pressuposto e consequência com um “dever-ser”.

Este “dever ser” pode ou não acontecer, por isso o princípio de causa e efeito não tem aplicação no campo do direito. Pois, o estudo do ato humano não pode ser considerado objeto da ciência jurídica, mas somente o direito, concebido como um sistema de normas válidas, cada qual em conformidade com outras hierarquicamente superiores, culminando na norma fundamental.

Kelsen (2000, p. 221) afirma que:

uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito.

Se a conduta humana não é objeto da ciência jurídica, os fenômenos sociais, políticos e psicológicos devem ser excluídos, restando apenas a norma posta como objeto da ciência jurídica, o que resulta no que Kelsen chamou de “pureza” do direito. A ciência jurídica

⁹ Tentativa de purificar o direito de todos os seus aspectos valorativos, na intenção de criar uma ciência descritiva, tendo por objeto, em última instância, as normas que regulamentam a conduta humana.

preocupa-se, exclusivamente, com a norma posta e deixa de lado aspectos valorativos, tais como justo ou injusto, tendo a finalidade de descrever, ou comparar, sistematicamente, o direito positivo, ou seja, a realidade jurídica de determinada comunidade.

A justiça retratada por Kelsen é a felicidade social, a qual só pode ser alcançada no convívio harmônico entre os indivíduos, relativizada pelo fato de que tal situação não pode ser entendida como a felicidade individual, uma vez que, em dado momento, um indivíduo pode entrar em conflito com outro. Assim, não se pode afirmar que existe uma ordem justa, porque a cognição racional não tem condições de indicar quais seriam as necessidades para se alcançar a felicidade social. A resposta para essas necessidades depende de valoração e emoção e, conseqüentemente, tem caráter eminentemente subjetivo e é desenvolvida no campo político conforme a ideologia assumida. (KELSEN, 2005, p. 8-9).

A partir deste ponto de vista, a teoria kelseniana rompe com a concepção de direito natural que, segundo ele, é embasada na natureza das coisas, razão humana ou, em última instância, na vontade divina. Em sua visão, o direito natural é incapaz de prover respostas científicas às várias questões do ordenamento social que anseiam por justiça, pois sempre serão necessários critérios subjetivos para determinar o sentido de justo, de certo ou de errado.

Neste aspecto, o direito positivo é responsável por dar essas repostas, mas de forma científica. Assim, Kelsen identifica o direito natural, baseado na justiça, como justificção do direito positivo, a partir da razão humana ou da vontade de Deus, o que, de certa maneira, possibilita afirmar o direito natural como a ordem jurídica positiva portadora da característica de justo. Já o direito natural, em seu caráter revolucionário ou conservador, pretende atacar o direito positivo ou defender o direito natural, não se preocupando com sua cognição, o que pode ser entendido como um exercício político e, portanto, não científico. (KELSEN, 2005, p. 12-19).

Para Kelsen (2005, p. 19-20), a justiça não está sujeita à captação dos sentidos humanos. Somente o direito positivo pode ser objeto da ciência jurídica, pois se preocupa em estabelecer o direito como ele é e não estereotipá-lo em justo ou injusto, correto ou incorreto. Assim, o direito positivo busca apaziguar os interesses contrários, que difere do direito natural, na medida em que, este faz uma interpretação religiosa da conduta humana existente, o que revela o grau de subjetividade da análise e, portanto, a sua não classificação como ciência racional.

Segundo Kelsen (2005, p. 20), “a justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação”. Desta forma estar-se-ia resolvendo o problema da subjetividade da justiça, pois justo ou injusto

passa a ser entendido como legal ou ilegal, o que é de extrema importância para a ordem jurídica, a fim de dar segurança a determinada ordem social. Assim, todas as formas de governo são possíveis em uma ordem jurídica positiva.

A ordem social tem a função de restringir atos nocivos à sociedade ou de impô-los em razão da utilidade, tendo por base uma motivação direta ou indireta. A motivação direta requer do indivíduo uma conduta tal qual descrita na norma, sem que esteja compelido por um motivo vantajoso ou desvantajoso, ou seja, a norma descreve o comportamento e é o único motivador da sua conduta. Este tipo de motivação quase não é encontrado na realidade social, pois, segundo Kelsen (2005, p. 22), “a conduta social dos indivíduos é sempre acompanhada por um julgamento de valor, ou seja, a ideia de que a conduta em consonância com a lei é ‘boa’, ao passo que a contrária à ordem é ‘má’.”

Assim, a reação de uma ordem social, a qual aprova ou reprova o comportamento humano, reflete o grau de eficácia da sanção. O que realmente diferencia a ordem social é a forma pela qual as sanções se apresentam, ou seja, de modo pré-estabelecido ou não.

Kelsen (2000, p. 23-30) trabalha com a perspectiva de que, na sociedade primitiva, o homem não separava o mundo real do “além”. Assim, os espíritos tomavam as mais variadas formas: árvores, animais, pedras, dentre outros, o que explica a divindade da natureza. As ordens sociais podem ser estabelecidas pela própria ordem e podem assumir um caráter religioso ou socialmente imanente. No mundo primitivo, o caráter religioso vigorou até o surgimento das sanções socialmente imanentes, ou seja, as sanções a serem cumpridas por determinado indivíduo e nas condições constituídas pela ordem social. Este indivíduo, o órgão da ordem jurídica, executa sanções as quais são imputadas à própria ordem jurídica. Portanto, vale destacar a detenção do monopólio da ordem jurídica na execução dos atos coativos por meio de seus órgãos.

Na realidade social, a desvantagem ou punição desempenha um papel mais importante que a vantagem ou recompensa, pois “é o medo do doloroso mal com que a autoridade sobre-humana reage a toda violação dos costumes tradicionais.” (KELSEN, 2005, p. 25). Por isso, nas sociedades primitivas não havia tantas violações como nas sociedades modernas, uma vez que nas primeiras havia o medo da vingança dos espíritos, que tinham lugar no mundo real.

Assim, o medo da punição após a morte é maior do que as vantagens. A sanção, originalmente, punia o indivíduo pela prática de um delito criminal; posteriormente, surgiram sanções civis, as quais privavam o indivíduo de uma propriedade como forma de compensação. Como se pode observar, direito civil e direito penal diferem em razão das sanções aplicadas, entretanto a natureza destas sanções não tem distinção.

O direito é uma ordem coercitiva porque retira posses do indivíduo contra sua vontade, com o auxílio ou não da força física. As normas de direito e a religião se aproximam mais do que com as normas da moral, porque as duas primeiras, efetivamente, ameaçam o indivíduo com o medo da punição. Mas o que realmente diferencia direito, moral e religião não é a eficiência das sanções, mas sim a forma como as normas são criadas. (KELSEN, p. 27).

A sanção, ou seja, a desvantagem ou punição aplicada ao indivíduo é igual ao delito causado, por isso “a força é empregada para prevenir o emprego da força na sociedade” (KELSEN, 2005, p. 30). Embora o direito exista para coibir o uso da força, ele não a exclui do seu campo e, em certas ocasiões, ele mesmo autoriza o seu uso. Entretanto, apenas o indivíduo constituído pela ordem social está autorizado a empregar a força e deve fazê-lo da maneira como estipulada pela própria ordem social. Para o direito positivo, não existe uma conduta que é má em si, porque as várias ordens jurídicas podem ter tratamentos diferenciados para a mesma conduta. “Delito é a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta.” (KELSEN, 2005, p. 76-77). Isto quer dizer que o legislador considera uma conduta nociva e pretende impedi-la mediante aplicação da sanção (força). Para Kelsen (2000, p. 24), na análise de uma conduta, tem-se um juízo de valor que pode ser positivo ou negativo, conforme o comportamento do indivíduo. Caso se comporte de acordo com preceito normativo, tem-se juízo de valor positivo; em caso contrário, ter-se-ia um juízo de valor negativo.

Para Kelsen (2005, p. 84), “o dever jurídico é simplesmente a norma jurídica em sua relação com o indivíduo a cuja conduta a sanção é vinculada na norma”, mas que não empreende o dever jurídico de aplicar a norma. Para estes casos, deve haver uma norma distinta que estipule ao aplicador da lei a execução da sanção. Caso o aplicador não a execute, deveria haver outra norma prevendo a sua punição. Isto levaria a uma possibilidade infinita de normas e, portanto, há que existir uma última norma, a qual dará fim ao processo. “Se o significado desta última norma for também expresso dizendo-se que, sob certas condições, uma sanção ‘deve ser’ decretada, então o conceito de ‘dever ser’ não coincide com o conceito de dever jurídico.” (KELSEN, 2005, p. 85).

Embora não exista nenhum dever jurídico obrigando o órgão a executar a sanção, “o conceito de dever jurídico também implica um ‘dever ser’. Que alguém seja juridicamente obrigado a certa conduta significa que um ‘órgão’ deve aplicar-lhe uma sanção no caso de conduta contrária.” (KELSEN, 2005, p. 85). Assim, o dever jurídico “é a conduta por meio de cuja observância o delito é evitado e representa o oposto da conduta que forma a condição para a sanção. Apenas a sanção ‘deve’ ser executada.” (KELSEN, 2005, p. 86).

De acordo com Kelsen (2005, p. 31), “a paz do direito não é uma condição de ausência absoluta da força, um estado de anarquia; é uma condição de monopólio de força, um monopólio de força da comunidade.” A técnica do direito se constitui em fazer com que um indivíduo não interfira, pela força, nos interesses dos outros indivíduos e, em caso de interferências, a ordem social reage de formar similar, retribuindo¹⁰ o mal causado com um parecido. A compulsão psíquica é o medo que o indivíduo tem de sofrer a sanção estipulada pela ordem social em caso de descumprimento da regra. Neste aspecto, o direito, a moralidade e a religião se equivalem.

Mas a compulsão psíquica não deve ser entendida como único argumento para que o indivíduo não descumpra as regras. Desta forma, não é a sanção pura e simplesmente que o impede de praticar um delito. Outras questões como a religião e a moral podem estar presentes na motivação para se respeitar a ordem social. Por isso, “dizer que uma ordem jurídica é ‘eficaz’ significa estritamente apenas que a conduta das pessoas conforma-se à ordem jurídica.” (KELSEN, 2005, p. 34). Mas, ao se ignorar a sanção, o direito perde a coercibilidade e, portanto, a característica básica de sua técnica peculiar e, desta forma, não haveria como diferenciar o direito da moral.

A sanção visa a assegurar que o conteúdo da norma seja cumprido, mas não que a regra tenha eficácia. Não se trata, portanto, da eficácia jurídica, mas sim da validade da norma jurídica. A validade é a existência de uma regra jurídica, chamada de norma, que tenha obrigatoriedade. A força da obrigatoriedade reside em “algo diverso do ato psíquico de vontade” (KELSEN, 2005, p. 45), ou seja, a vontade das partes estipuladas em um contrato poderá persistir, mesmo que uma delas queira desistir no futuro ou mesmo após a morte.

Se a conduta está ou não de acordo com o padrão de avaliação, diz-se que está de acordo, ou não, com a norma. Desta forma, a norma segue como um padrão a ser utilizado na interpretação de um fato sem que se expresse a opinião particular do jurista. “Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade” (KELSEN, 2005, p. 58). Há que se ter em mente a questão da vigência (validade) da norma, pois em uma situação hipotética uma norma poderá coibir qualquer ação humana que se pretenda e, deste modo, seria possível verificar que os indivíduos observam a norma e não a descumprem por receio da aplicação da sanção.

¹⁰ Este estágio da retribuição foi, posteriormente, substituído pela ideia de prevenção, mas a técnica do Direito permanece a mesma.

Para não se confundir as leis da natureza com as leis do direito, utiliza-se a expressão norma e, portanto, caracteriza-se o direito como sistema de normas, as quais podem ser individuais ou gerais. As normas jurídicas gerais têm sanção estipulada e são impostas hipoteticamente por ela. “As normas gerais devem ser as normas que proporcionam que certa sanção seja tornada dependente de certas condições, sendo essa dependência expressa pelo conceito de ‘dever ser’.” (KELSEN, 2005, p. 62).

Algumas normas jurídicas individuais podem ser condicionais, ao passo que outras são incondicionais, na medida em que são criadas com base em uma norma geral. “Como as normas regulam a conduta humana e a conduta humana tem lugar no tempo e no espaço, as normas são válidas por certo tempo e para certo espaço. [...] Pode-se, portanto, falar da esfera de validade temporal e da esfera de validade territorial de uma norma” (KELSEN, 2005, p. 59). Ainda há que se verificar a esfera de materialidade das normas, ou seja, qual a matéria que se propõe a regular. Também tem a esfera pessoal de validade, ou seja, quem está obrigado a cumpri-la ou não.

Destaca-se que a norma jurídica elaborada pelo legislador é prescritiva, ao passo que as regras jurídicas emitidas pela ciência jurídica são descritivas. Tanto as regras de direito, utilizadas em sentido descritivo, quanto as leis da natureza vinculam certas consequências a certas condições. As regras de direito estabelecem a conexão por meio do “dever ser”, já as regras da natureza estabelecem mediante o “é”. As regras de direito têm como princípio a normatividade. As regras da natureza partem do princípio da causalidade.

A norma jurídica pode ser aplicada “no sentido de formar a base de um julgamento específico de valor, qualificando a conduta do órgão ou do sujeito como lícita (legal, certa) ou ilícita (ilegal, errada). São os julgamentos de valor especificamente jurídicos.” (KELSEN, 2005, p. 66). Fora estes julgamentos jurídicos, existem outros valores na atividade de criação da norma pelo legislador e na atividade do juiz ao criar uma lei individual. “Os enunciados que afirmam valores de direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor.” (KELSEN, 2005, p. 67).

O termo “direito” pode ter as mais diversas concepções e isso se deve ao fato de derivar da linguagem coloquial – a existência do direito sobre alguma coisa ou do direito sobre a conduta de outro indivíduo -. Mas, o que importa para o direito positivo é o direito jurídico, o qual não existe sem um dever jurídico. “O conteúdo de um direito é, em última análise, o cumprimento do dever de outra pessoa.” (KELSEN, 2005, p. 109).

“É verdade que o direito jurídico não é interpretado como um interesse ou vontade incondicional, mas como um interesse protegido pela ordem jurídica ou como uma vontade

reconhecida e levada a efeito pela ordem jurídica” (KELSEN, 2005, p. 112). O dualismo entre direito subjetivo e objetivo permanece na medida em que a história apresenta o primeiro como anterior ao segundo. Sustentar que o direito subjetivo precede o direito objetivo não se sustenta nem do ponto de vista lógico nem do psicológico. “Se existe uma questão de direito jurídico, deve-se pressupor uma regra jurídica. Não podem existir direitos jurídicos antes da existência do direito. [...] Todas essas consequências da doutrina da precedência dos direitos estão em contradição com a realidade jurídica.” (KELSEN, 2005, p. 114).

“O ‘direito’ subjetivo, em seu sentido original, é a mesma coisa que o ‘direito’ objetivo, como, por exemplo, na afirmação: ‘ter um direito é ter poder’ (*Right is might*)” (KELSEN, 2005, p. 116). “Um direito é, dessa maneira, uma norma jurídica em sua relação com o indivíduo que, para que a sanção seja executada, deve expressar uma vontade nesse sentido.” (KELSEN, 2005, p. 118).

O direito civil tem como técnica a necessidade da provocação da parte, por meio de uma ação, a fim de se ter a aplicação efetiva da norma jurídica. Já o direito criminal, na maioria das vezes, depende de um órgão público para dar início à ação judicial. “Como a sanção criminal não depende de uma ação judicial por parte de um indivíduo particular, nenhum indivíduo particular tem o ‘direito’ de não ser roubado ou morto – ou, num sentido mais amplo, de não se tornar vítima de um delito criminal” (KELSEN, 2005, p. 121). Não obstante, pode-se afirmar que o Estado, como órgão competente para iniciar a ação judicial, tem o ‘direito’ de que os indivíduos se abstenham de cometer crimes. Entretanto, o direito criminal e o direito civil possuem a mesma forma, ou seja, a disputa entre duas partes.

Por isso, independentemente do ramo do direito, “o fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável” (KELSEN, 2005, p. 162). Assim, chama-se de norma fundamental aquela da qual derivam todas as demais normas de um mesmo sistema.

Este sistema jurídico, baseado na norma fundamental, é representado por sistemas normativos estáticos ou dinâmicos. As normas estáticas indicam uma norma válida, para que os indivíduos se conformem com o prescrito nelas, ou seja, este tipo tem por finalidade indicar o seu conteúdo, o qual, para o autor, tem aspecto secundário na criação do direito, uma vez que derivam da norma hipotética fundamental. Já as normas do sistema dinâmico dizem respeito à forma com elas são criadas, ou seja, devem ser criadas por indivíduos, os quais foram autorizados pela norma. A norma fundamental é a origem de todas as normas de um mesmo sistema. (KELSEN, 2005, pp. 163-164).

“O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja autoevidente” (KELSEN, 2005, p. 166). Por isso, o autor afirma que a validade da norma se dá pela forma como ela foi criada: se por um indivíduo autorizado pela norma, tem-se a norma válida, mas não em razão de seu conteúdo. Desta forma “o direito é sempre positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas.” (KELSEN, 2005, p. 166).

O sistema jurídico positivado pode ser apresentado tanto pela norma legislada quanto pela norma consuetudinária, tendo em vista que em qualquer uma das formas o direito se tornou posto de acordo com a vontade do indivíduo ou do grupo de indivíduos autorizados pela norma hipotética fundamental. O que se tem de diferenciar nestes dois tipos de sistema jurídico é a forma como as normas são criadas. Assim, Kelsen (2005, p. 169) entende que “o documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida”. Não importa, para esse autor, que essa constituição seja criada pelo costume ou pela legislação, mas sim que ela tenha fundamento autorizado pela norma hipotética fundamental, que constitui, em última instância, o fundamento primeiro de qualquer sistema jurídico.

Segundo Kelsen (2005, p. 170), “a hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato.” Esta hipótese deve estar atrelada ao princípio da legitimidade, o qual indica que uma norma só pode ser válida ou inválida da maneira prescrita pela ordem jurídica. Este princípio deixa de ser válido no caso de uma revolução ou golpe de Estado. Assim, se uma nova ordem se estabelece por meio de uma revolução ou golpe de Estado, diz-se que foi de forma ilegítima. Se a revolução ou golpe de Estado forem bem-sucedidos ao estabelecerem uma nova ordem, uma nova norma fundamental dará legalidade ao novo governo. Porém, se falharem, seus atos serão considerados como ilícitos segundo a norma fundamental existente antes do golpe ou revolução. (KELSEN, 2005, p. 171-173).

De acordo com Kelsen (2005, p. 174), “a eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional.” E, por esta razão, a norma será válida ao passo que a ordem jurídica tiver eficácia. É o caso do golpe ou da revolução. Em caso de sucesso neste empreendimento, as

normas anteriores perderão sua validade, porque a eficácia do sistema é comprometida pela nova ideologia, que politicamente estabelecerá novas normas, sob a autorização de uma nova norma hipotética fundamental que dará legitimidade à instituição da nova constituição. O fato também é semelhante no caso do direito consuetudinário, porque o costume pode ser alterado, ou até mesmo excluído, por um novo costume.

O conceito dinâmico de direito declara-o como qualquer comando efetuado de acordo com o prescrito na norma. Portanto, este conceito poderia invalidar o conceito de direito coercitivo. Entretanto, o conceito dinâmico não é capaz de captar a essência do direito, somente ajuda a entender se, e por que, certa norma pertence à ordem jurídica válida. Portanto, o processo de criação do direito pode contemplar várias situações que não são da esfera do direito. (KELSEN, 2005, p. 178-180).

A constituição formal representa o documento solene no qual se reúnem as normas, as quais poderão ser alteradas somente por procedimentos especiais. A constituição, em sentido material, reúne as normas que dizem respeito à criação das normas jurídicas gerais (KELSEN, 2005, p. 182-183). “Importante é o fato de que a constituição determina materialmente a norma geral criada com base nela num âmbito bem menor que aquele com que essas normas determinam materialmente as normas individuais decretadas pelo judiciário e pela administração.” (KELSEN, 2005, p. 190).

“A norma fundamental é, então, a ‘fonte’ do direito, mas, num sentido mais amplo, toda norma jurídica é ‘fonte’ de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada.” (KELSEN, 2005, p. 192). Em sentido não jurídico, as “fontes” de direito podem ser as normas morais, as ideologias, as opiniões, dentre outras. Desta forma, o ato de criar o direito implica na sua aplicação imediata, isto é, para que um órgão possa criar o direito, há que se ter uma norma a qual delega a este a função de criar a norma. Portanto, ao criá-la, ele estará aplicando uma norma superior.

Tradicionalmente considera-se que o juiz ou os tribunais aplicam as normas quando decidem um caso concreto. Contudo, para Kelsen, além de aplicarem a norma estão, ao mesmo tempo, criando uma norma ao determinarem a sanção a ser aplicada. Portanto, o judiciário, além da função de aplicar a norma, tem também a função de criar normas individuais. Levando-se em conta o aspecto dinâmico, a norma individual criada pelo judiciário tem início na primeira constituição, a qual continua pelo costume ou pela legislação. Segue-se, então, o estágio da decisão judicial e a finalização do processo, com a execução da sanção. Desta maneira, tem-se a recriação do direito a todo instante, porque o

processo vai do geral ao concreto, ou seja, deve-se verificar se o geral ou abstrato pode ser individualizado no caso concreto. (KELSEN, 2005, p. 195-197).

Especialmente no direito civil existe a possibilidade de as partes transacionarem, porque a ordem jurídica permite que os indivíduos possam regular certas relações entre eles. Tem-se, portanto, que as transações são, também, criadoras de direito, porque produzem deveres e direitos jurídicos. A norma geral ou a norma primária confere aos indivíduos a possibilidade de estabelecerem transações jurídicas, as quais podem estipular direitos jurídicos e deveres somente para as partes envolvidas. Assim, quando transacionam estão criando normas secundárias em conexão com as normas gerais. (KELSEN, 2005, p. 199-201).

Como visto, para Kelsen as normas podem ser criadas pelo costume, pelo legislador, pelo judiciário pelos órgãos públicos e pelas partes. Todas essas normas se conformam à Constituição e têm fundamento na norma hipotética fundamental que dá validade ao sistema jurídico de determinada comunidade. No momento da criação, seja qual for ela, resta evidente que o processo é político e, portanto, traduz a vontade ou de uma coletividade ou de indivíduo(s) dotado(s) de autoridade para criar. É bem verdade que um problema jurídico pode surgir quando o órgão aplicador precisa definir qual norma deverá ser aplicada ao caso concreto e, por isso, é necessário interpretar a norma geral ou superior para conformar o ordenamento vigente.

Nesse aspecto, Kelsen (2000, p. 386) afirma que: “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.” Mas o sistema jurídico de uma comunidade comporta dois tipos de interpretação – aquela efetuada pelo judiciário, quando necessita aplicar o direito e assim decidir qual o conteúdo da norma a ser aplicado ao caso concreto – e, também, a interpretação efetuada pela ciência jurídica. No primeiro caso, tem-se que a norma superior geralmente é aberta e tem “o caráter de um quadro ou moldura a se preencher por este ato.” (KELSEN, 2000, p. 388).

Esta moldura é, para Kelsen (2000, p. 390), o resultado de sua fixação com base na interpretação cognoscitiva, ou seja, o órgão aplicador define os limites das normas com base na hierarquia, o que implica no estabelecimento de limites para a interpretação judicial. A partir daí, sua atuação não é mais de interpretação, mas sim de criação do direito, pois a abertura da norma possibilita várias soluções, as quais podem ser colocadas no quadro estabelecido pelo processo de interpretação judicial. Então, segundo Kelsen (2000, p. 393), não se tem a interpretação do direito positivo, mas sim um ato de criação político, no qual têm

espaço as normas da moral ou da justiça. Esta interpretação o autor considera como autêntica porque cria uma norma inferior ou individual para ser aplicada ao caso concreto.

A interpretação que cria direito difere de outras modalidades de interpretação, justamente pelo fato da criação. As demais se resumem a descrever o direito, como é o caso da interpretação efetuada pela ciência jurídica, a qual tem como objeto de estudo o direito. Deste modo, a interpretação não autêntica se limita a estabelecer as várias possibilidades existentes. De maneira nenhuma a ciência jurídica pode criar direito, pois isto é competência daqueles autorizados pela norma para tal ofício. Quando um indivíduo não autorizado a criar direito faz uma interpretação com esta pretensão, tem-se um ato jurídico-político, mas não científico. (KELSEN, 2000, p. 395-396).

Em resumo, o direito positivo, para Kelsen, é o conjunto de normas postas que disciplina as ações dos indivíduos, tendo por fundamento a norma hipotética. O direito, neste aspecto, deve ser entendido como proposições que ligam um ato a uma sanção em caso de comportamento contrário ao prescrito na norma. Tem-se, assim, uma maneira objetiva de se valorar as situações, evitando as imprevisibilidades do raciocínio subjetivo.

Para Kelsen, o subjetivismo tem lugar somente no momento da criação da norma, seja ela abstrata e coletiva, seja individual e concreta. Abstrata e coletiva, caso ela se destine a todos de maneira genérica, o que ocorre, principalmente, no processo de legiferação. Individual e concreta quando se destina especificamente a uma pessoa ou coletividade, situação dos julgamentos em que o magistrado prolata a sentença, a qual, na visão de Kelsen, significa a criação de uma norma individual.

Assim, as ações políticas de criação do direito escapam ao positivismo jurídico, adentrando no campo da política jurídica, a qual se revela livre para exercer tal função, na busca de um possível acerto, tendo em vista as regras da moral ou justiça. Nos capítulos três e quatro será verificada a atuação dos ministros do STF em julgamentos específicos, o que proporcionará condições de verificar a proximidade ou não com o positivismo kelseniano.

A aproximação ou não da teoria de Kelsen é relevante para o estudo, a fim de conformar as sentenças à corrente juspositivista, à jusmoralista ou às duas ao mesmo tempo. Deste modo, verificar-se-á se a teoria kelseniana tem espaço no campo jurídico brasileiro e como ela é utilizada para responder à complexidade jurídica, principalmente nos casos tidos como “difíceis”.

Todavia, isso se fará mais adiante, pois há a necessidade de avaliar a teoria positivista de Alf Ross, no intuito de estabelecer uma apreensão mais ampla sobre o juspositivismo e alguns de seus defensores.

1.2 O Direito e a Justiça na Perspectiva Realista de Alf Ross e o Direito como Aplicação Jurisprudencial

Nesta etapa será apresentado o pensamento de Ross em relação ao positivismo, o qual pretende conformar a norma posta com um fim específico. Na concepção deste autor, o direito assume o papel de balizador na resolução dos conflitos judiciais e, desta maneira, torna-se a condição objetiva de pacificação social. Ross, na mesma esteira de Kelsen, defende o estudo do direito de forma independente dos conceitos subjetivos moralistas e, por isso, considera a regra fator preponderante para construção do direito.

A descrição do direito como aplicação jurisprudencial garante, na visão de Alf Ross, a eficácia do ordenamento jurídico e a previsibilidade das sentenças, guardadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Para Ross (2000, p. 41), o direito é um sistema de normas que serve de esquema para a interpretação dos fenômenos jurídicos¹¹, podendo ser compreendido como um todo que possibilita a predição dentro de certos limites, ou seja, em certas condições existe a possibilidade de se calcular o resultado de uma ação jurídica assim como num jogo de xadrez, utilizado como paradigma de sua análise. Esta capacidade do sistema de ter significado e ser capaz de predição só é possível porque a comunidade respeita a norma, pois as têm como obrigatoriedade imposta pela própria sociedade. Neste aspecto, Ross tanto diverge da teoria kelseniana, por considerar a realidade social essencial para a análise da realidade jurídica ou do “direito em ação”, como ele denomina, como amplia a concepção de Kelsen ao retratar a efetividade ou a eficácia como elementos essenciais ao direito.

Ross (2000, p. 26-28) afirma que a *jurisprudence*¹² não pode ser entendida como um corpo único, mas deve ser analisada sob diferentes aspectos, como os da filosofia analítica do direito, preocupada em discutir, por meio de um formalismo lógico, as normas e toda a base conceitual que as envolve; da filosofia do direito natural, ocupada em estabelecer um relacionamento entre justiça e direito, ou seja, preocupa-se em analisar a retidão da norma, e, por fim, da filosofia histórico-sociológica, que se ocupa em analisar a interferência de aspectos estranhos ao direito, como, por exemplo, a economia, a psicologia e os fatores sociais que motivam o legislador na criação das normas ou os juízes na sua aplicação.

¹¹ Fenômeno jurídico equivale a qualquer ato humano que tenha interferência ou relevância jurídica.

¹² Termo inglês para denominar, em certa medida, os estudos jurídicos de maneira geral e não apenas os resultados dos julgados como no caso brasileiro.

Tendo em vista estes aspectos, os fenômenos jurídicos devem ser analisados em dois ramos distintos: a sociologia jurídica e a ciência jurídica. O primeiro se ocupa com o direito em ação e o segundo com as normas. Embora os ramos sejam distintos, há uma interdependência entre os dois que faz com que um não exista sem o outro. Desta forma, Ross distancia-se de Kelsen e da teoria pura do direito e propõe o conceito de direito vigente, que se destaca pela análise de sua eficácia social.

Para analisar a natureza do direito, Ross (2000, p. 28-34) se utiliza do expediente da linguagem para definir a ciência do direito como aquela que o descreve a partir das regras jurídicas (o próprio direito). Ross assevera que nas normas jurídicas se encontram expressões diretivas e na literatura jurídica proposições jurídicas, ainda que diretivas, mas que de forma alguma têm o intuito de prescrever o direito, mas tão somente descrever o conhecimento com base nele. Assim como Kelsen, destaca que a ciência do direito se ocupa em estudá-lo e descrever seu comportamento.

Segundo Ross (2000, p. 34-42), não há utilidade filosófica para se conceituar “direito” ou “ordenamento jurídico”, porque o que existe é o direito vigente em determinado local, o qual, a princípio, não tem ponto de comparação com o direito vigente em outro local no mesmo momento. Por esta razão, não há como definir direito, mas, simplesmente, destacar as regras vigentes em determinada comunidade, as quais formam um todo coerente e dotado de significado para ela. Neste aspecto, Ross se afasta de Kelsen pois, para o primeiro, não é problema filosófico ou não existe resposta filosófica capaz de responder o que é o direito de forma geral, pois ele existe em determinada comunidade é único, uma vez que essa comunidade o estabelece da forma como vive, da forma como está em curso sua realidade. Já o segundo destaca a possibilidade de se evidenciar traços comuns entre os ordenamentos jurídicos de cada comunidade, o que possibilita definir o direito na teoria pura e na teoria geral do direito e do Estado.

Para Ross (2000, p. 53-54), a visão de direito baseada na realidade social, na efetividade da norma, impõe a impossibilidade de se obter uma definição de direito em sentido geral, pois cada comunidade é única, detém traços individuais que se vinculam a realidades distintas. Para exemplificar, na concepção de Ross o direito de uma sociedade capitalista é único e só terá eficácia naquela sociedade, assim como o direito de uma sociedade comunista. Já para Kelsen, não preocupado com o conteúdo da norma, mas sim com sua forma, tanto o direito de uma como o de outra comunidade podem ser caracterizados como direito porque formam um conjunto de normas postas que têm o pressuposto de validade na norma hipotética fundamental.

Ross (2000, p. 55) vai além ao afirmar que uma definição geral do direito está baseada numa condição *a priori*, sendo para os naturalistas a razão derivada, em última instância, da vontade divina e, para o positivismo kelseniano, fundada na norma hipotética fundamental. Descartadas tais condições, a definição perderia seu interesse e sua relevância filosófica.

Já que não há interesse filosófico em se determinar uma definição geral para direito Ross (2000, p. 56) analisa quais pontos diferenciam os sistemas nacionais individuais de normas jurídicas de outros sistemas de normas. Cumpre ressaltar que, neste aspecto, parece haver uma incoerência metodológica no raciocínio de Ross, pois, ao descartar o interesse filosófico por uma definição geral e abstrata de direito, uma vez que a realidade social das comunidades é a única análise que se pode empreender para diferenciar o direito vigente de uma comunidade de outros corpos normativos, deveria fazê-lo tendo em vista sua concepção concreta de direito, mas o faz genérica e abstratamente.

Deixando de lado a questão metodológica exposta anteriormente, Ross (2000, pp. 56-58) demonstra como o ordenamento jurídico nacional pode ser coerente com a comunidade e, por consequência, ter um significado que seja um fator imprescindível para a obediência às regras jurídicas ou, em outras palavras, ao direito nacional. O autor separa as normas em dois grupos com base no conteúdo de cada uma delas: as normas de conduta prescrevem uma determinada ação e são dirigidas mais aos juízes aplicadores das normas do que aos indivíduos, pois são os primeiros que detêm o conhecimento necessário para decidir se as regras foram respeitadas ou não. Aos indivíduos resta o conhecimento de que, se infringirem as regras, deverão arcar com as sanções respectivas. Já as normas de competência, que estabelecem competências específicas, e, em última análise, também são dirigidas aos juízes, pois, em caso de dúvidas a respeito da competência de determinada pessoa pública, serão os juízes que interferirão no processo, utilizando-se do monopólio da força para fazer valer a regra.

Sendo assim, as normas jurídicas são fórmulas que regulam a conduta humana direta ou indiretamente. São dirigidas ao indivíduo, até porque elas regularão a sua maneira de agir, mas também aos magistrados, porque deverão verificar se o indivíduo agiu ou não conforme a norma ou se é ou não competente para algum tipo de exercício especificamente determinado por ela. Por isso, o direito é compreendido como o monopólio do exercício da força e, portanto, o direito é o Estado no uso deste monopólio.

Segundo afirma Ross (2000, p.58),

em síntese: um ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa; o

ordenamento jurídico nacional estabelece um aparato de autoridades públicas (os tribunais e os órgãos executivos) cuja função consiste em ordenar e levar a cabo o exercício da força em casos específicos; ou ainda mais sinteticamente: um ordenamento jurídico nacional é o conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado.

Caracterizado o ordenamento jurídico nacional, há que se analisar sua vigência que, segundo Ross (2000, p. 59-63), só se considera vigente quando a sociedade se sente socialmente obrigada pelo sistema, ou seja, caso não haja legitimação por parte da sociedade, inexistirá o direito vigente porque ela não respeitará os limites e as regras não terão significado. Assim, o ordenamento jurídico vigente são as normas que regulam as ações humanas, tendo como contrapartida as decisões dos juízes que exercem o monopólio da força sobre os indivíduos.

Para Ross (2000, p. 59),

um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata. O teste da vigência é que nesta hipótese – ou seja, aceitando o sistema de normas como um esquema interpretativo – podemos compreender as ações do juiz (as decisões dos tribunais) como respostas plenas de sentido a dadas condições e, dentro de certos limites, podemos prever essas decisões – do mesmo modo que as normas do xadrez nos capacitam a compreender os movimentos dos jogadores como respostas plenas de sentido e prevêê-los.

Vigência seria a aplicabilidade da norma por meio da sentença, ou seja, se há aplicação efetiva da norma, ela é vigente; caso contrário ou não é vigente ou não se pode determinar sua vigência, porque não existem casos concretos que possibilitem a determinação da vigência. Assim, a análise do direito vigente não deve se voltar para as normas, mas para as decisões judiciais, as quais, em última análise, refletem um todo coerente de significado a partir da ação humana.

A teoria de Ross contradiz a teoria de kelseniana na medida em que vincula a condição de efetividade ou vigência do direito à aplicação da norma pelo julgador. Nesta oportunidade, o juiz traz à tona toda carga valorativa o que, na teoria de Kelsen, impossibilitaria a objetividade do direito. Neste aspecto, Ross (2000, p. 60) adverte que “na medida em que o juiz individual é motivado por ideias particulares, pessoais, estas ideias não podem ser atribuídas ao direito da nação, ainda que constituam um fator a ser obrigatoriamente considerado por quem esteja interessado em prever uma decisão jurídica concreta.” Então, compreende-se o comportamento de um juiz identificando a ideologia que motiva suas ações. Entretanto, esta ideologia deve ser compreendida como fato e o juiz tem de tê-lo como padrão

de suas decisões, se tornando uma obrigação para com a sociedade, pois o direito é uma ciência social empírica.

Para Ross (2000, p. 63-65), asserção ou proposição doutrinária é igual a direito vigente, o que equivale a dizer que é igual ao ordenamento jurídico nacional ou, em última instância, ao sistema individual de normas. Assim, entende-se que a descrição do direito é igual à sua prescrição. Mas isto parece revelar certa incoerência, tendo em vista que ele mesmo destacou a ciência do direito como descritiva e, diferente do seu objeto, o direito é uma proposição prescritiva. Não obstante tal observação, na investigação do método de verificação utilizado na ciência do direito chega-se à conclusão de que as asserções podem ser formuladas para descrever a realidade dos fenômenos jurídicos ou como tentativa de influenciar as decisões (sentenças). Assim, Ross relata que o procedimento de verificação da ciência do direito não obterá uma verdade absoluta sobre a regra, mas sim uma verdade relativa, a qual pode variar em grau de certeza ou não de sua aplicabilidade futura, considerando imutáveis as condições postas.

Com esta análise, Ross (2000, p. 66-76) esclarece que o direito e a política jurídica são indissociáveis, pois as decisões judiciais elaboradas pelos juízes contém toda uma carga subjetiva de como o juiz enxerga o direito vigente e mais as suas próprias concepções a respeito da realidade fática. Para esse autor, nenhuma das ciências sociais pode ser analisada sob o aspecto objetivo, pois a sociedade é imprevisível e certa probabilidade de se prever acontecimentos somente é possível mediante emprego de carga subjetiva. A interpretação em matéria social é política e, portanto, um argumento falso pode levar o tribunal a acatá-lo e torná-lo aplicável ou o contrário e um argumento verdadeiro poderá não se transformar em realidade, pois “toda previsão é [...] um fator real passível de influenciar o curso dos acontecimentos e, nessa medida, é um ato político. Consequentemente, em termos fundamentais, a ciência do direito não pode ser separada da política jurídica.” (ROSS, 2000, p. 74).

Segundo Ross (2000, p. 75),

o ponto decisivo para o bom método jurídico não é tanto ser a interpretação oferecida com parecer subjetivo ou asserção objetiva; o que importa é o jurista oferecer suas interpretações com o entendimento de que não podem ser enunciadas como direito vigente com a mesma certeza de quando estão envolvidas regras firmemente estabelecidas, e de que o grau de certeza em muitos casos é tão pequeno que seria mais natural não se falar em direito vigente, mas simplesmente em pareceres e sugestões aos juízes. O jurista não deve procurar enganar a si mesmo ou aos outros passando por alto que há diferentes graus de certeza.

O direito vigente não se refere ao passado, mas ao fato de que a regra jurídica poderá, sob certas condições, ser aplicada no futuro. Por isso, não se pode efetuar previsões com base somente em decisões passadas ou mediante análise da ideologia seguida pelo tribunal. “É forçoso, portanto, insistir que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força e não que são respaldadas pela força.” (ROSS, 2000, p. 78).

Desse modo, a motivação do juiz para decidir deve ser pelo dever e não pela força. Quem observa o conteúdo do direito tem consciência moral. O aspecto formal da moral implica em reconhecer a validade das instituições e o aspecto material se relaciona com a ideia de justiça aceita, por isso o autor utiliza os termos consciência jurídica “formal” ou “institucional” e consciência jurídica “material” ou “moral”.

Para Ross (2000, p. 97-100), o direito não pode se fundar na teoria naturalista porque escaparia aos preceitos científicos, modernamente aceitos, assim como também não pode se sustentar na formalidade rigorosa imposta pelo positivismo da teoria kelseniana, mas deve-se enxergar um meio termo que agregue as duas posições por meio do realismo jurídico, o qual é um fenômeno social, expresso pela aplicação do direito pelos tribunais.

Desta forma, Ross (2000, p. 100) afirma que

só é possível atingir uma interpretação sustentável da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental, que foi o que tentei explicitar no presente capítulo. Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos.

Portanto, percebe-se o intuito de Ross de dar solução à parte metafísica da teoria positivista, representada pela norma hipotética fundamental, agregando a ela a verificação da eficácia da norma para que se tenha um sistema coerente e dotado de significado social. No entanto, ao recorrer à tese do realismo psicológico e comportamental, retoma o problema em outra circunstância. A tentativa do autor foi estabelecer o ponto de origem não a partir do processo de elaboração do direito, mas sim tomando por base sua finalidade. Todavia, tal intenção parece remeter ao problema filosófico de definir se é a norma que tem uma finalidade específica ou se foi esta que deu origem àquela.

Não obstante o problema filosófico levantado no parágrafo anterior, entende-se que a exposição do pensamento de Ross efetuado até este ponto é o suficiente para um dos propósitos deste trabalho, que é identificar se os ministros do STF julgam com base nas

teorias juspositivista ou jusnaturalista. Deste modo, acredita-se que o presente trabalho tenha fornecido e estabelecido os pontos diferenciais entre Kelsen e Ross, em relação a suas concepções positivistas. Para encerrar as discussões conceituais a respeito do juspositivismo, será agora estudado o pensamento hartiniano.

1.3 O Direito e o Problema da Linguagem em Herbert Hart

Outra vertente do juspositivismo preocupa-se com o problema da linguagem através da qual são expressas as regras. É o caso de Hart, o qual desvela a importância da linguagem na construção do direito. Nos capítulos 3 e 4 serão analisados os argumentos debatidos à luz do significado dos termos e sua conformidade em relação à realidade social da comunidade. Para resolver a questão da textura aberta das regras, Hart utiliza-se do expediente da força dos juízes e dos tribunais para solucionar os casos.

A solução positivista hartiniana prevê a harmonia entre regramentos primários e secundários, sendo os primários elaborados pelo legislador ou mesmo em decorrência dos costumes. Os secundários são elaborados pelos juízes e tribunais ao enfrentarem casos difíceis e a mutabilidade da comunidade, o que, de certa maneira, assemelha-se a Kelsen e Ross. Com o primeiro no caso da criação das normas individuais pelo órgão julgador e com o segundo no aspecto finalístico da norma. Apesar da similaridade, Hart agrega à discussão os fatores de poder institucionalizado dos juízes e tribunais e da pressão social sobre eles.

Para Hart (2001), as teorias sérias formuladas a respeito do direito são imprecisas, em parte propositalmente, para que os autores não tenham que responder às críticas de seus opositores, em parte porque são elaboradas de forma reducionista, deixando escapar aspectos essenciais da atuação jurídica e, em grande parte, porque não se aprofundam na elucidação dos problemas da linguagem que envolvem o campo do direito. Ao expor seu pensamento, Hart, em primeiro lugar, trata de complementar as teorias de Austin, Kelsen e Ross e, em segundo, desenvolve sua teoria do relacionamento entre regras primárias e secundárias, sempre preocupado com o significado dos termos.

Essa significação dos termos se mostra relevante para o pensamento de Hart, pois ele entende que o direito, como instrumento de controle social, deve comunicar padrões de comportamento à comunidade, que deve entendê-los e aplicá-los no cotidiano. Mas adverte que tanto o precedente como a regra legislada refletem, em alguns casos, indeterminações que necessitam de uma escolha, porque tanto um quanto o outro têm textura aberta, possibilitando

várias opções plausíveis de serem utilizadas nos padrões de comportamento, quer sejam jurídicos, quer não (HART, 2001, p. 137-141). Não obstante, seu pensamento parece também não diferir do kelseniano quando retrata a complexidade do ordenamento jurídico.

A textura aberta se deve ao fato de que homem e comunidade evoluem ao longo do tempo e a norma geral, na visão aqui defendida, não acompanha tal desenvolvimento. Assim, não se poderia conceber um regime jurídico dotado de regras que possam estabelecer soluções sem que se faça uma escolha no momento da decisão. Isso pode acontecer tanto em casos simples, que na verdade são apenas familiares ao julgador, quanto em casos complexos ou não familiares. (HART, 2001, p. 137-141).

Os sistemas jurídicos modernos, na visão de Hart, possuem regras que têm linguagem adequada e precisa e não deixam dúvidas de como aplicá-las, contemplando, também, regras construídas, propositalmente ou não, com uma linguagem ampla, ou seja, uma textura aberta, que possibilita escolhas. E, para resolver determinadas situações, haverá a necessidade de uma resposta oficial para findar a polêmica. (HART, 2001, p. 142).

Tal resposta pode ser a sentença de um juiz que estabelece novo precedente ou a edição de uma nova regra, após estudos a respeito da situação concreta, não prevista na legislação ou que escape ao modelo dos precedentes, para que sejam pacificados, em certa medida, os anseios sociais. Em ambos os casos tem-se a aplicação de uma regra secundária, que não tem a finalidade de impor uma sanção¹³, mas sim delegar competência a um indivíduo para que possa determinar, criar, alterar ou eliminar parcial ou totalmente uma regra jurídica.

Em relação à textura aberta da regra, Hart chama a atenção para a posição dos céticos em relação a essas regras, pois o fato de haver certo grau de incerteza quanto a sua aplicabilidade ou não em um determinado caso concreto não significa que elas não tenham utilidade prática na realidade social.

Hart, (2001, p. 153) afirma que

o fato de [...] não se cumprir a promessa, certamente não significa que não há regra que exija que as promessas sejam cumpridas, mas tão só uma certa regularidade no seu cumprimento. Do facto de tais regras terem excepções insuscetíveis de afirmação exaustiva, não resulta que em cada situação sejamos deixados à nossa discrição e não estejamos nunca vinculados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a expressão <<a menos que...>> é ainda uma regra.

¹³ Segundo Hart o direito possui uma infinidade de regras que não contemplam sanções, ou melhor, não têm a finalidade de impor nenhum mal, mas em vários casos possibilitar escolhas aos indivíduos; delegar competências; informar; ou se fazer reconhecer. Este assunto foi tratado no capítulo V do livro O Conceito de direito.

Por isso os tribunais superiores, ao decidirem em última instância, exploram a ambiguidade da lei. Isto significa que, do ponto de vista interno, os tribunais declaram o direito com base em seu poder de julgar, estabelecido por uma regra secundária. De maneira nenhuma existe uma relação de predição de aplicação à regra, conforme a teoria realista de Ross. Para Hart (2001, p. 114), a afirmação interna “manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer qualquer regra concreta do sistema como válida.”

A diferença entre Ross e Hart, numa perspectiva pessoal, é que o primeiro determina a validade ou a vigência de uma regra mediante o cálculo de previsibilidade de aplicação ou não do instituto, mas tal fato é caracterizado por uma limitação ou redução simplista para explicar o funcionamento do direito, que deixaria escapar, na visão do segundo, fenômenos não normatizados ou precedentes divergentes, os quais seriam resolvidos mediante o relacionamento entre as regras primárias e as secundárias.

Para esclarecer o relacionamento entre regras primárias e secundárias, evidencia-se a necessidade das regras secundárias, porque as primeiras, sozinhas, não são capazes de responder pelo funcionamento do direito, pelo menos nos Estados modernos. Hart (2001, p. 101. Grifos no original) acusa a necessidade “de um tipo diferente das regras de obrigação ou dever, que são *ex hypothesi* tudo o que o grupo tem.” O direito, na concepção de Hart, não é um sistema que comporta apenas regras que estabelecem sanções, a exemplo citou a lei do casamento ou do testamento, assim como outras que fazem parte do sistema jurídico e desempenham papéis fundamentais no controle social de qualquer comunidade, seja ela primitiva ou moderna.

Entretanto, neste aspecto Hart desenvolveu o sentido de sanção para chegar à situação da nulidade que, guardada as proporções, poderia ser considerada uma sanção, mas Kelsen já havia sugerido na teoria pura que as sanções, dependendo do ramo do direito (civil ou penal), diferem, podendo representar uma desvantagem ou punição. Assim, na hipótese de não observação das necessidades formais da lei do testamento, a nulidade do ato representaria uma desvantagem e, portanto, uma sanção.

Mas a preocupação de Hart, embora sustentada pela questão do significado linguístico dos termos, vai além ao sugerir que o direito requer a necessidade de reconhecimento das regras e dos indivíduos competentes, além, é claro, da obrigação ou dever. Ou seja, em casos concretos, podem surgir dúvidas a respeito de qual regra deverá ser aplicada; se ela é válida; se determinada pessoa é competente ou não para aquela prática específica; se existe a possibilidade ou não de conformar as regras à realidade mutável da comunidade, além da

possibilidade da ineficácia pura e simples da pressão social para manter as regras. Estas dúvidas levariam o sistema a apresentar incertezas, as quais só podem ser resolvidas com o acréscimo das regras secundárias, as quais terão, dentre outros, o objetivo de criar, determinar e/ou eliminar a regra a primária.

De acordo com Hart (2001, p. 104-106), as incertezas proporcionadas pelo padrão, anteriormente comentadas, seriam resolvidas mediante a inserção de uma regra de conhecimento, uma regra de alteração e uma regra de julgamento. As regras de reconhecimento têm a finalidade de fazer com que as regras primárias ou mesmo as secundárias sejam conhecidas. Tais regras, a meu ver, substituiriam a norma hipotética fundamental de Kelsen, que sofre demasiadas críticas pela sua aparente natureza metafísica. Entretanto, ao conceituar tais regras, parece que Hart incorre no mesmo erro ao qual se dedicou a criticar, pois, tendo as regra de reconhecimento o caráter de indicar que outra se encaixa no sistema jurídico e assim deve ser reconhecida e, portanto, apoiada pela pressão da comunidade, resta saber de onde deriva tal regra; qual a sua origem, o que parece, neste aspecto, assumir o seu fundamento último no exercício da pressão popular, que seria, portanto, o requisito de validade do sistema jurídico.

Feitas essas ressalvas, além da regra de conhecimento, Hart (2001) sugere a existência de regras de alteração, as quais também não são ordens baseadas na ameaça, mas regras de competência¹⁴, que conferem poder a determinados indivíduos¹⁵ para que criem regras primárias ou as excluam do sistema, teriam também a finalidade de disciplinar o procedimento de vários fenômenos. Por fim, seriam necessárias, também, as regras de julgamento que conferem poderes aos indivíduos para decidirem, nos casos concretos, quando não há respeito pelas regras primárias.

Com a distinção dos vários tipos de regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico, Hart (2001, p. 155) afirma que:

um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava <<errado>> não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém. A decisão pode, claro, ser desprovida de efeito jurídico através de legislação, mas o próprio facto de que o recurso a tal é necessário demonstra o carácter vão, no que respeita ao direito, da afirmação de que a decisão do tribunal estava errada. A consideração destes factos faz parecer pedante distinguir, no caso de decisões de um supremo tribunal, entre a sua definitividade e a sua infalibilidade. Isto conduz a uma

¹⁴ As regras de alteração equivaleriam às regras de competência sugeridas por Ross e, neste caso, as regras primárias seriam as normas de conduta, de acordo com aquela teoria.

¹⁵ O termo “indivíduos” foi utilizado em sentido amplo, podendo significar uma pessoa física ou jurídica (órgãos), como sugere Kelsen.

outra forma de negação de que os tribunais, ao decidir, estão sempre vinculados por regras: <<O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é>>.

Por isso, Hart critica a teoria realista mais extremada que assume que o direito, em última instância, é o que os tribunais pronunciam, pois somente neste momento ter-se-ia condição de verificar a validade ou vigência do direito. Entretanto, com a determinação das regras secundárias, mais especificamente as de julgamento, tem-se a ideia de que os juízes não estão criando regras, mas observando as existentes e aplicando-as de acordo com as exigências do caso concreto, devido à textura aberta que algumas regras possuem, pois no ato de sua criação não foi possível determinar todos os motivos futuros que poderiam se utilizar dela.

No caso de os precedentes estarem em ponto de mutação devido a alterações ocorridas na comunidade. Em termos kelsenianos, pode-se afirmar que a situação se assemelha à maneira de criação do direito. Para Kelsen, existe a possibilidade de criar direito pela via legislativa, pela consubstanciação dos costumes e dos precedentes e no momento da sentença. Mas Hart (2001, p. 159) é categórico ao afirmar que o juiz não cria direito, mas simplesmente mantém o padrão estabelecido pela regra, principalmente naquelas em que a textura é aberta e, portanto, deixa margem ou pode oferecer escolhas.

O fato é que no caso do julgamento, Hart tece críticas aos céticos em relação às normas, mais precisamente em relação à teoria de Ross, que afirma a sua validade ser, em última instância, o que os tribunais dizem que é. Para Hart (2001, pp. 158-159):

a textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito [...], cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. [...] Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para conferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema.

O que Hart (2001, p. 160) conclui é que as sentenças “devem ser, como alguns <<realistas>> mais extremos pretendem, ou uma cobertura verbal para o exercício duma discricionariedade sem peias ou então devem ser a formação de regras genuinamente consideradas pelos tribunais, do ponto de vista interno, como padrão de decisão correcta.”

Segundo Hart (2001, p. 161-168) o direito não pode ser o formalismo kelseniano tampouco o realismo de Ross ou de outros mais extremados, mas um meio termo entre os dois. Na busca da desqualificação da norma hipotética fundamental, como fonte última de validade do direito, penso que Hart incorreu no mesmo erro quando criticou a Austin em ser

econômico em certas discussões. Assim, fez ele para concluir que as teorias formalista e realista exageram em suas posições, pois a validade do sistema é um fato e não há necessidade prática de testá-la e quando existe a necessidade do tribunal decidir, no caso concreto, sobre a validade tem que reconhecer sua própria autoridade para tanto e imprimir uma opinião oficial, a qual deverá ser aceita pela comunidade, desde que respeite o âmbito do próprio sistema.

A aceitação necessita da análise da relação entre direito e moral. Numa perspectiva da linguagem Hart (2001, p. 172) afirma que certo ou errado e bom ou mau até mesmo perverso não significam a mesma coisa que justo ou injusto. A utilização indiscriminada dos termos como se fossem sinônimos implicam em confusões de que há muito tempo estão estabelecidas. Para o autor os termos justiça e injustiça, quando relacionados com o direito, assumiriam a intenção de expor equitativo ou não equitativo. Desta forma, existe a necessidade de se criticar o direito sob o aspecto da coletividade, da distribuição e da indenização. Os dois últimos, de acordo com Hart (2001, p. 173), deverão ser vistos sob o ponto de vista da equidade, ou seja, de certa forma de igualdade ou desigualdade. Entretanto, destaca o autor, que o sentido de igualdade e desigualdade deve ser complementado pela necessidade de se estabelecer quando são iguais ou desiguais.

Para Hart (2001, p. 174) a questão da justiça é complexa e em certa medida semelhante à sua regra genérica, não obstante, ele acredita que a complexidade pode ser reduzida quando se pretende analisar a aplicação do direito, nos casos concretos, como justa ou injusta, porque as diferenças e semelhanças individuais estão postas pelo próprio direito. Desta forma ter-se-ia certo grau de objetividade, mas, em meu ponto de vista, restaria a questão da subjetividade do aplicador em considerar o que é semelhante e o que é diferente, até mesmo, porque, na teoria de Hart muitas regras são abertas e necessitam de uma atividade de interpretação. Mesmo que esta, seja efetuada com base no discutido anteriormente, há sempre a possibilidade, a qual não se pode descartar, o grau de subjetividade entre as escolhas.

Hart pretende eliminar esse grau de subjetividade ao sugerir que fora do sistema jurídico existe uma convenção sobre os padrões moralmente aceitos na comunidade e verificar se o padrão moral de conduta aceito seria em benefício do bem comum. Portanto, a partir deste referencial, poder-se-ia qualificar um ato jurídico em justo ou injusto com base na equidade. Mas, mesmo existindo tal consenso moral extrajurídico, a regra ainda poderia gerar dúvidas em sua aplicação. Deste modo, a equidade, ou justiça, no direito, estaria representada pelo fato de que as pretensões jurídicas opostas foram consideradas de forma igual antes da emissão da decisão oficial. Este seria o real sentido do termo justiça a ser aplicado ao direito,

ou seja, as proposições devem ser consideradas de maneira igual, mas, na visão aqui adotada, estar-se-ia mais uma vez trazendo o problema da subjetividade em se avaliar a garantia da aplicabilidade de avaliação dos opostos de maneira igual.

Na concepção de Hart (2001, p. 188), a justiça faz parte da moral, o que remete à identificação entre moral e direito. Tal como formulado por Hart no capítulo 5 de sua obra, em uma sociedade primitiva as regras da moral com as do direito poderiam se confundir, pois representariam regras de obrigação ou dever. Entretanto nas sociedades modernas, muitas regras morais compreendem aspectos consideráveis à manutenção social da comunidade, mas algo as difere das regras jurídicas. O autor expõe que existe a necessidade de se analisar os aspectos da interioridade e da exterioridade, os quais seriam limites entre moral e direito. O primeiro revelaria o aspecto moral, pois é consenso no campo da filosofia que tal característica o fundamenta. Já o segundo aspecto revelaria o fundamento das regras jurídicas, as quais se colocam como formas de controle social, ou seja, proposituras para que seja possível a manutenção em conjunto.

Por serem imprecisos ou não representarem por si só a diferença entre moral e direito, deve-se observar esses aspectos em conjunto com quatro características que Hart (2001, p. 188-199) acredita serem diferenciadoras da moral e do direito, bem como de outras regras sociais. A característica da importância revela que, para a moral, os fatos são dotados de alto grau de relevância para o padrão individual ou coletivo da sociedade. Já para o direito e outras regras sociais, tais como as da etiqueta, representam baixo grau na mesma escala de importância, o que justifica o fato de algumas regras jurídicas que já não tenham importância para a sociedade permanecerem válidas até sua revogação.

Entretanto, esse fato não se sustenta nos preceitos da moral, pois aquilo que não é dotado de relevância para aquele sistema não exerce pressão social, não há motivo para sua manutenção ou transmissão e, ainda, não interfere na individualidade, do ponto de vista interior. A característica de imunidade à alteração nas regras jurídicas não se mostra visível, pois via legislação pode-se criar, alterar ou excluir regras, seguindo os padrões estabelecidos pelas regras secundárias. Contudo, as regras morais não são passíveis de tal característica, ou seja, de serem alteradas por vontade humana e provocarem o aceite imediato pela comunidade. Isso não quer dizer que elas não sofram alterações, mas o fato de que são feitas por outras vias que não a legislativa.

O caráter voluntário dos delitos morais significa que, no sistema moral, quando o indivíduo, embora devesse evitar um fato, não o faz porque uma terceira condição se mostrou suscetível de aceitação para suas desculpas, isso não impõe uma censura moral. Não obstante,

as escusas presentes no plano moral, no jurídico nem sempre funcionam da mesma forma, pois o próprio sistema impõe limitações às justificativas para a realização do fato. Esta característica impõe a observação de que nem sempre a moral se preocupa exclusivamente com o aspecto interno e o direito exclusivamente com o externo, demonstra claramente que as condições dependerão do referencial que se tiver a respeito do fenômeno. A característica de pressão moral impõe ao indivíduo a lembrança do que significa cometer aquele ato, ou seja, remete-o a refletir sobre seus atos e as consequências que acarretarão, o que pressupõe uma autoanálise. Já no plano jurídico a pressão ocorre pelo receio da sanção em sentido amplo, conforme visto anteriormente.

Para Hart (2001, p. 201),

não se pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, que ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral corretamente aceite. Mas é possível tornar esta verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: a saber, que um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça.

Para Hart, as regras desempenham papel de relevância em qualquer sistema jurídico e, mesmo tendo algum referencial moral, isso não invalida ou descaracteriza a teoria do positivismo. Segundo Hart (2001, p. 202-209), a teoria do direito natural rejeita o positivismo jurídico com base em proposições que não se sustentam e que merecem maiores esclarecimentos.

Hart aponta duas correntes que defendem a teoria naturalista: a primeira afirma que o direito deve se conformar com a razão para ser válido e a segunda empreende uma maneira menos racional para atribuir validade ao sistema jurídico. Ao desenvolver a primeira, conclui que a razão humana está centrada na perspectiva da sobrevivência do ser humano. Desta forma, direito e moral são regras que devem conformar-se com a razão pautada na vontade de sobrevivência.

O que se extrai desta afirmação é que as regras do direito ou da moral têm conteúdos que implicam no alcance da sobrevivência. Isto revela que as regras definem a forma mínima para o indivíduo existir em uma comunidade. (HART, 2001, p. 202-209)

Ao criticar tal pensamento, Hart (2001, p. 210-216) afirma existirem situações que não podem ser relacionadas à existência natural, mas apenas ao sistema de regras racionais

(direito ou moral), pois dependem da razão humana, não sendo baseadas em verdades absolutas, que possibilitam a aplicação da teoria da causa e efeito.

Em outras palavras, a doutrina baseada na concepção de as regras do direito ou da moral serem descritivas de fenômenos naturais não tem aderência. Assim, a teoria do direito natural, baseada nesta hipótese, não pode ser acatada, mas também a teoria positivista, estabelecida em completa ausência de relacionamento entre direito e moral, deve sofrer adaptações.

A sobrevivência do homem em comunidade depende de regras elaboradas para tal finalidade. Não obstante, não decorrem da natureza dos fatos, mas da vontade humana, a qual pode lhe dar qualquer conteúdo, independentemente da condição de se deveria, ou não, ser prescrita daquela maneira. Todavia, se posta no ordenamento jurídico, torna-se direito e, por isso, deve ser respeitada pela comunidade. Hart (2001, p. 215-216) resume o assunto da seguinte maneira:

Podemos dizer, dado o enquadramento dos factos e finalidades naturais, que aquilo que torna as sanções não só possíveis, como necessárias num sistema interno, é uma *necessidade natural*, e uma tal frase é necessária também para tornar compreensível o estatuto das formas mínimas de proteção das pessoas, da propriedade e dos compromissos, os quais são aspectos igualmente indispensáveis do direito interno. É desta forma que devemos responder à tese positivista de que <<o direito pode ter qualquer conteúdo>>. Isto porque é uma verdade de certa importância a de que deve reservar-se um lugar para uma terceira categoria de afirmações, para a descrição adequada não só do direito, mas de muitas outras instituições sociais, além das definições e das afirmações comuns de facto: trata-se das afirmações cuja verdade é contingente quanto aos seres humanos e quanto ao mundo em que vivem, embora mantendo as características salientes que têm. (Grifos no original).

Hart (2001, p. 217-228) entende que o positivismo proporciona um conceito amplo de direito ao afirmar que uma regra iníqua é uma regra válida, ao passo que o direito natural afirma o contrário, que uma regra iníqua não pode ser direito. Para ele, a teoria naturalista em nada contribui com este pensamento, pois a realidade histórica demonstra casos de regras, não obstante iníquas, mas válidas juridicamente. Negar a validade de tais regras levaria à ineficiência do direito na perspectiva de controle social, impondo um estágio anárquico e, por fim, a não sobrevivência dela.

Em nossa visão, Hart acredita que o direito é um instrumento de dominação no cumprimento de sua função, o controle social, mas que deve se apresentar de forma razoável. Para que isto aconteça, existe a necessidade de se enxergar o relacionamento entre direito e moral, o que, em última análise, o valida, porque somente desta forma visualizar-se-ia o direito justo e moral e assim poder-se-ia conseguir obediência e cooperação suficientes para manter o sistema estável e duradouro.

2 AS CONCEPÇÕES DOS JUSNATURALISTAS (JUSMORALISTAS) CHAÏM PERELMAN, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY

Da mesma maneira estabelecida no capítulo anterior, este capítulo tem a intenção de revelar o pensamento de alguns autores jusmoralistas sobre a criação, a compreensão e a interpretação do direito. Para isso, escolhi, aleatoriamente, estudar as concepções de Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para melhor compreensão do assunto, os juspositivistas foram separados dos jusmoralistas.

Como visto no capítulo 1, os positivistas concebem, compreendem e interpretam o direito a partir do direito posto, isento de concepções morais. Argumentam, em resumo, a existência do direito com base no objetivismo da norma, descartando o subjetivismo moral devido às particularidades e individualidades a que está sujeito o campo da moral. Já os moralistas creem na possibilidade da existência do direito baseado na justiça, pois é ela que assegura o convívio social harmonioso.

Portanto, a razão de ser deste capítulo é a possibilidade de estabelecer uma aproximação entre os argumentos destacados nos julgamentos a serem analisados nos capítulos seguintes, à luz teoria jusmoralista. Assim como no capítulo anterior, este contempla a visão de três autores jusmoralistas e, da mesma maneira, não se pensa em esgotar o assunto a respeito do moralismo, mas sim se pretende ter condições, mediante exploração dos pensamentos de Perelman, Dworkin e Alexy, de identificar argumentos e/ou interpretações moralista e sua conformidade ou não com a teoria positivista.

2.1 O Raciocínio Jurídico de Chaïm Perelman

Este item cuida da exposição da teoria perelmaniana a partir da leitura da obra *Lógica Jurídica: nova retórica*. Nesta obra, percebe-se a preocupação em se estabelecer uma metodologia capaz de suavizar os efeitos do subjetivismo no momento de prolação das sentenças. A preocupação de Perelman não é com a normatividade do direito, mas sim com o processo interpretativo calcado no estabelecimento da justiça. Ou seja: pretende alinhar a decisão à norma e à justiça da ação, diferentemente dos positivistas, os quais não acreditam na possibilidade de adequação entre direito e moral.

Para Perelman, a sentença é fruto do raciocínio jurídico, o qual se desenvolve por meio de uma metodologia particular, ou melhor, de uma lógica específica. Ao longo desta parte

será apresentado o pensamento desse autor na construção do raciocínio jurídico, que servirá de modelo de avaliação para análise e crítica dos argumentos e fundamentos a serem trabalhados nos capítulos 3 e 4.

O ponto de partida de Perelman (2000, p. 1) é o raciocínio que, segundo ele, pode ser uma atividade da mente ou um produto resultante dela. Desta forma, Perelman entende-o como o processo de estabelecer um raciocínio ou o fruto dele. A atividade da mente, de maneira restrita, pode ser entendida como a maneira de se estabelecer um determinado objeto, o qual ocupou o intelecto humano em um processo complexo. Entender como a mente funciona pode ser alvo de várias áreas do conhecimento, as quais possibilitarão várias explicações, tendo como referenciais pontos de vista diferentes. Entretanto, esta não é a preocupação de Perelman, o que ele pretende é desenvolver um estudo sobre o resultado do processo, independentemente dos aspectos que influenciaram a atividade mental.

Perelman (2000, p. 1) pretende analisar, sobre a perspectiva da lógica, “o modo como foi formulado, o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que os une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade com certas regras ou certos esquemas conhecidos de antemão”. Deste modo, parece-nos que a possibilidade de analisar o objeto do raciocínio, por meio do modo como foi formulado, empreende, necessariamente, o estudo da atividade mental e a definição de uma ou várias perspectivas sob as quais o estudo foi produzido.

O autor esclarece que o estudo dos raciocínios é antigo e parte da premissa de que existem raciocínios analíticos e dialéticos, conforme definição de Aristóteles. Os primeiros são estabelecidos com base em premissas verdadeiras, inferências válidas e conclusão verdadeira, ou seja, um silogismo que tem origem na forma como se determinam as inferências a partir da premissa. Por isso, o raciocínio analítico é objeto de estudo da lógica formal.

Segundo Perelman (2000, p. 1-3), os raciocínios dialéticos estudados por Aristóteles preocupam-se com as maneiras utilizadas para persuadir, convencer, criticar ou defender uma determinada questão utilizando-se de argumentos. Deriva destes “tipos” de raciocínio um terceiro, que seria o silogismo dialético, segundo o qual é com base em premissas estabelecidas que são formulados os argumentos, com o objetivo de convencer¹⁶ um indivíduo¹⁷. Mas Perelman está convicto de que não se pode entendê-lo a partir da lógica

¹⁶ O termo convencer foi utilizado em sentido amplo.

¹⁷ O termo indivíduo foi utilizado de maneira ampla o que pode sugerir uma única pessoa, ou um conjunto de pessoas.

formal, que a maneira como os juristas raciocinam é peculiar e não atrelada ao formalismo e implica a produção de objetos equitativos, razoáveis ou justos.

Perelman (2000, p. 8-9) estabelece que o raciocínio chamado de jurídico difere das outras ciências pelo fato de existir, em determinado momento, alguém, em casos de opiniões divergentes, que põe fim à discussão, impondo uma solução pessoal. Neste caso, pode ser o legislador, um juiz, um tribunal ou um agente público qualquer que, ao propor a solução, o faz com base na condição pessoal que lhe move. Assim, tal solução valorativa, pois de cunho estritamente pessoal, não pode ser calculada, medida ou prevista por meio da lógica formal. Esta solução, segundo o autor, é o que diferencia o raciocínio jurídico das ciências dedutivas, na qual a facilidade de consenso sobre técnicas se opera de maneira mais fácil, e da filosofia e das ciências humanas que em caso de não se obter consenso cada parte permanece com seu entendimento. Desta forma, Perelman entende que a decisão tomada em direito tem caráter pessoal, pois na escolha de um ou outro argumento alterar-se-á somente a forma como se decide e se aplica valor às razões apontadas.

Por este motivo, o direito, para esse autor, não pode ser analisado como tendo por base a aplicação de regras, pois isto implicaria em reconhecer que a solução jurídica, dada em um caso concreto, seria a única justa. Não há, por isso, a possibilidade de se enxergar o direito como emanado de uma autoridade competente que, por meio de uma hierarquia estabelecida, imporá uma solução jurídica. Isso até acontece, mas não significa que a solução é única, ou ainda que é a única justa. (PERELMAN, 2000, p. 8-9).

Preocupado em definir a existência de uma lógica jurídica particular, o autor explora três tipos de técnicas de raciocínio (*a simili*, *a fortiori* e *a contrario*). A técnica *a simili* conduz a uma decisão com base no que fora decidido anteriormente; a técnica *a fortiori* significa decidir de determinada forma porque é racional, tendo em vista uma decisão anterior; já a técnica *a contrario* possibilita a recusa em decidir da maneira como foi feito anteriormente, em virtude de diferenças que impedem a aplicação da técnica *a simili*. (PERELMAN, 2000, p. 10-13).

Cumprido ressaltar que todas essas técnicas, ou tipos, de argumentos estão fundadas na necessidade de se estabelecer a justiça, assemelhando-se ao que foi tratado por Hart, na condição justa de tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente. O argumento *a simili* impõe a necessidade do tratamento igual em casos semelhantes, o que representa coerência e justiça. O argumento *a fortiori* revela um caso atual não similar ao anterior, mas que necessita de decisão com base naquele, porque seria injusta uma decisão

contrária, tendo as proporções do caso novo. O argumento *a contrario* exige que os casos não semelhantes sejam tratados de forma diferente dos precedentes.

Não obstante o tipo de argumentação utilizado, a decisão jurídica deve se conformar com a vontade popular, porque, em caso de resultados iníquos, a reação da comunidade poderia invalidar ou não acatar o sistema, e o direito busca a justiça ou, no mínimo, a aceitação social. Tendo em vista a necessidade de conformação do direito com justiça, segundo Perelman (2000, p. 13), “esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.”

Antes de analisar com mais detalhes os argumentos jurídicos, Perelman (2000, p. 16-26) cuidou de expor sua visão a respeito do direito. Identificou que, a partir de Cícero, o direito iniciou uma trajetória de separação da moral e da religião que culminou, no século XVII, na concepção de um direito puramente racional. Foi nesse contexto que Hobbes, Montesquieu e Rousseau se opuseram à ideia de uma jurisprudência universal. Para Hobbes, o direito não é a expressão da razão, mas uma manifestação da vontade do soberano. Montesquieu formulou a teoria da separação dos poderes, impondo que as leis positivadas não deveriam ser entendidas como verdades universais, mas sim analisadas em relação à realidade do Estado. Já para Rousseau, a lei é a expressão da justiça, pois é formulada a partir da vontade da nação. Afirma Perelman que a combinação destas ideologias resultaria no entendimento de que o direito é o conjunto de leis através do qual os juízes resumem e aplicam o texto da lei ao caso concreto, exigindo-se a fundamentação de sua decisão.

A fundamentação da decisão tem papel relevante na teoria de Perelman, porque permite verificar a lógica jurídica correspondente. A partir da obrigatoriedade da motivação nas decisões judiciais, instaurada em 1790, o autor destaca três períodos que demonstram raciocínios diferentes. O primeiro caracterizado pela escola da exegese, o segundo pela escola funcional e sociológica e o terceiro pela concepção tópica do raciocínio judiciário. (PERELMAN, 2000, p. 29-30).

No apogeu da escola da exegese, o raciocínio dominante era o de que o direito nada mais era do que a lei e, apenas em casos extraordinários, a lei conteria lacunas. Por isso, o juiz se restringiria a pesar os fatos e aplicar a letra da lei ou, em outras palavras, formular o silogismo judiciário, o que atenderia a doutrina da separação dos poderes, pois o legislador, ao formular a regra, revelaria a vontade soberana do povo e o judiciário a aplicaria de forma institucional. O raciocínio utilizado naquela escola sugere o uso da lógica formal, em que a premissa menor deve se conformar com a maior, ou seja, a partir da lei posta, o juiz faz suas

inferências para chegar a uma conclusão baseada na lei, o que demonstrava o raciocínio do positivismo formalista, na concepção de Perelman (2000, p. 31-34). Ele afirma que esta teoria não conseguiu se sustentar porque o sistema jurídico se mostrou incompleto e as regras positivadas, ambíguas.

Ao analisar o raciocínio da escola da exegese, Perelman (2000, p. 34) critica-o, afirmando que o juiz só estaria distante da formulação legislativa caso o sistema fosse “completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambiguidades”. À medida que o juiz tem por ofício não se escusar a julgar casos em que o sistema não se revela conforme o descrito anteriormente, torna-se importante, na visão perelmaniana, o estudo da prova, a qual levará o juiz a formar seu convencimento a respeito dos fatos.

Perelman (2000, p. 43-54) indica que a prova testemunhal sugere presunções, que o autor chama de “presunções do homem”, que são inerentes ao raciocínio comum e não contemplam a atividade jurídica. Já as provas legais revelariam, em alguns aspectos, problemas de interpretação, que também deveriam ser resolvidos pelo juiz, que exploraria as experiências pessoais em seu ofício, chamadas de presunção legal. Estas últimas ganham contorno quando o juiz tem de atribuir valor aos fatos, ou seja, passar de uma fase descritiva dos fatos para uma fase valorativa, com base na legislação em vigor.

O raciocínio da escola da exegese, estabelecido em critérios de lógica estritamente formal, tem por necessidade que o juiz sentencie em conformidade com a lei e, portanto, não aceita que outras fontes sejam adotadas para a formação da convicção do magistrado. Em algumas oportunidades, consideradas excepcionais, o juiz poderia atuar de forma mais ampla, mas isso não configuraria ação em forma de produção do direito, pois a fundamentação da sentença necessitaria estar conforme a lei. (PERELMAN, 2000, p. 43-54).

Essas situações, vistas como antinomias, ocorrem no caso específico de o magistrado se deparar com duas diretivas opostas, em caso de conflito entre leis ou ainda quando existirem lacunas na lei. O juiz está obrigado a emitir uma sentença, mas como decidir impessoalmente é o cerne da questão. Tais situações, como afirma Perelman (2000, p. 54-62), foram responsáveis pela derrocada do raciocínio exegético, o que proporcionou a utilização de outras fontes que não a lei pura e simples para a formulação da fundamentação da sentença.

Embora os casos de antinomias revelem possibilidades diversas que evidenciam conflitos entre normas e, por isso, o convencimento do juiz não pode se limitar ao raciocínio dedutivo da lógica formal, os casos de lacunas também apresentam uma disposição similar. Se existir uma lacuna legislativa em um caso concreto, o juiz deve preenchê-la, todavia deverá fazê-lo embasando a sentença na legislação. Entretanto, como fundamentar com base na

legislação se ela não existe? Somente buscando outras fontes para elucidar o caso, o juiz poderá se convencer dos fatos e prolatar a sentença.

Segundo Perelman (2000, p. 66),

não se pode, pura e simplesmente, identificar a existência de lacunas com o fato de um sistema formal ser incompleto, como desejariam certos formalistas. Um sistema formal é incompleto quando não se pode deduzir dos axiomas do sistema, mediante regras de dedução aceitas, uma proposição, que se pode formular nesse sistema, nem sua negação. [...] Ora, as controvérsias jurídicas concretas demonstram que é frequente, a este respeito, constatar um desacordo entre os intérpretes, o que acarreta, conseqüentemente, um desacordo sobre a existência ou sobre a própria inexistência da lacuna.

Assumindo uma perspectiva histórica, Perelman (2000, p. 69-70) indica a evolução da situação e o juiz passou a ocupar mais espaços. Ou seja, passou a ter mais liberdade para proferir sentenças baseadas em outras fontes que não a lei, o que levou o raciocínio formal da escola da exegese ao declínio, fato que possibilitou a divulgação da teoria da escola teleológica, funcional e sociológica do direito, que tinha como concepção que

o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. Mas como ele não pode contentar-se com enunciar tais fins, assinalar tais valores, pois esse modo de proceder introduziria no direito uma indefinição e uma insegurança inadmissíveis, deve formular com certa precisão regras de conduta que indicam o que é obrigatório, permitido ou proibido, para atingir esses fins e realizar esses valores. Conseqüentemente, o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei. (PERELMAN, 2000, p. 70-71).

Na nossa visão, no exemplo exposto por Perelman (2000, p. 72) envolvendo a discussão entre Hart e Fuller, parece não haver contrassenso entre os debatedores, porque Hart explorava justamente a textura aberta da regra, ou seja, sua ambigüidade, que, em alguns casos, imporá situações que permitirão uma escolha do juiz. Hart sempre esclareceu que os exemplos lançados em sua obra representavam opostos exagerados, os quais tinham por finalidade melhorar o entendimento a respeito do assunto.

Segundo Perelman (2000, p. 72-85), o legislador que adota tal corrente, propositalmente, deveria garantir a ordem e a segurança por meio de textos amplos e genéricos segundo os quais os juízes interpretariam a letra da lei em conformidade com o “espírito do direito”. Nesta concepção, espera-se que as exceções, os casos que não constam no texto legal, sejam tratados com prudência e interpretados em conformidade com o direito e não puramente a partir do texto da lei. Desta maneira, o direito deve ser analisado tendo em

vista a sua função social, pois ele não pode ser confundido com um sistema matemático, uma vez que precisa lidar com variáveis que se alteram ao longo do tempo e se adaptam às novas necessidades.

O declínio dessa escola surge, segundo Perelman (2000, p. 86), quando o sistema passa a utilizar a “ficção jurídica, [...] uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica”, com a qual o sistema, deliberadamente, maquia a realidade dos fatos para conformá-la à lei e manter atuante o princípio da separação dos poderes. Mas tal situação não se sustenta porque a forma de eliminar tais ficções necessita da atuação legislativa para reformular aquelas. Entretanto, a demora excessiva do poder legislativo em reformular os textos legais desencadeou o aumento da participação judiciária na criação do direito, pois a dinamicidade da sociedade e, por consequência, a do direito requerem decisões, mesmo que haja ambiguidades, lacunas e inércia do legislativo no desenvolvimento de suas funções.

Para comprovar que o direito é dinâmico Perelman (2000, p. 91-95) se utiliza dos acontecimentos ocorridos após o julgamento de Nuremberg, criticando a teoria positivista de Kelsen. No entendimento do autor, a teoria kelseniana pretendeu separar o direito do fato, mas não há como negar que uma lei injusta pode ferir princípios anteriores e causar repercussões negativas no âmbito social. Perelman acredita ainda que o positivismo, tal como formulado por Kelsen, com a finalidade de tratar o direito como ciência, não leva em consideração a justiça e a equidade. Afirma também que, tanto na concepção positivista como em situações concretas, tem-se a necessidade de analisar a postura do juiz que, ao prolatar uma sentença, o faz mediante seus entendimentos pessoais e de forma pessoal.

Entretanto, o magistrado tem o dever de motivar formalmente a sua decisão, mas, em alguns casos, não conseguiria fazê-la utilizando um raciocínio dedutivo a partir da lei, o que demonstrava a necessidade de um raciocínio pautado na indução e não na dedução. Afirma, por fim, que o positivismo kelseniano, após a Segunda Guerra Mundial, não se sustenta, principalmente depois do julgamento de Nuremberg, que possibilitou a condenação de indivíduos que seguiam as ordens de Hitler que estabelecera “leis injustas”. (PERELMAN, 2000, p. 91-95).

Analisar a forma de atuação do juiz frente à aplicação dos princípios gerais do direito se inicia pela afirmação de que estes princípios são imanentes da cultura de cada Estado e, modernamente, as sociedades democráticas os utilizam como pressupostos válidos a uma motivação jurídica justa, sensata e aceitável. Tendo o juiz condições de prolatar sentenças aceitáveis e fundamentadas, afirma Perelman, não significa rompimento com a teoria da

separação dos poderes, mas que o judiciário moderno tem o papel de complementar o poder legislativo e aplicar aquilo cujo teor se revela dominante no campo jurídico.

De acordo com Perelman (2000, p. 105), a teoria pura do direito, desenvolvida por Kelsen, não se mostra capaz de responder a inúmeras situações. A título de exemplo, o autor utiliza o caso da Bélgica que, na Primeira Guerra Mundial, foi ocupada pelos alemães e o rei se viu obrigado a legislar sozinho, por meio de decretos, o que seria contrário à Constituição daquele país. Porém, após a guerra, a corte de cassação se viu obrigada a reconhecer a validade dos decretos, mas não com base na lei e sim com fundamento nos princípios gerais de direito e a considerá-los constitucionais, mesmo não obedecendo à forma estabelecida na Constituição que permite a Perelman (2000, p. 105) afirmar que, “se a teoria de Hans Kelsen fosse conforme à realidade jurídica, e se o texto constitucional devesse constituir a norma fundamental do direito belga, a Corte de Cassação teria de aceitar a argumentação do demandante, que atacava como anticonstitucional”. Parece-nos que neste aspecto a interpretação de Perelman em relação à norma fundamental é a de identificá-la como igual à Constituição, o que, em nossa opinião, parece não refletir a teoria kelseniana, uma vez que a norma fundamental tem por finalidade constituir o ponto de partida hipotético do direito. De acordo com a teoria de Kelsen, a validade dos decretos decorreria do fato de verificar se eles foram promulgados em observância às regras superiores.

Entende-se que, em uma digressão rápida e de forma restrita, tal verificação chegaria, em última análise, à norma hipotética fundamental que, não visão positivista kelseniana, assume o fundamento último de validade das normas. Sendo hipotética, pode-se conjecturar que a hipótese excepcional da Bélgica não foi prevista pelo legislador, mas o tribunal, diante do caso concreto, criou uma norma individual, com base na competência e de acordo com os preceitos normativos.

O autor tende a justificar o seu ponto de vista com o argumento de que as leis têm finalidade definida e, por isso, não se pode imaginar que vigorem por tempo indeterminado. Esclarece que, ao longo do tempo a jurisprudência e a doutrina podem trazer adaptações, mas chegará um momento em que elas não mais corresponderão à realidade ou, em outras palavras, perderão sentido e aplicabilidade. Perelman (2000, p. 106) afirma, em resumo, que “uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.”

Entretanto, tal fundamentação parece não se sustentar, tendo em vista o exemplo da Constituição americana promulgada em 1787 e vigente até os dias atuais. Naquela data, os

Estados Unidos passaram da condição de colônia a país dominante, impondo-se no campo econômico como primeira potência. Da situação de relativa fragilidade de forças armadas, o país assumiu a reconhecida condição de potência bélica e passou por duas guerras mundiais. Os Estados Unidos da América assumiram, ainda, condição de destaque nas áreas de educação, saúde, esporte, cultura, dentre outras. Enfim, parece que as transformações, como demonstra a história, não foram poucas nem pequenas; pelo contrário, pode-se constatar que em dois séculos transformaram-se várias vezes. Não obstante estas constatações, a Constituição americana permanece vigente, embora tenha recebido algumas emendas, que não retiram seu aspecto de vigência desde o final do século XVIII. Por fim, parece ainda que não há interesse americano em revogar a Constituição, o que revela a fragilidade do argumento de Perelman.

Críticas à parte, a visão perelmaniana não aceita o positivismo e afirma:

O raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão impõe, mesmo que pareça desarrazoada, mas não é tampouco simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. Pois, desse modo, o juiz deixaria de ser atado pelo legislador, o que suprimiria a distinção tradicional entre o justo *de lege data* e o justo *de lege ferenda*. A tarefa que o juiz se impõe é, portanto, a busca de uma síntese que leva em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico deverá apenas examinar os métodos que o juiz utiliza para chegar a esse resultado. (PERELMAN, 2000, p. 114-115. Grifos no original).

Em resumo, Perelman (2000) sugere que o pensamento jurídico moderno deve estar pautado no valor da solução e em conformidade com o direito, o que implica salientar que a solução deve ser aceitável, ou seja, que em certa medida pacifique a situação com base nas fontes do direito. Mas para se ter uma decisão razoável, aceitável e equitativa, o raciocínio jurídico formal não possibilita esta situação. Assim, faz-se necessário um elemento que possibilite flexibilidade ao juiz para interpretar o texto legal ou o precedente que, segundo o autor, poderia ser resolvido com o resgate da doutrina de Aristóteles a respeito dos tópicos de direito¹⁸.

Estes tópicos representariam argumentos jurídicos específicos, os quais possibilitam o desenvolvimento de um raciocínio dialético que não se prende à norma posta, mas dela não se afasta por completo, utilizando-a e interpretando-a de forma mais flexível, tendo em vista os

¹⁸ Perelman (2000, p. 118-119) relata que alguns autores encaram os tópicos como princípios gerais de direito, outros como máxima, adágio, brocardo ou provérbios de direito. Mas o fato é que os tópicos jurídicos “representam pontos de vista que a tradição leva em consideração e fornecem argumentos que a nova metodologia, que busca conciliar a fidelidade ao sistema com o caráter sensato e aceitável da decisão, não pode desprezar.”

tópicos especiais. Isto leva à conclusão, segundo o autor, de que os tópicos proporcionam a aproximação entre o positivismo e o naturalismo, fundindo-os para que se tenha uma metodologia coerente, aceitável e que proporcione a paz jurídica.

Por isso, a teoria perelmaniana de aproximar direito e justiça necessita estabelecer uma metodologia válida para a aplicação da razão em situações que envolvam o estabelecimento de valores, ou seja, em situações controversas, que não podem ser resolvidas por meio da lógica formal ou de qualquer outro instrumento de medição objetivo. No percurso para desenvolver esta metodologia, Perelman (2000, p. 138) conclui que “não havia lógica específica dos juízos de valor, mas [...], quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação” tendo a argumentação a finalidade de estabelecer um acordo capaz de pacificar uma situação com uma medida aceitável, razoável e justa. Entretanto, como garantir que isso se torne realidade, uma vez que os valores representam coisas distintas para as partes¹⁹ envolvidas na disputa? Para o autor isso se torna possível recorrendo-se aos raciocínios dialético e retórico.

O conceito de retórica proposto por Aristóteles, segundo Perelman (2000, p. 141), é incompleto, pois o filósofo considera a retórica “como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis.” Perelman (2000, p. 141-143), acrescenta pontos que considera essenciais para uma melhor compreensão do assunto, destacando quatro observações que devem completar o conceito aristotélico:

(1) a primeira é que a *retórica procura persuadir por meio do discurso*. [...] (2) A segunda observação concerne à *demonstração e às relações da lógica formal com a retórica*. [...] (3) A terceira observação é que *a adesão a uma tese pode ter intensidade variável*. [...] (4) A quarta observação, que distingue a retórica da lógica formal e até das ciências positivas, é *que ela diz respeito mais à adesão do que à verdade*. (Grifos no original).

Das observações de Perelman destaca-se que a retórica não exclui a ameaça nem a promessa, por constituírem técnicas para obter a adesão do auditório às teses. Tal adesão pode variar de intensidade, uma vez que propõe o estabelecimento de um consenso em torno de um valor que, em última instância, exige uma escolha.

O autor estabelece que a preocupação da retórica com o auditório se dá pelo fato de o orador ter de conseguir a adesão de todos para sua tese e, por isso, torna-se importante explorar o quão aderente sua tese é em relação às considerações gerais que possibilitarão o

¹⁹ O termo “partes” foi utilizado para se expressar não somente os indivíduos que disputam algo, mas também aqueles que têm participação efetiva na decisão (pacificação) do litígio.

desenvolvimento da tese particular. Mas, ao pretender discursar, mesmo que o orador tenha ciência das considerações gerais e aceitáveis pelo público, as técnicas de argumentação, invariavelmente, terão de adotar uma opção em detrimento de outra, o que, para a filosofia implicaria a utilização indiscriminada das escolhas. Portanto, para o direito, a técnica da argumentação pautada na generalização também não se revela suficiente para a concepção de um sistema jurídico coerente, razoável e justo.

A solução jurídica sempre teve em mente uma decisão justa e, desta forma, sempre vem atrelada a preceitos morais e religiosos. Perelman afirma que podem ser identificadas três fases jurídicas ideológicas: a primeira ocorre antes da Revolução Francesa e busca uma solução justa, por meio de um raciocínio jurídico, o qual não exigia a motivação das sentenças. A segunda tem início após a Revolução Francesa e privilegia a segurança jurídica, embasando o raciocínio jurídico em uma lógica dedutiva, o que garantiria a previsibilidade e a imparcialidade dos julgamentos. A terceira acontece atualmente e incumbe o juiz de prolatar uma sentença equitativa e razoável, que garanta a paz social e jurídica.

Na segunda fase, em que proliferaram as ideias da escola da exegese, o poder judiciário era visto como subordinado ao poder legislativo, tendo que julgar nos limites estritos da lei positivada. Já na terceira fase, o judiciário é visto como auxiliar do legislativo e por isso pode flexibilizar a aplicação da lei em função dos princípios e dos tópicos jurídicos, o que tornaria as sentenças equânimes e razoáveis.

Perelman fundamenta que, nos dias atuais, existe uma proximidade muito grande entre o direito natural e o direito positivo que norteia as decisões com base no direito escrito e também no não escrito. Tanto a jurisprudência quanto os costumes (valores) acabam sendo utilizados pelos juízes para proferirem sentenças aceitáveis.

Devido à impossibilidade de o juiz decidir satisfatoriamente sem a observância da realidade sociocultural, Perelman relata vários casos em que a lei positivada não teve eficácia, em decorrência da prática costumeira de uma ação que sempre foi de encontro ao texto legal. Nestes casos, o judiciário sempre busca uma interpretação legal que possa atender aos anseios sociais e que seja juridicamente plausível e sólida. Resumidamente, o autor atesta que o judiciário deve ser independente, tal como estabelecido na teoria da separação dos poderes, porque em várias ocasiões o Estado pode promulgar leis que não representem a realidade da Nação.

Um judiciário independente resguardaria o Estado democrático dos abusos estatais, flexibilizando a interpretação da lei conforme a realidade, com uma decisão razoável e aceitável. Perelman retrata o legislativo como o órgão político que necessita de respaldo

popular para manter sua legitimidade e seu prestígio, estabelecendo uma oposição entre o real e o legal. Pensando nisso o legislativo, quando legifera, promulga leis com imprecisão, restando ao judiciário o dever de sentenciar e estabelecer a paz jurídica.

Em relação ao raciocínio jurídico, o autor afirma que poderá ser realizado a partir das técnicas de fundamentação utilizadas pelo juiz no momento da sentença. Após apresentar alguns casos concretos, Perelman (2000, p. 229) conclui que “a aplicação do direito, que se quer aceitável, porque razoável, não poderia limitar-se a uma simples dedução, pois se define o conteúdo de grande número de conceitos em comparação aos valores aceitos pela sociedade. O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador” e continua argumentando que a finalidade do direito é “regulamentar a organização e o funcionamento das sociedades humanas, realizando nelas uma ordem tão equitativa quanto possível.” (PERELMAN, 2000, p. 237).

O autor acrescenta ainda que, “em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano, pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação.” (PERELMAN, 2000, p. 241).

A partir destas constatações, Perelman afirma que no direito existe uma lógica jurídica diferente da lógica formal, pois o silogismo dedutivo não gera aceitação, equidade e razoabilidade no campo, mas a lógica judiciária depende, ainda, de como o legislativo e o judiciário concebem o direito e a realidade social, deixando em aberto que, em alguns Estados, o judiciário utiliza-se da lógica formal, atendo-se ao positivismo legal, porque a cultura da nação assim requer. Entretanto, em Estados mais modernos e com um sistema jurídico mais desenvolvido, a integração entre os princípios gerais do direito e os tópicos de direito é essencial para o desenvolvimento do direito e, conseqüentemente, da sociedade.

Acredita-se que Perelman se revela interessante ao introduzir a discussão sobre os argumentos produzidos pelo judiciário, entretanto estabelece suas considerações tendo em vista as decisões judiciais, o que parece ser insuficiente para justificar a aproximação do direito positivo com o direito natural. E mais, o raciocínio tido como jurídico, efetuado a partir das sentenças, é insuficiente para caracterizar o sistema por completo, ou seja, o direito em si, pois é consenso que o direito vai além da decisão judicial. Ao final das constatações de Perelman sobre o raciocínio jurídico, parece não haver inovações em relação ao pensamento positivista, de que o direito é uma moldura e nela se pode inserir o que se desejar, tendo por base a norma posta.

Entendemos, portanto, que a visão perelmaniana a respeito do positivismo é restrita ao se apegar apenas à legislação. Não obstante, o positivismo kelseniano não se prende ao legislado, mas tem também como posto o costume, pois considera o direito consuetudinário positivo. Em um exercício de analogia, pode-se conceber que um princípio geral de direito ora poderá ser tido como norma jurídica, ora como ato jurídico, utilizando a concepção de Kelsen.

Deste modo, o princípio de que a lei posterior revoga a anterior encaixa-se na condição de norma, uma vez que exprime um dever ser, comporta exceções e, em caso de descumprimento, estabelece uma sanção²⁰ que tem validade porque está de acordo com a norma hipotética fundamental.

Cabe destacar que o direito positivo é um conjunto de regras criado por seres humanos, e tem fundamento de validade na norma básica. Se criado, isto é, se posto, toda a carga valorativa, quando do ato legislativo, se faz posta e, desta maneira, torna-se positivada, o que, em outras palavras, sugere que, da discussão legislativa ou do processo de formação de um costume, supõe-se que a justiça ou a equidade ou qualquer outra condição valorativa se transformou em um dever-ser, porque foi criado pelo homem em conformidade com a norma hipotética de validade.

Assim também entendemos a decisão do judiciário ou do funcionário público que, no processo de aplicação da norma geral, encerra-o, criando uma norma individual, a qual se torna positiva e que não está isenta de carga valorativa, mas, quando posta, é válida, desde que se conforme à norma fundamental. Com tais hipóteses, cremos que a aproximação entre direito e justiça está presente na construção kelseniana, porém seu ponto de vista é isolar o direito posto das concepções valorativas, não pelo fato de não se desejar um direito justo, mas sim pela necessidade de estabelecer critérios objetivos para ciência jurídica.

Como se vê, o raciocínio jurídico, baseado na argumentação dialética, exposto por Perelman, pode ser encontrado na concepção kelseniana tanto na produção legislativa quanto na produção jurisprudencial. O fato é que, tanto positivismo quanto naturalismo têm um recorte específico do problema, mas ambos pretendem encontrar uma solução que possibilite sustentar o sistema jurídico. Resta saber se as concepções, isoladamente, são capazes de responder às modernas questões sociais, se devem ser fundidas ou ainda desconsideradas em razão de outra teoria. Esta análise poderá ser vista nos capítulos 3 e 4, a partir dos julgamentos

²⁰ Neste caso, há que se utilizar o termo como proposto por Hart, ampliando-o para considerar qualquer forma de anulabilidade de uma sanção. Assim, em caso de descumprimento do princípio, pode-se anular o ato em desacordo.

dos recursos extraordinários e das ações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade destacadas para o presente estudo.

2.2 A Integridade do Direito de Ronald Dworkin

Este item procura explorar a visão de Dworkin em relação à atitude interpretativa do juiz, na busca do que ele chamou de integridade do direito, ou seja, da coerência entre o ordenamento jurídico e a justiça, objetivando a pacificação social. No mesmo sentido de Perelman, este autor lança mão de uma metodologia capaz de oferecer a uma decisão a condição de justa sobre determinados aspectos jurídicos, os quais se apresentam nos casos concretos.

A visão dworkiniana mostra-se atraente para este trabalho, na medida em que aponta a interpretação como fator do exercício do poder de pôr fim ao litígio entre as partes. Tal interpretação, como se verá, é fruto da concepção de como o julgador entende o direito sob os aspectos teórico e empírico. A divergência, segundo o autor, deverá ser resolvida em algum momento, com base em possíveis acordos, os quais se estabelecem ao longo dos debates.

Dworkin (2007, p. 3-5) tem como ponto de partida a aplicação do direito decorrente do processo judicial, mais precisamente da decisão do juiz ou, em última instância, da Suprema Corte, a qual põe fim ao problema jurídico. Tal decisão, como se pôde observar até este momento a obra dos positivistas (Kelsen, Ross e Hart) e com maior ênfase a de Perelman, está impregnada de carga moral, o que se reflete na decisão. Assim também é para Dworkin, que acrescenta sua preocupação com o resultado da sentença, se justo, se injusto e no último caso, ter-se-ia um dano moral e, conseqüentemente, um julgamento injusto por parte da autoridade pública.

O estudo de Dworkin (2007, p. 5-6) tem por finalidade identificar como os juízes decidem, mas de forma diferente de Perelman, pois, em nossa visão, Dworkin apresenta de forma mais clara, até mesmo mais específica, as inferências que irá percorrer para chegar ao resultado desejado. Perelman se contenta com a abstração da argumentação utilizada como base para a fundamentação da sentença. Se o processo judicial apresenta divergências, Dworkin as estabelece tendo em vista as questões de fato, de direito, da moralidade política e de fidelidade. Para ele, as questões de fato e de moralidade política não revelam empecilhos ao desenvolvimento do processo judicial, porque se sabe sobre as divergência e pode-se elucidar o caso com um grau de certeza maior ou menor, dependendo da constatação ou da

disponibilidade de uma evidência, ou ainda se tem conhecimento do que se discute, mas, como o assunto tem relação com a moral, torna-se irrelevante para as discussões. Contudo, as divergências sobre as questões de direito são diferentes das divergências sobre o fato ou a moral.

As divergências sobre as questões de direito podem ser empíricas ou teóricas. No primeiro caso, a discussão se estabelece por falta de consenso em razão de uma não normatização (lacuna). Porém, segundo o autor, não há necessidade de maiores investigações. Já no segundo, o problema se estabelece quanto ao alcance da norma, ou seja, se ela esgota a necessidade social, cultural, psicológica ou política. Neste caso, parece que o estudo sobre tais divergências se faz essencial para a prática jurídica, uma vez que elas discutem sobre o que é o direito, o que se reflete na sentença judicial.

Neste aspecto, percebe-se que Dworkin refere-se à teoria kelseniana, que coloca o juiz como criador de normas de direito individual. O ponto é determinar se o ele que faz é inventar ou descobrir o já existente como prática social. Mas o próprio Dworkin revela que isto é insignificante para a determinação do que é o direito. (DWORKIN, 2007, p. 8-9).

Saber se o direito é inventado ou descoberto pelo juiz remete ao estudo do direito como questão de fato, o que leva ao pensamento de que, se assim for, não existe divergência de direito, mas tão somente divergência política. Entretanto, o autor defende que a natureza do direito não pode ser reduzida às questões de fato, pois o que se tem é divergência teórica, mas isto não é aceito pela maioria, seja de leigos seja de juristas. Isso remete à preocupação de que no campo não existe concepção razoável a respeito dos fundamentos do direito e, portanto, o campo não é capaz de determinar sua própria identidade. (DWORKIN, 2007, p. 10-15).

Para esclarecer seu ponto de vista, Dworkin (2007, p. 20-38) apresenta quatro casos nos quais, segundo ele, verificam-se divergências jurídicas em questões de direito e não de fato ou de moral. Os dois primeiros exemplos se detinham sobre questões de divergências oriundas da lei²¹ e os dois seguintes com base nos precedentes. O autor chega à conclusão de que as divergências, muitas vezes, aparentemente se apresentam como questões de moral, mas uma análise mais acurada demonstra que são questões de direito, ou seja, a forma como os juízes interpretam as leis. Os casos Elmer e Snail Darter demonstram que o ponto de divergência ocorreu em relação a que tipo de interpretação adotar diante de uma lei, mesmo que ela se demonstre clara, quando vista sob a forma abstrata ou de regra geral. Já nos casos

²¹ O termo “lei” é utilizado por Dworkin tendo em vista a norma legislada.

McLoughlin e Brown o que se discutiu e gerou divergência foi a forma de como se deve aplicar a doutrina dos precedentes.

Os casos trabalhados por Dworkin serviram ao propósito de demonstrar que as divergências existem e que a metodologia da argumentação é insuficiente para resolver o problema. Tendo em vista que se pode ou não chegar a um consenso. Acredita-se que, neste ponto, a crítica foi direcionada ao pensamento perelmaniano, pois, em última instância, a divergência termina com a decisão do juiz e não propriamente pelo desenvolvimento da argumentação, pois, como afirma Dworkin (2007, p. 57), a argumentação teórica

não se sustenta quando os membros de comunidades específicas, que compartilham práticas e tradições, produzem e debatem afirmações sobre as melhores interpretações de tais práticas e tradições – quando divergem, melhor dizendo, sobre aquilo que alguma tradição ou prática realmente requer em circunstâncias concretas. Essas afirmações são muitas vezes polêmicas, e a divergência é genuína mesmo que as pessoas usem critérios diferentes para dar forma a essas interpretações; é genuína porque as interpretações conflitantes voltam-se para os mesmos objetos ou eventos a interpretar.

Por isso, a interpretação ganha outros contornos na teoria de Dworkin (2007, p. 56-59), pois é com ela que, acredita-se, ele refuta a teoria de Perelman²² e também a positivista²³. Segundo esse autor, todos os indivíduos desenvolvem uma atitude interpretativa, a qual tem dois pressupostos. O primeiro exprime que a regra é praticada não porque ela existe, mas sim porque tem uma finalidade específica. O segundo sustenta que o conteúdo da regra não é imutável, porque deve acompanhar a finalidade da regra.

Deste modo, para Dworkin não é importante saber como a regra foi criada, porque se ela existe e é seguida é porque tem um propósito específico. Isso atenua, na teoria dworkiniana, a discussão de positivistas e naturalistas em relação ao ponto de partida do direito. Assume-se a interpretação constatando sua existência e verificando sua aplicação em relação ao fim a que se destina. Do mesmo modo, o pressuposto da alteração do conteúdo, que

²² A teoria perelmaniana concebe o argumento jurídico como elemento fundamental do sistema jurídico, pois é a partir dele que se desenvolve uma dialética com a finalidade de estabelecer acordos em relação aos valores e, por fim, às divergências, o que levaria a alcançar uma decisão equitativa, justa e razoável.

²³ A teoria positivista de Kelsen estabelece duas formas de interpretação, a autêntica e a não autêntica, sendo a primeira estabelecida pelo juiz, que define o quadro ou a moldura legislativa que deverá receber conteúdo próprio em uma decisão individual, porque as normas gerais, na maioria das vezes, precisam de complementações por meio de normas inferiores, que poderão ser estabelecidas pelo juiz no momento da sentença. Entretanto, este conteúdo não é fruto de uma interpretação, mas sim da possibilidade do judiciário de criar direito além de aplicá-lo. E a segunda é a interpretação não autêntica, destinada à doutrina, que tem o papel de descrever os vários conteúdos que a norma pode ter. Entretanto, este tipo de interpretação não cria direito, pois quem o faz deste modo não está autorizado, pela norma, a criar direito.

deve acompanhar a finalidade, atribui ao juiz uma condição flexível para a decisão alcançar a finalidade proposta pela regra.

Além de empreender uma solução para o ponto de partida do direito, a possibilidade, de adaptação do conteúdo da regra à finalidade a que se destina no momento da aplicação, leva o juiz a uma interpretação capaz de cumprir o fim esperado. Para isso, se em algum momento houver discussões baseadas na linguagem ou em lacunas, a atividade interpretativa não se preocuparia com valores, mas sim com a maneira de atingir o propósito social. Embora neste aspecto parece ainda não haver condições de se afirmar que a interpretação estaria isenta de certo subjetivismo.

Para Dworkin (2007, p. 60), “uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos.” Ainda segundo este autor, existem várias formas de se interpretar e a que interessa para o direito é a interpretação da prática social, que pretende “interpretar algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas” (DWORKIN, 2007, p. 61). Segundo ele, a interpretação construtiva seria o método capaz de fornecer as melhores interpretações, entretanto esclarece que para se fazer tal tipo de interpretação há de se ter consenso em relação a vários pressupostos, pelos menos àqueles que causariam menores divergências (DWORKIN, 2007, p. 78-84). Isto parece uma tentativa de estabelecer um ponto de partida aceitável para alcançar a interpretação construtiva. Parece que o desfecho da situação se dará pela imposição da força do mais forte ou da maioria que domina o campo.

Ao discorrer sobre as etapas da interpretação construtiva, o autor deixa claro que ela não elimina a subjetividade, em uma tentativa de crítica ao positivismo, embora tal teoria não negue a influência subjetiva na produção e na aplicação da norma. Ou seja, em qualquer leitura que o legislador faça da sociedade para criar uma regra de controle social, ele estará, impreterivelmente, se utilizando de sua experiência pessoal para o desenvolvimento de seu trabalho. Assim, o juiz ao aplicar ou criar direito, segundo Kelsen, revela grande carga subjetivista na interpretação da norma. Portanto, não parece haver distinção concreta entre a teoria positivista kelseniana e a teoria dworkiniana, exceto pelo fato de que Dworkin procura estabelecer um método objetivo para realizar sua interpretação da sociedade.

Outro aspecto atacado pela teoria dworkiniana é o problema da linguagem, estabelecido por Hart. Segundo Dworkin (2007, p. 88-108), a interpretação não se resume a uma análise semântica que tem por base as regras da linguística, vai mais além, porque envolve toda a complexidade estrutural da sociedade. Mas o fato de envolver esta complexidade não sugere que não possa existir uma condição metodológica para isolar as

variáveis, que devem ser analisadas em um sistema que tem por finalidade controlar a sociedade.

A realidade jurídica se desenvolve a partir

das convicções interpretativas do corpo de juízes que julgará o caso. Se um juiz acha que para alcançar a melhor interpretação daquilo que os juízes geralmente fazem a propósito da aplicação de uma lei ele nunca deve levar em conta as intenções dos legisladores, poderá então tomar uma decisão favorável ao caso *Elmer*. Mas se, ao contrário, acha que a melhor interpretação exige que ele examine essas intenções, é provável que sua decisão favoreça *Goneril e Regan*. Se o caso *Elmer* for apresentado a um juiz que ainda não refletiu sobre a questão da interpretação, ele deverá então fazê-lo, e de ambos os lados encontrará advogados dispostos a ajudá-lo. As interpretações lutam lado a lado com os litigantes diante do tribunal. (DWORKIN, 2007, p. 109-110).

Portanto, Dworkin (2007, p. 122) propõe que o direito deve ser visto como a interpretação da prática jurídica e, por isso, “é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estar incluído em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos”. Segundo Dworkin, este modelo teórico permite interpretações tanto positivistas quanto naturalistas ou céticas se tais interpretações não forem divergentes em essência, mas apenas em alguns detalhes que possibilitam um “debate interpretativo entre concepções antagônicas do direito.” (DWORKIN, 2007, p. 123).

Se o problema das teorias antagônicas se forma a partir da necessidade de estabelecer o relacionamento entre direito e moral, Dworkin (2007, p. 122) afirma que sua teoria é neutra em relação às existentes. Entretanto, parece que tal neutralidade é artificial uma vez que, no conceito proposto, o ponto central é o monopólio do uso da força coletiva contra indivíduos ou grupos, o que também se verifica nas teorias positivista e naturalista.

Embora menos acabada que as teorias existentes, a de Dworkin ganha sentido e força, pois parece ter a intenção de aproximar as outras em torno de um consenso inicial, que servisse de base para o estabelecimento de sua teoria interpretativa.

Tal teoria não se preocupa com o certo e o errado nem tampouco com o verdadeiro ou o falso, mas sim em estabelecer um sentido útil para a prática jurídica, a qual não pode ser concebida do ponto de vista histórico, porque a sociedade é mutável e, conseqüentemente, os valores, a cultura, a moral e o direito os acompanham nessa trajetória. Assim, a teoria dworkiniana “associa [...] estreitamente o direito à política” (DWORKIN, 2007, p. 135). Entretanto, parece que o naturalismo e o positivismo não ignoram a política, mas se prendem a análises de pontos diferentes, como reconhece o próprio Dworkin (2007, p. 138), e que tanto o positivismo quanto o naturalismo discutem os fundamentos do direito, como preocupação

do exercício do poder e da força. Parece-nos que a suposta neutralidade a que Dworkin se refere seja esta.

Tal teoria se torna interessante porque estabelece um método capaz de compreender o direito em sua formação, ou seja, quando ainda está sendo discutido no seio do legislativo, no caso das normas escritas e promulgadas, e na própria comunidade quando ainda estão sendo formulados ou reformulados seus costumes. Muito embora a teoria positivista de Kelsen não tenha deixado de lado tal situação, Kelsen efetua um procedimento metodológico ao estabelecer que direito positivo parte do princípio da norma posta (quer seja legislativa, quer seja consuetudinária) e o processo político, em sua teoria, não pode ser considerado direito posto; apenas o conteúdo será posto. Como afirma Dworkin, não se trata de verdadeiro ou falso, mas sim de uma questão de interpretação. Aceitar esta teoria em detrimento de outra exige escolha e afinidade com um ou outro ponto de vista.

Independentemente da escolha, a teoria dworkiniana se revela atraente ao distinguir justiça, equidade e integridade e demonstrar que essa última pode servir de sustentação teórica para as divergências políticas baseadas em princípios. A integridade, segundo Dworkin (2007, p. 230), “promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho, quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça com a qual estão comprometidos em virtude da cidadania.”

Esse comprometimento só pode ser alcançado, segundo Dworkin (2007, p. 232), por meio do reconhecimento da legitimidade do Estado para estabelecer obrigações, pelo processo político, que deverão ser obedecidas por todos os indivíduos. É a legitimidade, na visão do autor, que sustenta o sistema jurídico. Mas ela só pode ser concebida se o sistema estiver baseado em uma comunidade condicionada aos princípios que lhe conferem integridade. Em tal situação, ter-se-ia

que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007, p. 270).

Segundo Dworkin (2007, p. 272-273), sua teoria do direito como integridade possibilita que o juiz revise a prática jurídica quantas vezes forem necessárias para tomar uma decisão, principalmente nos casos mais difíceis. Isso conduz à hipótese anteriormente

destacada de que os magistrados descobrem e inventam o direito em um processo contínuo. Essa teoria permite que o direito não se alimente somente do passado como meio de produção de decisões, como faz o convencionalista, tampouco se preocupa somente com o futuro e, por conseguinte, com o Estado de bem-estar social, como atua o pragmatista.

A integridade depende de uma atitude interpretativa que, no caso do direito, será realizada por aquele que deve dizer o que é o direito. Dworkin (2007, p. 277-278) afirma que a interpretação deverá ter a dimensão da adequação, ou seja, deverá justificar o todo e não apenas uma parcela, o que implica em coerência interna. Outra dimensão é a do julgamento, no qual se deverá decidir, entre as interpretações possíveis, qual a melhor para o encerramento do caso. O autor traz como premissa que o juiz deve se portar de boa fé para que consiga realizar seu ofício de forma satisfatória. Todavia, parece que este é o fato através do qual Dworkin defendeu que o sistema não precisa ser totalmente justo, equânime ou até mesmo íntegro, pois a má-fé tem espaço, pois o sistema não se mostra perfeito e acabado, mas sim em constante desenvolvimento.

Neste ponto, há que se efetuar uma objeção à teoria dworkiniana, que não responde, pelo menos a contento, se os casos decididos de má-fé causarão prejuízos a terceiros, talvez irremediáveis, por exemplo, em um caso de condenação à pena de morte. Mesmo que o juiz mau não continue atuando no sistema, porque o próprio sistema o excluirá por uma razão ou outra, mas isso poderá demorar tempo suficiente para a pena ser executada.

Acredita-se aqui que nem o super-juiz de Dworkin seria capaz de promover uma interpretação de acordo com a metodologia que ele propôs. Não obstante, ele também reconhece isso e justifica que o fato não é importante, pois importa, apenas, compreender o direito como esquema interpretativo e não partir de uma crença metafísica para decidir os casos fáceis ou difíceis, seja ele um “super-juiz” ou um “juiz normal”. (DWORKIN, 2007, p. 316).

O direito, na prática, segundo Dworkin (2007, p. 306), possibilita

uma escolha de interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade [...]. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre ideais quando competem entre si.

Entende-se, por isso, que, na teoria dworkiniana, o julgamento não passaria de um ato político, dotado de certa metodologia, passível ou não de ser seguida na prática. Difere da

teoria kelseniana pelo fato de aquela interpreta com base na metodologia em conformidade com a norma, a qual relaciona a superior com a inferior. Já na teoria de Dworkin, a conformidade deve ser encarada em relação aos princípios, os quais proporcionariam integridade ao direito.

Não obstante, entendendo que a teoria positivista kelseniana não é tão restrita como afirma Dworkin, parece, inclusive, que a metodologia de interpretação se apresenta mais fácil de retratar a prática jurídica do que a segunda, tendo em vista a dificuldade de se conceber um “super-juiz” para analisar os casos difíceis.

Sem desmerecer a teoria dworkiniana, parece que ela não exprime grandes avanços em relação ao positivismo de Kelsen (2000, p. 393) porque ele afirma que, “no processo de criação jurídica, podem incidir normas de moral, de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.” Kelsen assim o faz porque a criação do direito, segundo o positivismo, é livre uma vez que está no campo da política e não no campo do direito positivo. Segundo Kelsen, a interpretação efetuada pelo órgão julgador é autêntica, pois cria direito, seja formulando uma norma geral ou individual. (KELSEN, 2000, p. 394-395).

2.3 A Teoria Normativa e Analítica do Discurso Jurídico de Robert Alexy

Alexy trilha o mesmo caminho de Perelman e Dworkin para expor sua teoria a respeito da criação, da compreensão e da interpretação do direito como o melhor caminho metodológico para impor à decisão um padrão aceitável e coerente com o ordenamento jurídico de uma determinada comunidade. Alexy acredita ser possível construir um método que não se baseie na força institucional do julgador, pela necessidade de se estabelecer uma decisão fundamentada.

A análise do pensamento de Alexy contribui para o desenvolvimento desta dissertação, na medida em que expõe a necessidade de fundamentação da decisão, seja com base em normas, seja em precedentes, seja em princípios, seja em costumes. A fundamentação é a responsável pelo padrão de correção das sentenças e, neste aspecto em especial, verificar-se-á, nos capítulos seguintes, a conformidade ou não dos fundamentos utilizados pelos ministros, em especial com base na Constituição Federal, instrumento que acaba revelando as intenções políticas, econômicas e sociais do Estado.

Alexy (2001, p. 17-18) parte da premissa de que a metodologia positivista de se basear na hierarquia das normas não consegue responder algumas questões jurídicas reais. Isso porque, na visão de Karl Larenz, há certo consenso entre os juristas de que uma decisão pode escapar aos limites estabelecidos pelas regras e precedentes e, até mesmo, contrariá-los. Nestes casos, há a necessidade de se estabelecer uma fundamentação jurídica capaz de justificar a situação com um mínimo de racionalidade. Papel da argumentação, que pode ser formulada utilizando-se uma metodologia capaz de satisfazer o sistema e não deixar que ela se desenvolva solta na ideia de um indivíduo.

Deste modo, os argumentos jurídicos se tornam importantes para o sistema, mas não podem ser caracterizados como exercício da força pura e simples, devendo estar limitados, de algum modo, por um método através do qual possa se desenvolver com base em valores comumente aceitos pela sociedade, mas que também permita espaços para correção da aplicação. (ALEXY, 2001, p. 23).

Segundo Alexy (2001, p. 27), a correção de uma sentença exige que o juiz se atenha nas condições inerentes ao sistema jurídico que, segundo ele, são a lei, os precedentes, a dogmática e as regras processuais. Essa limitação garante, em seu ponto de vista, a racionalidade das decisões de forma justificável. Portanto, para o autor, há a necessidade de se estabelecer uma metodologia capaz de explicar ou conduzir o juiz às decisões racionais e justificáveis juridicamente.

Na visão de Alexy (2001, p. 30), a teoria da argumentação jurídica pode ser vista como subordinada, suplementar ou integrada à teoria da argumentação geral: subordinada caso se entenda que ela é secundária em relação ao discurso de forma geral; suplementar quando ela não consegue responder com plenitude e necessita de formulações gerais para dar respostas ao problema e integrada na medida em que o discurso geral e o jurídico devem ser utilizados em conjunto, a fim de se obter uma decisão dotada de correção e fundamentada racionalmente.

Parece que a integridade procurada por Alexy tem o papel de instituir um modelo capaz de controlar a aplicação e a avaliação de valores tendo como base o ordenamento jurídico, o que o diferencia de outros autores que se filiam à corrente da discussão argumentativa como, por exemplo, Perelman, cuja preocupação é constatar a importância do discurso como prática do raciocínio jurídico. Entretanto, essa discussão não evolui ao ponto de estabelecer critérios racionais para que tais discursos aconteçam. E Perelman se contentou com a esfera da abstração e da generalização.

Para expor seu pensamento, Alexy teve de efetuar um resgate da teoria da argumentação existente, principalmente para estabelecer o conceito de justificação racional. Da teoria de Stevenson, apurou que “uma justificação é *racional* quando os fatos são aduzidos como razões; ela é *não racional* ou *persuasiva* quando recorre a outros modos de influenciar as pessoas” (ALEXY, 2001, p. 51. Grifos no original). Mesmo considerando a teoria de Stevenson incompleta, Alexy sustenta a importância deste conceito para sua própria teoria. Revela ainda que a falha de Stevenson em não reconhecer o discurso moral como sujeito a regras foi a causa de sua derrocada. A partir disso, Alexy precisou formar um conceito em relação às regras que possibilitam um discurso racional. (ALEXY, 2001, p. 51-55).

Utilizando a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Alexy (2001, p. 55-57) afirma que as regras não precisam determinar todos os aspectos necessários ao desenvolvimento dos jogos de linguagem, mas estabelecem um referencial que tem ser aceito pelos participantes. Segundo ele, este aspecto denota as regras do jogo, mas nem todas as situações são passíveis de ser contempladas pelas regras. O que, entretanto, não invalida o jogo, pois não fere uma regra já existente nem minimiza a importância de sua existência. Em verdade, qualquer jogo de linguagem pressupõe a existência de determinadas regras para que o jogo se desenvolva dentro de parâmetros aceitáveis.

Ainda apoiado na teoria anterior, Alexy (2001, p. 57) destaca que

as regras e convicções fundamentais que definem uma forma de vida constituem um sistema; contudo, ele pode ser determinado, do tipo que Wittgenstein chama de “quadro do mundo”. Esse quadro do mundo constitui “o substratum de toda minha pesquisa e afirmação”. Como tal, deve ser concebida como “algo que está além de ser justificado ou injustificado; por assim dizer, como algo animal.” Assim quadros do mundo e formas de vida não são certos ou errados. Quem quiser induzir alguma outra pessoa a aceitar um deles, apenas pode fazê-lo por persuasão, não por dar uma razão justificativa para fazê-lo, pois essas razões só existem dentro de uma forma de vida ou de um quadro do mundo.

Aqui nos parece que o conceito de quadro de mundo vai ao encontro da visão kelseniana ao propor o direito como uma moldura na qual o aplicador do direito deve se encarregar de pôr a pintura que melhor se encaixar. Entretanto, ao passo que Alexy busca construir esta moldura com base em regras que não apenas normativas ou precedentes, Kelsen se encarrega de expor que essa moldura é essencialmente formada pela norma posta.

Após uma breve análise da teoria do ato do discurso de Austin, Alexy (2001, p. 58-61) chega à conclusão de que ela é importante para a construção da sua própria teoria, pois confirma a necessidade de regras que norteiem um discurso; conclui também que as

linguagens normativa e descritiva não devem ser vistas em separado e que oferecem uma base para a construção da sua teoria.

Da teoria da linguagem moral de Hare destacam-se os significados descritivo e estimativo. O primeiro sofre alterações em sua concepção de acordo com o indivíduo que o profere. Já no segundo isso não ocorre, pois parte da premissa de que o significado descritivo já está posto. Tanto o significado descritivo quanto o estimativo devem ser considerados nas análises de valor e obrigação, as quais são passíveis, inclusive, de uma avaliação objetiva baseada em regras da lógica. (ALEXY, 2001, p. 65-67).

Ao analisar a teoria geral da argumentação de Toulmin, Alexy (2001, p. 77-83) considera-a plausível de contribuições para a teoria do discurso racional prático, uma vez que existem regras de inferência que permitem estabelecer relação entre o fato e afirmações normativas, as quais tornariam possível evidenciar os argumentos morais dotados de validade ou não, bem como estabelecer a distinção entre afirmações normativas verdadeiras e falsas.

Das lições de Baier a respeito da argumentação moral, Alexy (2001, p. 87-88) destaca três critérios para o julgamento de regras morais: “(1) as regras morais não devem ser *autodelimitadoras*, (2) as regras morais não devem ser *autodestrutivas* e (3) não teria sentido ensinar as regras universais, mas seria possível.” Além desses critérios para julgamento de regras morais, o autor expõe, ainda, outros três condicionantes vinculados ao ponto de vista moral. (Grifos no original).

Ao analisar a teoria de Habermas sobre o consenso da verdade, Alexy (2001, p. 91-117) considera-a como uma teoria que se autodesenvolve, passível de críticas, como as outras, mas tais críticas não revelam a inaplicabilidade da teoria; antes, revelam, em algum aspecto, limitações ao uso. Entretanto, Alexy sugere que há regras capazes de sustentar a racionalidade e a justificação, as quais fazem parte da teoria do discurso racional prático.

Da teoria da deliberação prática da escola de Erlangen, Alexy (2001, p. 117-120) destaca que, embora a teoria de Schwemmer seja diferente da de Habermas, a segunda, em alguma medida, inclui a primeira. Alexy (2001, p. 128-129) esclarece que a teoria da ética construtivista apresenta pontos relevantes para a construção de uma teoria do discurso racional, destacando que

a exigência de fixar um uso comum das palavras. [...] combinação dos princípios de universalizabilidade e de prescritividade de Hare. [...] o discurso prático não é (somente) um procedimento para reconciliar de forma ótima os desejos subjetivos e as visões normativas, mas também e acima de tudo, um arranjo no qual as visões normativas e, como isso as ideias relativas à justificação de desejos subjetivos são modificadas. [...] gênese crítica.

Alexy (2001, p. 141) termina a análise das teorias do discurso racional prático com a investigação de Perelman, considerando-a próxima de parte da teoria de Habermas. Ele destacou que a teoria perelmaniana tem importância para a formulação de uma teoria geral do discurso prático, na medida em que busca a universalidade do consenso, mas que tenha raízes históricas e sociais.

Após a análise das teorias apresentadas, Alexy (2001, p. 179) conclui que as afirmações normativas não podem ser testadas por métodos empíricos nem também pelos métodos não empíricos porque os termos valorativos não se prendem a nenhum dos dois modos. Por isso, segundo ele, existe a necessidade de se ter uma metodologia própria, capaz de indicar o caminho para estabelecer um padrão de verificação ou, em suas palavras, uma correção das afirmações normativas, o que, em seu entendimento, só pode ser alcançado pelo discurso racional prático.

Tal discurso exige a justificação de afirmações normativas, mas, para evitar o movimento cíclico de exigência de justificação a respeito dos valores, deve-se interromper a exigência de novas justificações por regras pragmáticas, que Alexy afirma serem as garantidoras de certa racionalidade ao discurso. Não obstante, o autor adverte que isso não garante a certeza dos resultados, mas metodologicamente alcançar-se-ia uma forma racional. (ALEXY, 2001, p. 180-181).

Em outras palavras, Alexy sugere que em algum momento se deve evitar a exigência de uma nova justificação que justifique a anterior e, neste ponto, impor-se-iam regras de discussão racionais que delimitariam a conduta do discurso, além das normas da lógica tradicional. Pensamos, neste aspecto, ser possível metodologicamente efetuar uma interrupção no ciclo de justificação, mas, mesmo assim, ainda restaria em aberto identificar qual seria este fato não discutido por Alexy e tampouco sugere alguma maneira para se eliminar o problema.

Mesmo tendo afirmado que a teoria não prevê alcançar certeza absoluta, Alexy (2001, p. 180) pensa que, a partir da forma como a interrupção das justificações for efetuada, ter-se-á um grau maior ou menor de certeza, uma vez que a atuação subjetiva do orador pode se ater a uma justificação frágil e, por conseguinte, não denotar coerência, razoabilidade e aceitabilidade.

Ainda que tal orador, em tese, devesse discutir com um auditório particular para alcançar um consenso, esta discussão pode ser entabulada, dependendo do tamanho do auditório, de outras formas que não o discurso. Pode-se afirmar que um consenso pode ser obtido por afinidade ideológica, por acordos de compensação, pela imposição do prestígio ou até mesmo pela força. Caso o auditório não seja o particular, mas sim o universal, o problema

continuará, tendo em vista o que já foi discutido. Parece consenso que a universalidade é relativa, e que, talvez, nunca se chegue a ela.

Alexy (2001, p. 182-184) discutiu quatro formas para se realizar a interrupção, mas deixou explícito que elas não seriam as únicas e que apresentavam limitações, mas, mesmo assim, têm valor para o discurso prático. A primeira ele chama de “regras técnicas”, mas se mostra deficiente por partir de fins não justificáveis, o que remete novamente ao problema da identificação de qual seria esse fim não justificável que daria partida ao discurso prático. A segunda, denominada de “empírica” sugere um ponto de corte na verificação daquilo que se pratica na sociedade, ou seja, pressupõe que a prática predominante tenha um valor a ser seguido, mas tal hipótese se revela frágil em momentos de transição ou de mutações na sociedade, o que, diga-se de passagem, é fato constantemente imposto pela globalização²⁴, pela evolução tecnológica²⁵ e por revoluções políticas²⁶.

A terceira forma apresentada, intitulada de “definidora”, sugere que o orador adote um sistema de regras que não precisem ser justificadas, o que evidencia um alto grau de arbitrariedade, mas, ao mesmo tempo, mostra que essas regras têm algum significado para o discurso. Entende-se que a arbitrariedade também se torna um perigo para o início do discurso, até porque poderá ser utilizada no seu desenvolvimento.

A quarta e última forma apresentada é a “universal-pragmática”, que possibilita demonstrar que algumas regras são válidas a partir do ato discursivo. Esta maneira também revela vários problemas em relação à definição de quais atos de discurso se revestem da condição probante das regras, mas o autor insiste que a utilidade deste posicionamento é obter a constatação de que, de algum modo, as regras podem ser dotadas de validade. (ALEXY, 2001, p. 184-185).

Talvez o pretense limite possa estar então em “estatutos, dogmas jurídicos e precedentes”, como sugere Alexy (2001, p. 181), mas, como visto nas teorias apresentadas até aqui, parece que a situação ainda não estava resolvida. Independentemente da crítica e, como

²⁴ Movimento que aproxima os países em todos os aspectos, sugerindo e muitas vezes impondo a quebra dos limites territoriais em certos casos. Tal movimento, embora não seja recente na história da humanidade, ganhou fôlego com o desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação, em especial com o desenvolvimento dos computadores, o surgimento da internet e o avanço das telecomunicações.

²⁵ Por evolução tecnológica entenda-se a constante criação de novos produtos (sentido amplo) desde as duas últimas décadas do século XX. Esta evolução marca, de certa forma, a entrada de produtos novos no mercado todos os dias. Torna-se difícil falar que alguém está adquirindo um produto novo, a fim de que o fornecedor já traça estratégias para lançar um modelo mais recente em pouco tempo. Esta enxurrada de novidades causa modificações sociais e culturais em curtíssimo espaço de tempo.

²⁶ Como exemplo de tais revoluções pode-se citar o movimento intitulado “Primavera Árabe”, que deflagrou a derrubada de vários governos ditatoriais, principalmente no Oriente Médio.

faz o próprio Alexy, entendo que a teoria não pode, pelo menos até este ponto, ser descartada, mas deve-se avançar nos estudos para investigar a existência ou não de um ponto ou situação limite que seja evidente para se interromper o processo de justificação. Entretanto, não é intenção do presente trabalho percorrer este caminho, pois o que se pretende aqui não se vincula a ele.

Alexy (2001, p. 185-186) afirma que, mesmo que estas formas se revelem limitadas em sua aplicação, deve-se observar que as regras válidas de fato – sejam elas quais forem – se apresentam de forma consensual e servem de ponto de partida para os discursos práticos. Ou melhor, que os oradores deverão estipulá-las antes de passarem ao primeiro nível do discurso. Isto, segundo o autor, seria uma forma razoável de se iniciar o discurso, tendo em vista a falta de uma metodologia capaz de atender tal fase em sua plenitude, o que remete à visão de Kelsen quando observa que não existe maneira objetiva de justificar os valores e postula uma teoria isenta deles. Parece que Alexy não pretende excluir a justificação dos valores do processo, mas, caso as regras postas sejam razoáveis, deve-se iniciar o discurso acolhendo-as como ponto de corte em relação ao regresso da justificação ao infinito.

Ultrapassada a questão da justificação, pelo menos relativamente, pois, como se pôde observar, algumas questões de natureza valorativa permanecem sem resposta, mas a pretensão do autor é apenas expor uma teoria razoável e não de certeza absoluta. Alexy lança um conjunto de regras para nortear o discurso prático racional, talvez com a intenção de iniciar a produção de um “código de razão prática” que, segundo ele, “seria uma sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação prática racional parcialmente mencionadas e parcialmente apenas esporadicamente sujeitas à análise em tantos textos escritos” (ALEXY, 2001, p. 186). Por isso o autor propôs um conjunto de regras e separou-as em regras básicas, regras da racionalidade, regras para partilhar a carga da argumentação, regras de justificação e regras de transição.

As regras básicas, segundo ele, são condições prévias para o estabelecimento da possibilidade de comunicação entre os oradores que discutem verdade ou correção e se voltam para a maneira como esses oradores devem se manter em um discurso. São elas:

- (1.1) Nenhum orador pode se contradizer.
- (1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê.
- (1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto A tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos importantes.
- (1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados. (ALEXY, 2001, p. 187).

Apesar de expor essas regras como básicas, ele chamou a atenção para o fato de que elas podem sofrer objeções e tratou de refutar algumas. A regra de que “nenhum orador pode se contradizer” pertence às regras da lógica, mas pode ser aplicada a afirmações normativas, desde que se opte por não classificar os valores em verdadeiros ou falsos, mas sim em válidos e inválidos ou em legal e ilegal, porque a lógica aqui deve ser entendida como deontica e não como clássica. (ALEXY, 2001, p. 187).

Em relação à regra 1.2, o autor foi muito breve ao considerar o princípio da sinceridade como essencial para o discurso prático. Entretanto, há de se concordar que um orador pode estabelecer um discurso mesmo não acreditando piamente naquilo que profere, pois, se o discurso pode ser considerado um ato político, nos termos de Kelsen, esta política está sujeita a implicações de ordem interna e externa, que podem levar um orador a praticar um discurso para acomodar um auditório particular, mesmo não estando convicto de sua validade. Trata-se de uma conjectura plausível, principalmente nos chamados “casos complexos”, que mobilizam a opinião pública.

Já em relação à regra 1.3, observa-se que o autor não abordou a contento o caso da autoconsistência, pois sua proposta é que “todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso que esteja disposto a afirmar, nos mesmos termos, para todos os casos que se assemelhem ao caso dado em todos os seus aspectos relevantes.” Não obstante, fica sem resposta se em um caso semelhante seguinte o orador precise reafirmar aquilo que fez no passado. Se isso for verdade, entende-se que não haveria rupturas ou mesmo evolução cultural, social ou científica em sentido amplo.

É certo que a autocoerência é importante, mas como explicar a mudança dos julgamentos de valor ou de obrigação quando a sociedade em sua plenitude está prestes a romper determinada estrutura ou a rompeu, mas não a consolidou. Como exemplo tem-se os julgamentos efetuados após a promulgação das leis abolicionistas, das que permitem o aborto ou a eutanásia. Como explicar aí a situação da autocoerência quando uma suposta condição valorativa ou obrigacional for decidida pela instância jurídica superior, contrariamente à afirmação do orador? Parece que nestes casos a situação continua em aberto.

Em relação à obrigatoriedade de não se utilizar a mesma expressão de formas diferentes – regra 1.4 –, percebe-se que o autor não explicou, pelo menos de forma categórica e resolutiva, como se chegaria ao consenso em torno dos significados dos termos. Assim, a questão linguística parece não estar resolvida.

As regras do segundo grupo, o da racionalidade, tratam da necessidade de justificar as afirmações. Na realidade, o autor elabora uma regra e a desdobra em outras três, tendo uma

delas uma subdivisão. A regra base da racionalidade e suas divisões, segundo Alexy (2001, p. 190), são:

(2) Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação. Esta regra pode ser chamada de '*regra geral de justificação*'. [...] (2.1) Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso. [...] (2.2) (a) Todos podem transformar uma afirmação num problema. (b) Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso. (c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades. (d) é importante particularmente no discurso prático. [...] (2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

Alexy destaca que estas regras não são conclusivas, pois, em algumas situações, podem ser encontrados erros em sua conformação. Porém, o importante é que essas situações possibilitariam, de certa maneira, a correção ou a justiça, que é uma exigência especial destas regras (ALEXY, 2001, p. 191) e leva a crer que o sentido de justiça empregado por Alexy remete a uma questão formal de observação das regras do discurso.

As regras do terceiro grupo são:

(3.1) Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação para fazer isso. [...] (3.2) Quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso. [...] (3.3) quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários. [...] (3.4) Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo. (ALEXY, 2001, p. 192-194).

Segundo o autor, estas regras impedem que os interlocutores formulem dúvidas a respeito de um argumento apresentado sem que ofereça uma justificativa para isso. Essa limitação se torna importante para impedir que os interlocutores ataquem o orador com questionamentos a respeito do que foi argumentado por meio de um "porquê". (ALEXY, 2001, p. 192).

As regras do quarto grupo apontadas por Alexy (2001, p. 197-199) referem-se às regras da justificação. São elas:

(5.1.1) Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas. [...] (5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitáveis para todos. [...] (5.1.3) Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada. (5.2.1) As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. [...] As regras morais subjacentes às visões morais e um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese individual. Uma regra moral não aguenta esse

teste se tiver apenas sido adotada com base em algumas condições injustificáveis de socialização. [...] (5.3) Os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta.

Segundo Alexy (2001, p. 197), as formas de argumentação válidas para o discurso prático são duas. A primeira indica que, se uma afirmação qualquer é justificada por meio de uma regra, ela deverá ser, por premissa, verdadeira. A segunda, do ponto de vista aqui defendido, não é uma forma de argumentação, mas sim uma regra delimitadora da aplicação das regras prioritárias, pois o autor as define como “regras prioritárias, que estabelecem que certas regras só devem ter precedência sobre outras em condições específicas.” (ALEXY, 2001, p. 196).

Segundo o autor, isso reflete que algumas regras podem ser justificadas por meio de procedimentos específicos e outras não, devendo simplesmente serem aceitas. No entanto, não esclarece quais são essas regras; somente adverte que desta maneira pode-se estabelecer uma argumentação racional e, além do mais, tal racionalidade não exige que todas as regras sejam justificadas, mas que apenas possam ser submetidas a um processo de justificação. (ALEXY, 2001, p. 196-197).

Se as formas argumentativas estão postas, segundo Alexy (2001, p. 197), pode-se assumir que as afirmações normativas podem ser justificadas por elas e, assim, as regras do quarto grupo são apontadas como delimitadoras dos argumentos justificativos. Segundo o autor as regras 5.1.1, 5.1.2 e 5.1.3 revelam conformidade com as versões do princípio da generabilizabilidade de Hare, Habermas e Baier, pois, de um modo ou de outro, exigem coerência do orador em relação às consequências que as regras utilizadas como justificação impõem (ALEXY, 2001, p. 197). As regras 5.2.1, 5.2.2 e 5.3 delimitam a utilização das regras morais, conformando-as com a prática social-histórica, para se alcançar uma resolução prática dos fatos. (ALEXY, 2001, p. 197-199).

O último grupo de regras apresentado diz respeito à transição, ou seja, à possibilidade que o orador tem de sair do discurso prático. São elas:

(6.1) É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico (empírico). (6.2) É possível que cada orador a qualquer momento faça uma transição para um discurso linguístico analítico. (6.3) é possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso-teórico-discursivo. (ALEXY, 2001, p. 200).

O perigo destas regras, acreditamos, encontra-se no fato de o abandono do discurso prático não caminhar para um acordo racional, mas para uma decisão por meio da maioria de votos em um órgão colegiado, o que será alvo de discussão do terceiro capítulo. Por hora,

tem-se como concluída a etapa de demonstração da teoria de Alexy em relação ao discurso normativo prático. Entretanto, cumpre ressaltar que o autor explicitou as limitações de sua teoria ao reconhecer a necessidade ampliá-la. “Há probabilidades de alcançar um acordo em assuntos práticos, mas não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto nem que o acordo obtido seja final e irreversível.” (ALEXY, 2001, p. 200).

Por fim, é compreensível que, mesmo deficitária, como apontou Alexy, ela estabelece uma metodologia para a realização do discurso prático, diferentemente do que fez Perelman ao se contentar em ficar no plano teórico. Talvez esforços semelhantes ao efetuado por Alexy em conformar teorias isoladas em uma nova teoria seja o passo adequado para desvelar os caminhos do direito, mas isto é empreendimento para outro momento.

Como visto até o presente momento, os moralistas tendem a conformar a norma à justiça, na tentativa de expor o direito como instrumento de consecução da justiça e da paz social. Eles lançam mão de artifícios para posicionarem o direito como um todo e chamam atenção para o processo decisório do qual faz parte. Já os positivistas encaram o direito como fruto da realidade normativa posta, que não deve se preocupar com critérios de justiça, mas sim na determinação da conformidade do resultado com o padrão objetivo posto pelo ordenamento jurídico da comunidade.

Os próximos capítulos têm o objetivo de verificar se essa dualidade persiste na prática do Supremo Tribunal Federal a partir da análise dos julgamentos selecionados para o presente estudo. Pretendemos, também, demonstrar que é possível identificar como os ministros da Corte Suprema compreendem o direito sob os aspectos analisados nos capítulos 1 e 2.

PARTE II - OS JULGAMENTOS DA LEI DA FICHA LIMPA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Esta parte compreende os capítulos 3 e 4. No capítulo 3, serão verificados os julgados realizados em três recursos extraordinários – RE n. 630.147/DF, RE n. 631.102/PA e RE n. 633.703/MG. O capítulo 4 analisará os julgados da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, da Ação Direta de Constitucionalidade n. 29 e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 30.

3 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 630.147, 631.102 E 633.703: A QUESTÃO DA APLICAÇÃO TEMPORAL

O presente capítulo objetiva analisar os votos proferidos pelos ministros do STF nos julgamentos sobre a Lei da Ficha Limpa, verificando a coerência narrativa e a consistência normativa das respectivas manifestações e verificando os argumentos jurídicos e suas fundamentações utilizadas.

Os três recursos apresentados à Corte Suprema apresentam condições similares em relação ao pedido. Os recorrentes, em algum tempo no passado, cometeram atos que, após a promulgação da Lei da Ficha Limpa, passaram a figurar na relação de itens que impedem o cidadão de concorrer nos pleitos eleitorais. Todavia, cada um dos recursos teve um desfecho diferente, tendo em vista a falta de um ministro para compor o pleno do STF nos dois primeiros recursos. Já no terceiro, o plenário contava com sua totalidade.

Chama-se atenção para as soluções adotadas no primeiro recurso, no qual os ministros não resolveram o mérito da questão, pois o reclamante desistiu de registrar sua candidatura. No segundo caso, ao persistir o empate na votação, os ministros resolveram a questão com base em fundamento regimental. Somente no terceiro recurso Luiz Fux desempatou a “peleja” e “pacificou²⁷” o entendimento a respeito da situação.

Muito embora o primeiro recurso não tenha tido uma decisão a respeito do mérito da questão, foi nele que os ministros desenvolveram suas teses em relação à aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições do ano de 2010. Nos outros dois recursos, os dez ministros que

²⁷ O termo pacificou foi utilizado a fim de dar a ideia de fim à discussão, mas isso não significa convergência de entendimento, porque os partidários de cada uma das correntes continuaram com seus pontos de vistas intactos, mas acataram a decisão colegiada em nome da segurança jurídica e, sobretudo, da força coercitiva do STF na determinação daquilo que se deve entender por direito.

fizeram parte do primeiro julgamento firmaram as mesmas posições, utilizando, inclusive, o expediente de transcrição integral dos votos efetuados no RE n. 630.147/DF para os outros dois.

Em resumo, nos discursos em torno da aplicabilidade ou não da lei, os ministros se dividiram em torno de dois entendimentos. Cinco ministros apontaram para o entendimento de validade de aplicação e os restantes optaram contrariamente a isso. Este capítulo tem a finalidade de expor os argumentos das duas correntes relativos à aplicação temporal da lei.

3.1 Os Casos Submetidos ao Supremo Tribunal Federal

3.1.1 O Caso Joaquim Domingos Roriz – RE n. 630.147/Distrito Federal

Joaquim Domingos Roriz requereu registro da sua candidatura ao cargo de Governador do Distrito Federal pela coligação “Esperança Renovada” para as eleições do ano de 2010. No âmbito do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, o registro foi impugnado por Antonio Carlos de Andrade, pelo Diretório do Partido Socialismo e Liberdade do Distrito Federal, por Júlio Pinheiro Cárdua e pelo Ministério Público Eleitoral.

Os impugnantes argumentaram ser o candidato inelegível em decorrência da renúncia ao cargo de Senador da República, ocorrida no ano 2007. Naquela oportunidade, o então Senador Roriz renunciou ao mandato após representação do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) junto ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Tal representação possibilitaria, em tese, a cassação do mandato do parlamentar por quebra de decoro.

Os debates travados no STF levantaram as seguintes teses: a possibilidade (ou não) de enquadrar o candidato na condição de inelegível por haver renunciado ao mandato parlamentar; a aplicação (ou não) da LC n. 135/2010 às eleições de 2010, por força do art. 16 da Constituição Federal; a possibilidade de a Lei Complementar n. 135/2010 resgatar fatos passados para dar-lhes efeitos futuros, desconhecidos na oportunidade de suas práticas; a observação de que o tempo verbal utilizado na LC n. 135/2010 ser o futuro do subjuntivo, que sugere estarem enquadrados como inelegíveis os parlamentares que renunciarem a partir da publicação da lei; a possibilidade de a LC n. 135/2010 alterar (ou não) o processo eleitoral e a possibilidade de ser a inelegibilidade uma pena.

Por quatro votos a dois o Tribunal Regional Eleitoral (ver ementa no anexo F) indeferiu a candidatura de Joaquim Domingos Roriz com o fundamento de ele estar enquadrado na situação de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, letra k da Lei Complementar n. 64/90, com a redação dada pela LC n. 135/2010²⁸. Ou seja, candidato que renunciou a mandato parlamentar estará inelegível pelo período restante de seu mandato e após oito anos de seu término.

Joaquim Domingos Roriz e a “Coligação Esperança Renovada” recorreram da decisão anterior, por meio do Recurso Ordinário n. 1616-60/DF (ver ementa no anexo G), cujo relator foi o ministro Arnaldo Versiani, que julgou “monocraticamente” o recurso em sessão do dia 31/08/2010. Em relação aos pontos mais polêmicos atacados no recurso, o ministro argumentou que a LC n. 135/2010 deveria ser aplicada às eleições de 2010 e que não afetava o ato jurídico perfeito, mantendo incólume o acórdão do TRE. (VERSIANI, 2010, p. 3-15).

No dia 29/09/2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 630.147/DF, interposto por Joaquim Domingos Roriz em face de acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, proferido nos autos do Recurso Ordinário n. 161660/DF. A questão controversa neste RE girava em torno da possibilidade de aplicar a referida alínea “k” às eleições do mesmo ano de publicação da lei que introduziu e/ou alterou as condições de inelegibilidade.

A respectiva alínea prescreve a inelegibilidade em caso de renúncia ao mandato por infringência ao dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, duas correntes interpretativas e antagônicas dominaram os debates. Uma sustentava a possibilidade de aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições daquele mesmo ano, por força do § 9º do art. 14 da Constituição Federal. A outra corrente defendia a impossibilidade de se aplicar a Lei Complementar n. 135/2010 às eleições de 2010, porque o art. 16 da Constituição Federal impede a adoção de alterações no processo eleitoral para o mesmo ano de realização de eleições.

²⁸ No art. 1º, inciso I, letra k da Lei Complementar n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/2010, tem-se que “o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura”.

À época do julgamento (29/09/2010), o STF não contava com a totalidade de seus membros, devido à aposentadoria compulsória do ministro Eros Grau. Por falta de um ministro, a votação terminou empatada em cinco votos a favor da aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 para as eleições de 2010 e cinco votos contrários, o que fez com que os ministros optassem por aguardarem a nomeação do novo ministro, que estaria incumbido pelo desempate da questão.

Porém, antes do término da votação, Joaquim Domingos Roriz desistiu de concorrer às eleições daquele ano e os ministros decidiram, por maioria, extinguir o processo sem julgamento do mérito (ver ementa no anexo H), devido à perda do objeto do recurso.

3.1.2 O Caso Jader Fontenelle Barbalho - RE n. 631.102/Pará

Jader Fontenelle Barbalho requereu registro de sua candidatura ao cargo de Senador da República pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) para as eleições de 2010. Entretanto, seu requerimento foi indeferido com a alegação de ele se encontrar inelegível por ter renunciado ao mandato de Senador da República no ano de 2001. Jader Barbalho recorreu ao Tribunal Regional Eleitoral do Pará com a finalidade de reverter a situação e logrou êxito em segunda instância.

No TRE/PA o principal argumento utilizado para reverter a situação e considerar o candidato apto ao pleito de 2010 foi que a LC n. 135/2010 retroagiu para apanhar fatos passados e considerar o candidato inelegível, desrespeitando preceito constitucional e, também, de que a lei foi promulgada em 2010 não podendo gerar efeitos para as eleições do mesmo ano, em respeito ao princípio da anualidade imposto pelo art. 16 da CF (ver ementa no anexo I). Percebe-se aí um entendimento diferente do emitido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal em relação ao caso Joaquim Domingos Roriz.

O Ministério Público Eleitoral interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior Eleitoral e a relatoria ficou a cargo do ministro Arnaldo Versiani. O TSE cassou a decisão do TER/PA e manteve o entendimento que considerou válida a aplicação da LC n. 135/2010 às eleições daquele ano, sustentando que não existia afronta constitucional seja em relação ao princípio da anualidade, seja pela irretroatividade da lei (ver ementa no anexo J). Assim, o TSE manteve a coerência com o julgado no caso Joaquim Domingos Roriz.

No dia 29/10/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 631.102/PA (ver ementa no anexo K), interposto por Jader Fontenelle

Barbalho em face de acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, proferido nos autos do Recurso Ordinário n. 645-80/PA em 01/09/2010. A questão controversa destacada pelos ministros do STF girava em torno da possibilidade da aplicabilidade da alínea “k” da Lei Complementar n. 64/90, introduzida pela Lei Complementar n. 135/2010, às eleições do mesmo ano de publicação da lei que alterou as condições de inelegibilidade. Naquela oportunidade, duas correntes interpretativas antagônicas dominaram os debates e, mais uma vez, o julgamento restou empatado no mérito da questão.

Muito embora a discussão principal se ativesse à aplicação ou não do art. 16 da Constituição Federal, o ministro Marco Aurélio (2010b, fl. 216) levantou questões sobre os fatos acontecidos à época da renúncia do então senador. Expôs ele que Jader Barbalho renunciou ao mandato de Senador da República no ano de 2001. Em 2002, candidatou-se a Deputado Federal e foi eleito. Já nas eleições de 2006, pleiteou sua reeleição ao cargo e também conseguiu confirmá-la por meio do sufrágio popular.

O argumento do ministro revelou a situação de que, após a renúncia, por dois pleitos consecutivos, Jader Fontenelle Barbalho não se enquadrava nas condições de inelegibilidade, tanto que cumpriu dois mandatos no cargo de Deputado Federal e não foi alcançado pela condição estabelecida na Lei Complementar n. 135. Em resumo, em dois momentos anteriores – eleições de 2002 e 2006 – Jader Fontenelle Barbalho teve sua candidatura aceita pela Justiça Eleitoral. Portanto, nos dois interregnos, não havia nada a impedir sua candidatura aos pleitos.

Após abandonarem os debates sobre a matéria e tendo em vista o empate na votação do recurso, os ministros cogitaram a possibilidade de suspender o processo de Jader Fontenelle Barbalho até a chegada ao STF de outros processos do Estado do Pará que estariam a mesma situação. No entanto, em votação, o plenário decidiu por sete votos a três que, mesmo havendo o empate em relação ao mérito, o STF deveria dar uma solução para o caso, com o entendimento de que a Corte não poderia negar tutela jurisdicional ao recorrente.

Assim, devendo decidir o caso, mas em situação de empate em relação ao mérito da questão, a solução adveio de proposta do decano do Supremo. O ministro Celso de Melo (2010b, fl. 495) propôs aplicação, por analogia, do art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF²⁹ para resolver o impasse. Tal previsão regimental contemplaria aquela situação de

²⁹ “Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido.

RISTF: art. 52, IX (vista obrigatória) – art. 50, § 1º (Prazo: 15 dias) – art. 22, X (pedir dia).

Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho Nacional da Magistratura será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou

empate e resolveria a situação com a manutenção da decisão recorrida. Ou seja, se não houve a possibilidade de resolver o impasse em relação ao mérito da questão, prestigia-se a decisão da Corte inferior. Por sete votos a três os ministros do STF acataram a proposta do decano e mantiveram a decisão do Superior Tribunal Eleitoral.

A respeito da decisão adotada pelo STF para o caso Jader Fontenelle Barbalho a questão central não estava decidida e tampouco pacificada. A controvérsia seria enfrentada novamente pela Corte, mas com o plenário completo, e a nova decisão possibilitaria uma reviravolta neste caso. Ao manterem a decisão recorrida, o recorrente encontrava-se na situação de inelegível e, com a chegada do ministro Luiz Fux, o STF pôde se posicionar “definitivamente” a respeito do mérito.

3.1.3 O Caso Leonídio Henrique Correa Bouças - RE n. 633.703/Minas Gerais

Leonídio Henrique Correa Bouças pleiteou o registro de sua candidatura ao cargo de Deputado Estadual pelo PMDB às eleições do Estado de Minas Gerais no ano de 2010. O indeferimento do pedido teve como fundamento o fato de o candidato estar inelegível em decorrência de ter sido condenado à suspensão de seus direitos políticos, por órgão colegiado.

O candidato recorreu da decisão de indeferimento da candidatura junto ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (ver ementa no anexo L), alegando que a LC n. 135/2010 não poderia ser aplicável às eleições de 2010 por força do art. 16 da CF e, também, não poderia ter sua candidatura indeferida, pois o processo que lhe cassou os direitos não havia transitado em julgado. O tribunal mineiro, não obstante as alegações do recorrente, manteve a decisão.

Mais uma vez o candidato não se contentou com a decisão e agravou ao TSE (ver ementa no anexo M). O recurso foi distribuído ao ministro Aldir Passarinho e a decisão, mantendo as decisões anteriores, foi publicada em sessão do TRE/MG no dia 26/20/2010. A

impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:

RISTF: art. 14 e art. 37, I (substituição do Presidente do STF) – art. 40 (não se aplica ao disposto neste parágrafo).

I – não havendo votado algum Ministro, por motivo de ausência ou licença que não deva durar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto;

RISTF: art. 13, XI (concessão da licença).

II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.

RISTF: art. 7º, VI (concessão da licença).”

tese discutida no Tribunal Superior Eleitoral foi a da não culpabilidade, tendo em vista que a decisão de cassar os direitos políticos do candidato não ter transitado em julgado.

O ministro relator defendeu que o argumento utilizado não poderia prosperar por força do novel dispositivo, introduzido pela LC n. 135/2010 que prevê a inelegibilidade quando o candidato for julgado culpado de improbidade administrativa. Sendo assim, Leonídio Bouças estaria enquadrado na situação descrita na lei complementar e, portanto, inelegível para as eleições de 2010.

Por fim, o candidato recorreu ao Supremo Tribunal Federal por meio do RE n. 633.703/MG (ver ementa no anexo N), que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes. Desta vez o plenário do tribunal estava completo, pois Luiz Fux foi empossado na vaga deixada pelo ministro Eros Grau. O recurso discutiu a inelegibilidade do recorrente em face do art. 1º, inciso I, alínea “I” da Lei Complementar n. 64/90, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010.

Novamente o Supremo Tribunal Federal discutia a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, mas, naquela oportunidade, 23/03/2011, chegou-se a uma conclusão sobre o mérito da questão. Decidiu a Corte pela não aplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições de 2010 por afrontar o art. 16 da Constituição Federal, que prevê a não aplicabilidade de mudanças no processo eleitoral para o mesmo ano das eleições.

3.2 As Manifestações Judiciais Favoráveis à Lei da Ficha Limpa: a questão temporal

Antes de destacar as manifestações favoráveis e contrárias à aplicação da LC n. 135/2010 às eleições de 2010, será apresentada uma síntese dos casos expostos. No mérito da questão, nos casos Roriz e Barbalho, os ministros sustentaram duas teses contrárias, as quais aderiram cinco magistrados em cada uma das correntes, porque não se tinha a presença do décimo primeiro ministro em razão da aposentadoria de um de seus membros. Com o empate na questão central dos recursos, os ministros se viram obrigados a dar soluções ao pedido de prestação jurisdicional, contudo não se pacificou o entendimento em torno da questão.

A decisão do caso Roriz foi, de certa maneira, facilitada pelo próprio recorrente ao solicitar a desistência do recurso, tendo em vista a decisão de não mais registrar sua candidatura ao governo do Distrito Federal. Na oportunidade, o RE n. 630.147/DF foi extinto sem julgamento do mérito por perda do objeto, solução que não deu fim ao impasse, mas resolveu a questão no plano individual.

Já no caso Barbalho – RE n. 631.102/PA –, após a manutenção das posições dos dez ministros, a solução partiu do decano do STF, o ministro Celso de Mello, que propôs decidir o caso mantendo a decisão recorrida, tendo em vista a falta de consenso do plenário. O ministro utilizou o expediente da analogia ao inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual prescreve que, em casos de empate, em sede de mandado de segurança, tendo em vista ausência de ministros ou impedimento ao voto, prevalecerá o ato impugnado.

Embora o plenário tenha sentenciado o caso Jader Barbalho, a decisão aconteceu no plano regimental ou processual e também não solucionou o mérito. Já no RE n. 633.703/MG, o plenário do STF tinha sua composição completa, e o ministro Luiz Fux desempatou a peleja em relação à aplicabilidade ou não da Lei Complementar n. 135/2010 ao pleito eleitoral daquele ano. Cumpre ressaltar que os ministros que votaram nos casos Roriz e Barbalho mantiveram suas posições, cabendo ao novo ministro o desempate. Fux aderiu à corrente que negava a aplicabilidade da lei para as eleições de 2010.

Antes de expor os argumentos, cumpre destacar as peculiaridades do último caso em relação aos dois anteriores. Naquele, o recorrente se insurge contra o indeferimento de sua candidatura em face do art. 1º, inciso I, alínea “I” da Lei Complementar n. 64/90, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, por ter sido condenado por ato de improbidade administrativa no ano de 2007 por órgão colegiado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Já nos dois recursos anteriores, o motivo da inelegibilidade foi a renúncia de dois senadores da República para escapar de possível processo por quebra de decoro parlamentar.

Não obstante os diferentes motivos das causas de inelegibilidade, os argumentos dos recorrentes foram praticamente os mesmos: desrespeito ao princípio da anterioridade e não observância do princípio da culpabilidade.

A seguir são apresentados, por ordem decrescente de antiguidade, os argumentos e fundamentos dos ministros favoráveis à aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições do ano de 2010.

3.2.1 Ministra Ellen Gracie

No caso Joaquim Domingos Roriz, Ellen Gracie (2010a, fls. 218-237) defendeu a aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições daquele ano. No voto do caso Jader Fontenelle Barbalho, Ellen Gracie (2010a, fls. 357-390) reafirmou seu entendimento de

validade de aplicação ao pleito de 2010. E, por fim, no caso Leonídio Henrique Correa Bouças, Ellen Gracie (2011, fls. 236-262), mesmo filiando-se à corrente vencida, manteve-se na mesma posição defendida nos casos anteriores.

No caso Roriz, Ellen Gracie (2010a, fls. 221–237) construiu seu argumento com base em uma perspectiva histórica dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo a aplicabilidade do art. 16 da Constituição Federal. A ministra iniciou a revisão com a transcrição de parte do voto do ministro relator Celso de Mello na ADI n. 3.345, publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 20/08/2010. Naquela oportunidade, o tribunal, ratificando o entendimento do ministro relator, afirmou ser o princípio da anterioridade eleitoral

uma garantia fundamental do cidadão-eleitor – oponível, inclusive, à atividade do legislador constituinte derivado – cuja finalidade é ‘obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais’ (ADI n. 3.345, rel. Min. Celso de Mello, DJe publicado em 20.8.2010). (ELLEN GRACIE, 2010a, fls. 221–220. Grifos no original).

Foi assim que a ministra desvelou seu entendimento em relação à importância do dispositivo do art. 16 da CF. Prosseguindo na análise dos precedentes do STF, Ellen Gracie (2010a, fl. 222) apresentou os seguintes julgados:

(1) dos critérios de fixação do número de vereadores nos municípios (ADI n. 3.345, rel. Min. Celso de Mello, julgada improcedente em 25.8.2005); (2) da formação de coligações partidárias eleitorais (ADI n. 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, julgada procedente em 22.3.2006); (3) da propaganda, do financiamento e da prestação de contas das despesas em campanhas eleitorais (ADI n. 3.741, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada improcedente em 6.8.2006); e (4) da recomposição retroativa à eleição de 2008 do limite máximo de vereadores nas Câmaras Municipais (ADI n. 4.307-MC, rel. Min. Cármen Lúcia, medida cautelar referendada em 11.11.2009). Recordo, por último, que todos esses precedentes foram antecedidos pela ADI n. 354, que teve como relator o Min. Octavio Gallotti, julgada improcedente em 24.9.1990, na qual se examinou norma legal de interpretação, na apuração de votos, da real vontade do eleitor, quando discrepantes o candidato e o partido político indicados na cédula eleitoral.

A ministra citou os precedentes, mas advertiu que nenhum deles se referia à nova condição de inelegibilidade. Expõe Ellen Gracie (2010b, fl. 361): “a ADI n. 3.685, por exemplo, de que fui relatora, teve como objeto tema fortemente vinculado ao processo eleitoral – extinção da verticalização das coligações partidárias -, para o qual a Constituição de 1988, até a promulgação da EC 52/2006, não dispensava sequer uma linha.” E, conclui:

Volto, todavia, a reafirmar que o precedente de minha relatoria não deve ser utilizado para este caso. A verdade é que, às vezes, diferentes pessoas entendem coisas diversas da leitura de um mesmo texto. No meu caso, o que se estabeleceu foi apenas que não era possível utilizar o subterfúgio da emenda constitucional para fugir à aplicabilidade do art. 16. (ELLEN GRACIE, 2011, fl. 237).

Portanto, aqueles precedentes, na visão de Ellen Gracie, não guardam proximidade com o assunto tratado nos casos Roriz, Barbalho e Bouças. Segundo ela, as matérias discutidas nos precedentes citados alteravam o processo eleitoral. Já sobre a discussão em torno da LC n. 135/2010, não se tratava, ainda em sua análise, de alteração processual, mas de diretriz constitucional estabelecida pelo art. 14 da Constituição Federal. (ELLEN GRACIE, 2010a, fl. 224).

O argumento utilizado foi o de estabelecer as cláusulas de inelegibilidade como dispositivos constitucionais, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 14, traz esta possibilidade. Para a ministra, não importa ser o texto sobre inelegibilidade proveniente do texto constitucional original ou de legislação infraconstitucional, pois está expressamente previsto na Constituição a possibilidade de inclusão, alteração ou exclusão das causas de inelegibilidade, por meio de lei complementar. (ELLEN GRACIE, 2010a, fl. 224).

Ellen Gracie (2010a, fls. 224–225) discorre também sobre as finalidades das inelegibilidades, as quais, em sua visão, devem atender à previsão constitucional do art. 14, § 9º e, portanto, devem cumprir o papel de proteger a probidade administrativa; proteger a moralidade, considerando a vida pregressa do candidato; proteger a normalidade e a legitimidade das eleições e proteger a normalidade e legitimidade das eleições.

Se tais cláusulas têm as previsibilidades constitucionais expressas no parágrafo anterior, elas devem figurar com status constitucional. Assim, Ellen Gracie (2010a, fls.225) adverte: “entendo que o regime de inelegibilidades composto pelo art. 14 e pelas normas complementares por ele expressamente reclamadas devem, num exercício de ponderação de valores constitucionais, coexistir harmonicamente com a garantia prevista no art. 16 da Constituição Federal.”

Retornando aos precedentes do STF, Ellen Gracie (2010a, fls. 225) destaca:

No precedente, já referido, em que o Plenário desta Suprema Corte efetivamente apreciou a aplicabilidade do princípio da anterioridade eleitoral à lei complementar de que trata o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, o RE n. 129.392, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado nas sessões de 20.2.1991 e 17.6.1992, prevaleceu, por uma apertada maioria, o entendimento de que o art. 16 da Carta Magna não tinha incidência sobre a LC n. 64/90, porque era a própria Constituição Federal que exigia a edição de uma lei qualificada que viesse complementar e, portanto, aperfeiçoar o regime de inelegibilidades recém-instaurado.

Como todo respeito e admiração pelos eminentes Ministros que formaram, naquela assentada, a corrente minoritária (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos

Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho), filio-me à posição que veio a prevalecer, formada pelos eminentes Ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira.

Ao transcrever parte dos votos dos ministros Sidney Sanches, Moreira Alves e José Néri da Silveira, Ellen Gracie (2010a, fls. 225–228) fundamenta seu argumento de não incidência do art. 16 à LC n. 135/210. Do ministro Sidney Sanches adotou a posição que revela serem as inelegibilidades condições de garantia, as quais a Constituição tem como bem maior a ser preservado. Portanto, ao sopesar os princípios constitucionais, deve-se privilegiar o maior sobre o menor.

Do voto do ministro Moreira Alves, a ministra aproveitou, como seus fundamentos, a não incidência do art. 16 na lei complementar que versa sobre inelegibilidade. E, por fim, do voto do ministro Néri da Silveira, Ellen Gracie aproveitou, para seus fundamentos, a situação de que as elegibilidades devem ser entendidas como matérias de cunho constitucional e, portanto, não se referem ao processo eleitoral.

Como se pode observar, a fundamentação do argumento da ministra deu-se no campo dos precedentes do STF ao refutar quatro julgados que foram considerados não cabíveis por não tratarem de matéria de inelegibilidade e por invocarem o RE n. 129.392, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o qual lhe pareceu apropriado para o caso, pois, à ocasião, discutiu-se exatamente a incidência ou não do art. 16 da CF em face de lei complementar que inovava em matéria de inelegibilidade.

Além de defender seu argumento com os fundamentos expostos, a ministra tratou de refutar o argumento contrário, o qual defendia a aplicabilidade do art. 16 à LC n. 135/2010. O fundamento contrário afirmava que, à época do RE n. 129.392, ainda não tinham sido estabelecidas as cláusulas de inelegibilidade de acordo com os fundamentos da Constituição de 1988 e, por isso, a LC n. 64/90 deveria ser utilizada para as eleições daquele mesmo ano, porque estavam diante de condições inaugurais e cumprindo a previsão constitucional de se estabelecer as inelegibilidades por meio de lei complementar.

De acordo com Ellen Gracie (2010a, fls. 228-232), o argumento não pode prosperar, pois o texto constitucional não exige a implantação das hipóteses de inelegibilidade de uma única vez. Após 1990 houve uma profunda revisão no texto constitucional e, até a promulgação da LC n. 135/2010, o legislador não havia adaptado os impedimentos de candidatura às novas realidades constitucionais. Modernamente, as inelegibilidades se revestem de importância constitucional para aperfeiçoar o regime democrático e o exercício

da função pública e a LC n. 135/2010 não é casuística, mas sim um instrumento que privilegia a ética no exercício do cargo público.

Ainda em relação à questão temporal, mas não por influência do art. 16 da Constituição e, sim, por ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI³⁰, Ellen Gracie (2010a, fls. 232–235) tratou da questão do ato jurídico perfeito e da possível retroação da lei para maculá-lo. Ellen Gracie (2010a, fl. 233) entende que, depois de

editada a Lei Complementar n. 135, vigente desde 7.6.2010, o ato de renúncia praticado pelo recorrente permaneceu lícito e juridicamente perfeito. É que o enquadramento da renúncia ora em questão como causa de inelegibilidade não pressupõe, como quer fazer crer o recorrente, o reconhecimento de sua ilicitude (...). Logo, a aplicação da hipótese de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, k, da LC n. 64/90, inserido pela LC n. 135/2010, às renúncias que precederam a vigência deste último diploma não as transmuda em condutas ilícitas e nem as desqualifica da condição de atos jurídicos perfeitos. Aliás, a aplicação da lei de inelegibilidade aos fatos ocorridos antes de sua vigência, conforme já reconhecido pela jurisprudência desta Suprema Corte (MS 22.087, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.5.1996) e do Tribunal Superior Eleitoral (RESPE 9.797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 19.9.1992), fundamenta-se, tão-somente, na circunstância de a inelegibilidade não se configurar pena, sendo a ela inaplicável a invocação da irretroatividade da lei.

O argumento da ministra funda-se na condição de o ato da renúncia continuar preservado. A LC n. 135/2010 não lhe retirou o status de validade, por isso, não se poderia falar em retroatividade da lei para alcançar fato jurídico aperfeiçoado no tempo. Tampouco a nova lei de inelegibilidade impôs ao ato da renúncia alguma pecha de ilicitude. Mesmo após a edição da Lei da Ficha Limpa, continua o ato de renunciar dotado de sua licitude e os demais efeitos advindos da concretude de tal ato não foram alterados pela referida lei.

Todavia, Ellen Gracie (2010a, fl. 234) afirma ser a renúncia parlamentar uma afronta moral à soberania popular e aos princípios democráticos. Sendo assim, a instituição da renúncia como cláusula de inelegibilidade vai ao encontro dos preceitos constitucionais, mais especificamente ao preceituado pelo § 9º do art. 14 da Constituição, que exige que as inelegibilidades cumpram a função de proteger a moralidade do exercício do cargo público.

Se a renúncia parlamentar, embora lícita, é tida como imoral aos olhos da sociedade, principalmente, quando utilizada para escapar de processo que possa resultar na cassação do mandato e, conseqüentemente, dos direitos políticos, dentre eles o direito de ser eleito. O instituto da renúncia, ao longo dos tempos, foi utilizado de maneira a evitar a possibilidade de cassação e talvez da “morte” política do parlamentar. Além do mais, fundamenta a ministra, a

³⁰ “Art. 5º:

[...]

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

revisão constitucional de 1994 alterou o § 9º do art. 14 da Constituição para acrescentar a expressão “vida pregressa” à proteção da moralidade do exercício do cargo público. (ELLEN GRACIE, 2010a, fl. 234).

Não se discute a licitude do ato de renunciar nem se interfere nos efeitos jurídicos causados por tal ato. Tem-se o ato como imoral do ponto de vista social e, ademais, aponta Ellen Gracie (2010a, fl. 234), no momento do registro da candidatura a Justiça Eleitoral deve verificar as condições de legibilidade e inelegibilidade dos candidatos e, para isso, deve vasculhar sua vida pregressa. Na oportunidade, caso identifique ato de renúncia ocorrido no passado, estará o candidato inapto a registrar sua intenção de concorrer ao pleito eleitoral e, conseqüentemente, restrito em seus direitos políticos.

Ainda no tocante à moralidade que se requer do homem público, consignou Ellen Gracie (2011, fl. 236): “o santo, no entanto, não merece tanta vela. Foram muitos votos brilhantes para uma questão que envolve um secretário municipal de serviços públicos, que colocou todos os garis e todos os servidores que estavam à sua disposição na prefeitura como cabos eleitorais para eleger-se deputado estadual.”

A ministra argumentou sobre a possível afetação da normalidade da eleição, tendo em vista a publicação da LC n. 135/2010. Neste aspecto, não considerou ter a lei afetado a normalidade das eleições, pois fora publicada em data anterior ao início do registro das candidaturas e fundamentou sua argumentação na observância do art. 11, § 10 da Lei n. 9.504/97³¹, que exige que as condições impeditivas de registro de candidatura sejam verificadas no momento do efetivo pedido de registro. Este período tem início e fim determinados pelo processo eleitoral vigente. Portanto, à época do registro de candidatura para as eleições de 2010, todos os candidatos conheciam o teor da lei e a Justiça Eleitoral a aplicou. (ELLEN GRACIE, 2010a, fl. 234).

Em relação ao assunto Ellen Gracie (2010b, fl. 361) conclui:

Não foi a vontade de contendores ou lideranças políticas adversárias do recorrente, desejosas em permanecer no poder, que gerou a LC n. 135/2010. Aliás, não custa lembrar que o recorrente é figura de destaque do partido político que representa, no âmbito federal, a base da maioria governista hoje existente. Tampouco foi a LC n. 135/2010, segundo sustentado, fruto de uma “*uma verdadeira obsessão criada contra candidatos preconceituosamente alcunhados de ficha suja*”.

³¹ “Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

[...]

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.”

As novas hipóteses de inelegibilidade surgiram, com significativo atraso, na estrita obediência à expressa vontade da Constituição Federal, revelada, conforme previsto em art. 14, § 9º, no comando de proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato. (Grifos no original).

Por fim, argumentou pela não plausibilidade da estipulação de que os atos conclusos não poderem ter efeitos futuros, não contemplados à época. Sob o aspecto da não afetação do ato jurídico perfeito, deve-se entender que o ato em si não pode ser alterado, seus efeitos não de ser preservados incólumes. Essa é a certeza, ou seja, uma vez exercido o direito da renúncia e ela concretizada, tal ato perdurará ao longo dos tempos e a lei futura não poderá lhe retirar aquela condição. Não obstante, nada impede o legislador de criar norma que, no futuro, possa atribuir algum efeito ao fato consumado, desde que não se altere a sua perfeição (ELLEN GRACIE, 2010a, fl. 235).

Sinteticamente, os argumentos da ministra baseavam-se nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e na Constituição Federal. A composição dos argumentos, portanto, tem um caráter eminentemente positivista ao considerar a norma posta para a resolução do caso concreto. Não obstante, a fundamentação revela traços moralistas ao considerar a renúncia parlamentar um ato imoral e contrário aos princípios democráticos.

3.2.2 Ministro Ayres Britto

Ao iniciar seu voto, Ayres Britto (2010, fl. 17) esclarece que, nos casos em análise, estavam em jogo os pedidos de registro de candidatura e não outros aspectos os quais possam ensejar na inconstitucionalidade total da LC n. 135/2010. Por isso, suas análises estão restritas às causas de pedir dos recorrentes.

Em atenção ao pedido do recorrente de declaração de inconstitucionalidade da alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, introduzido pela LC n. 135/2010, Ayres Britto (2010, fl.17) afirmou que se deve interpretá-lo à luz do art. 14, § 9º da Constituição, o qual exige da lei complementar o estabelecimento de casos de inelegibilidade com a finalidade de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerando, igualmente, a análise da vida pregressa e a normalidade e legitimidade das eleições.

O argumento de Ayres Britto (2010a, fl. 18) resume-se à análise da LC n. 135/2010, mais especificamente da referida alínea, a fim de verificar se atende ao chamamento

constitucional estabelecido no § 9º, do art. 14 da Constituição. De pronto, o ministro considerou atendido o chamamento constitucional para criar novas causas de inelegibilidade, incluindo a renúncia parlamentar como uma delas.

Assim fundamenta sua posição:

Primeiramente, porque a falta de decoro parlamentar se manifesta mais gravemente pelo “abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional”, ou pela “percepção de vantagens indevidas” (atos de corrupção, entenda-se), nos precisos termos do § 1º do art. 55 da CF. Depois, porque, para o representado abrir mão do contraditório e da ampla defesa – que foi o caso do primeiro recorrente -, é preciso que o renunciante esteja convicto de que nem assim debaixo dessas duas altaneiras garantias constitucionais conseguirá convencer terceiros de que não incorreu em quebra de decoro. Operando ela mesma, canhestra renúncia para o fim de bloqueio processual, como atípica modalidade de confissão. Um claro ou inescandível atestado de que o parlamentar sob tal acusação não tem como dela se safar, e por isso é que faz uso de uma renúncia que tecnicamente se traduz numa prerrogativa, é certo, mas limitada à técnica mesma do aborto de um processo *interna corporis*. Não como expressão de *blindagem* contra sua eventual qualificação, por lei, enquanto fato gerador de inelegibilidade (...). (AYRES BRITTO, 2010, fls. 18–19. Grifos no original).

O ministro observou que à época da renúncia dos recorrentes, o § 9º, do art. 14 da Constituição já existia com a alteração da emenda de revisão constitucional de 1994. Uma vez que a renúncia parlamentar teve manifesta intenção de se furtar ao procedimento de cassação do mandato por quebra de decoro, os recorrentes correram o risco de no futuro, estarem inelegíveis em decorrência do fato. (AYRES BRITTO, 2010, fl. 19).

Considerada a premissa anterior como válida ao chamamento constitucional de instituir, por meio de legislação complementar, novas causas de inelegibilidade em atendimento às finalidades do § 9º do art. 14 da Constituição, Ayres Britto (2011, fl. 233) fundamentou, ainda em relação ao chamamento constitucional, que a LC n. 135/2010 é de iniciativa e, por isso, “atende a um reclamo, a um chamamento constitucional. É uma forma de democracia direta ou participativa. A representação do povo não se faz plenamente, só se faz em plenitude depois dessa iniciativa, desse impulso popular.”

Ao retratar a LC n. 135/2010 como iniciativa popular, o ministro chama atenção para o fato de o art. 14 da Constituição prescrever que a soberania popular será exercida, dentre outras maneiras, por meio da iniciativa popular. Sendo assim, Ayres Britto (2011, fl. 233) adverte: “então, é uma lei que nasce, no seu processo legislativo, ultralegitimada pela Constituição. Isso, faz, sim, a diferença. Para enxergar uma inconstitucionalidade nessa lei é preciso que a inconstitucionalidade seja flagrante, seja patente.”

O ministro afirma, também, ser válida a aplicabilidade imediata da lei; e o apanhamento de fatos anteriores em prol daquele parágrafo constitucional. (AYRES BRITTO, 2010, fl. 19).

Em relação ao alcance de fatos passados para acarretar consequências futuras, o ministro entende estar a Lei Complementar n. 135/2010 em consonância com o chamamento constitucional de se avaliar a vida pregressa do candidato, a fim de proteger a moralidade do exercício do cargo público. Ayres Britto (2010a, fl. 25) também utiliza os precedentes do Supremo Tribunal Federal para atestar sua argumentação.

Em resumo, Ayres Britto (2010a, fls. 25-26) considera:

II - ao fazer uso de ‘candidato’ e sua ‘vida pregressa’, no mencionado contexto de probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato, a Constituição por certo que teve em mira resgatar o significado original do termo, sabido que a palavra ‘candidato’ vem de cândido, puro, limpo, num sentido ético, tanto quanto ‘candidatura’ vem de candura, pureza, limpeza igualmente ética. Com o que a nossa Lei Maior termina por aumentar a altura do seu voo axiológico para resgatar a própria dignidade da Política, entendida esta como a arte e a ciência de governar; de bem servir ao povo todo e por todo o tempo. Nessa medida, a mais imprescindível das atividades humanas. Urgindo, no entanto, criar instituições e institutos – como o da inelegibilidade – que tornem os políticos dignos da Política. Ou que salvem a Política dos políticos avessos aos princípios da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato e da não-incidência em abuso do poder político, ou econômico.

Ainda sobre o assunto, o ministro afirma ser “a questão da vida pregressa, expressão de que se vale a Constituição, considerada a vida pregressa do candidato. E vida pregressa só pode ser vida passada, vida pretérita, vida vivida efetivamente, na linguagem literária de Dias Gomes, uma vida prastramente e nunca prafrentemente”. (AYRES BRITTO, 2010b, fl. 310).

Assim conclui Ayres Britto (2011, fls. 229-230):

E vida pregressa é vida passada, não é vida futura, considerada a biografia do candidato, o político que não tiver biografia, desfilar pela passarela inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa – ou quase isso -, não pode ter a ousadia de pedir o registro de sua candidatura. Até porque a Constituição trabalhou com esse sentido vernacular de candidato.

Para o ministro, as exigências do § 9º do art. 14 da Constituição não podem ser procrastinadas, devem ser aplicadas de imediato, pois é de sua vontade explícita, bem como analisar a vida pregressa do candidato que pleiteia o mando público. Todavia, deve-se respeitar a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o princípio da anterioridade penal. Em caso de choque entre princípios constitucionais, deve-se interpretá-los em relação a suas finalidades específicas e determinar a prevalência de um sobre o outro. (AYRES BRITTO, 2010, fls. 26–27).

Entretanto, Ayres Britto (2011, fl. 226) assim pondera:

Acho que tudo depende, aqui, [...] da visão global que tenhamos da Constituição Federal. É uma questão de mundividência ou cosmovisão constitucional. Estamos aqui a revelar nosso especial modo de interpretar o conjunto de dispositivos da nossa Lei Fundamental. E é evidente que essa cosmovisão constitucional passa, não pode deixar de passar, pela compreensão dos próprios direitos fundamentais, porque estamos a lidar com um aparente entrelaçamento, uma colisão, entre direitos individuais, dentre eles o da chamada presunção de não culpabilidade e direitos políticos: direito de votar, direito de ser votado. Mas ambas as categorias de direito são fundamentais, porque alocadas, as categorias, no título de número II da Magna Carta Federal, cujo nome é conhecido de todos, 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais'.

Na visão do ministro os direitos individuais fundamentais estão alocados em um plano superior aos dos direitos coletivos fundamentais. Não obstante, para ele, deveria ser o contrário: os direitos coletivos deveriam prevalecer em relação aos individuais. Ayres Britto (2011, fls. 227-228) alerta:

A pior forma de interpretar um texto normativo é leva-lo à própria ineficácia. E os direitos individuais, lamentavelmente, têm cumprido essa função histórica nos últimos tempos, de condicionar demasiadamente a interpretação de outros direitos fundamentais, na perspectiva de um esvaziamento do conteúdo desses últimos [...]. E os direitos políticos? Porque nós estamos cuidando de direitos políticos, artigo 16 e artigo 14, § 9º, ambos incrustados nesse capítulo constitucional de direitos fundamentais. Direitos que se iniciam com o artigo 14. Ora, esses direitos implicam não inação estatal, não ação estatal, mas uma intervenção do cidadão, e, sobretudo, do cidadão eleitor, na vida do Estado. Uma intromissão na funcionalidade estatal, sobretudo em dois planos: o plano da formação dos quadros dirigentes do Estado, o cidadão eleitor é quem vai formar, produzir os quadros dirigente do Estado, e, no plano, especificamente cidadão, do acompanhamento crítico das ações do Estado. Então diferentemente dos outros dois, das duas outras categorias de direitos fundamentais, os direitos políticos implicam postura de intervenção da cidadania na vida do Estado.

Ao considerar sobre a aplicação do art. 16 da Constituição Federal à nova lei complementar, o ministro entendeu privilegiar o insculpido no art. 14, § 9º. Considerou, para tanto, que as novas condições de inelegibilidade foram promulgadas antes do início do processo eleitoral e, portanto, candidatos e partidos estavam em "pé" de igualdade quando da fase precursora das eleições. (AYRES BRITTO, 2010, fl. 27).

Ayres Britto (2010a, fl. 27) consignou, ainda, sobre a alteração na redação do § 9º do art. 14, que é posterior à redação do art. 16, isso que poderia levar a crer na situação de prevalência do primeiro em relação ao segundo, tendo em vista o tempo de edição. Em outras palavras, se o primeiro foi alterado quando já se conhecia a redação do art. 16, isso indica que o status de proteção da moralidade do exercício do cargo público requer maior atenção constitucional.

Assim resume Ayres Britto (2010a, fl. 29):

Ora pois, assim dotado de maior envergadura sistêmica e densificador de valores vistosamente ético-democrático-republicanos, o §9º do art. 14 é que se impõe à interpretação do art. 16 da nossa Lei Fundamental, e não o contrário. Este como preceito de caráter instrumental e aquele como expressão de normatividade finalística. Daí o acórdão exarado pela composição plenária deste Supremo Tribunal Federal, verbis (RE 129.392, de relatoria do Ministro Pertence):

'[...]prevalência da tese, já vitoriosa no Tribunal Superior Eleitoral, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição.' (RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-6-1992, Plenário, DJ de 16-4-1993.) (Grifos no original).

Ayres Britto (2011, fls. 231 -232) afirma ainda que:

Essa expressão do artigo 16, processo eleitoral, é solitária, é única. A Constituição não volta a falar de processo eleitoral. Fala numa única oportunidade: exatamente no artigo 16. Deve ser interpretada a expressão – claro que não literalmente -, mas sistemicamente, em combinação com o artigo 14, § 9º. Eu não vejo antinomia. Esse processo eleitoral de que trata a Constituição é aquele apetrechado o bastante para cumprir o conteúdo do § 9º do artigo 14, ou seja, legitimidade e normalidade do processo eleitoral, porque assim é que se serve à democracia. Esse processo eleitoral do artigo 16 está a serviço da democracia representativa, porque a eleição é o momento mais luminoso e culminante, pinacular da democracia representativa. E o processo eleitoral só pode ter a função instrumental, é um instrumento, é serviente.

O argumento de Ayres Britto (2010a, fl. 30) é de que nem a referida alínea “k”, tampouco a LC n. 135/2010 desconstituem atos jurídicos perfeitos, coisa julgada, nem direito adquirido. Nos casos de renúncia (Domingos Roriz e Jader Barbalho), segundo o ministro, para reverter o efeito da renúncia, dever-se-ia voltar os recorrentes ao estado anterior a ela, fato o qual não aconteceu e, portanto, não se atacou o chamado ato jurídico perfeito.

Além disso, o ato da renúncia não implica em direito garantido à elegibilidade futura. Tem-se, com o ato, a garantia de que a renúncia perdurará ao longo dos tempos e, por conseguinte, a LC n. 135/2010 não maculou nenhum direito adquirido.

Em nossa visão, Ayres Britto transitou entre o positivismo jurídico e o moralismo jurídico. Os argumentos foram trabalhados no campo normativo³² e os fundamentos em seus aspectos jusmoralistas.

³² A expressão foi utilizada em sentido amplo, assim deve-se entendê-la como aquilo que está posto, quer seja norma, precedente ou princípios.

3.2.3 Ministro Joaquim Barbosa

Joaquim Barbosa (2010a, fls. 408-409) partiu das seguintes premissas, ao analisar os casos: a LC n. 135/2010 tem a finalidade específica de moralizar o processo eleitoral. É uma lei diferenciada, pois é fruto da iniciativa popular e os direitos políticos coletivos têm primazia sobre os direitos políticos individuais. Por isso, Joaquim Barbosa (2010b, fl. 203) é enfático ao afirmar que sua interpretação percorre a “valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob uma ótica de proteção ao interesse público, e não de proteção preferencial aos interesses puramente individuais.”

Sobre a incidência do art. 16 da Constituição Federal Joaquim Barbosa (2010a, fls. 409-410) afirma ser ele condição indispensável à garantia contra atos casuístas em matéria de processo eleitoral. Todavia, a expressão processo eleitoral, deve ser melhor compreendida, pois nem todas as alterações em matéria eleitoral afetam o processo, ou quando afetam não causam grandes impactos.

Sobre os impactos da LC n. 135/2010, especificamente da alínea que prescreve a inelegibilidade decorrente da renúncia parlamentar, Joaquim Barbosa (2010a, fl. 410) esclarece que serão mínimos, pois são poucos os casos de pretensos candidatos atingidos pelo impedimento à candidatura. Se os resultados são ínfimos e há necessidade de se prosseguir rumo à moralização do exercício do cargo público, não há porque impedir a aplicação imediata aplicação da lei.

O ministro também se filia à corrente que enxerga as cláusulas de inelegibilidade como preceitos constitucionais e, por isso, não podem ser consideradas como efetivas alterações no processo eleitoral.

As inelegibilidades são dirigidas aos indivíduos, pretensos candidatos, e não aos partidos políticos. Por esta razão, não afetam o processo eleitoral, porque o partido terá um substituto apto a concorrer às eleições no lugar do inelegível. Portanto, o processo eleitoral estaria preservado. (JOAQUIM BARBOSA, 201A, fl. 411).

Para sustentar seu argumento, utilizou os precedentes do Supremo Tribunal Federal constantes na ADI n. 3.345, na ADI n. 354 e na ADI n. 1.805 MC, nas quais a Corte definiu o processo eleitoral em três fases distintas. Segundo ele, a LC n. 135/2010 foi publicada antes da primeira e, por isso, não interferiu no processo eleitoral, uma vez que os partidos políticos estavam em iguais condições no momento do registro das candidaturas. (JOAQUIM BARBOSA, 2010a, fls. 412-413).

A respeito do assunto, Joaquim Barbosa (2010a, fl. 414) afirma que

segundo o min. Gallotti, o art. 16 da Constituição exige, como circunstância necessária para a sua aplicação, a evidência de que a alteração da regra eleitoral, quando aplicada ao caso concreto, gera desequilíbrio entre as forças eleitorais em disputa. A contrário senso, pode-se concluir que a alteração irrelevante das regras da disputa eleitoral, isto é, a alteração que não altera o equilíbrio inicial do pleito, não deve ser submetida ao princípio da anualidade. (Grifo no original).

Assim, verifica-se o posicionamento de que não são todas as alterações, em matéria eleitoral, que implicam em mudanças no processo. Caso não alterem o equilíbrio entre partidos e candidatos, a isonomia está preservada e, por isso, não se deve falar em aplicabilidade do art. 16 da Constituição, pois não existe casuísmo capaz de alterar a normalidade do processo.

Finalizando o assunto da aplicabilidade do art. 16 da Constituição, Joaquim Barbosa (2010a, fl. 415) afirma:

A LC n. 135/2010 tem objetivo moralizador, tem fundamento constitucional e, no que tange às causas de inelegibilidade, não desestabiliza o processo eleitoral em curso, não fere o princípio da isonomia e da segurança jurídica, tampouco tem conotação casuísta, pois incidirá sobre todos os pleiteantes a cargo eleitoral de forma igual.

Na esteira do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa (2011, fl. 220) afirma que a LC n. 135/2010 não causou impactos ao processo eleitoral, pois “não houve surpresa ou quebra dos princípios da segurança e da isonomia. Não houve desestabilização do processo eleitoral porque este sequer havia sido iniciado.”

Ao abordar sobre a hipótese de retroatividade da LC n. 135/2010 para alcançar fato jurídico perfeito, Joaquim Barbosa (2010a, fl. 417) argumenta não ter a lei alterado os efeitos da renúncia parlamentar, tendo em vista que todos os efeitos haviam sido produzidos no instante de sua concretude. Foi enfático ao afirmar que:

A LC n. 135/2010, ao tornar inelegíveis os que renunciarem a seus mandatos, em nada alterou a caracterização da renúncia. Ela continua sendo um ato lícito que extingue o mandato parlamentar. Por outro lado, como diversas vezes assentado por esta Corte, a inelegibilidade não é pena, e a LC n. 135 não transforma a renúncia em pena ou em ato ilícito, apenas fixa mais um critério, dentre outros, de inelegibilidade. (JOAQUIM BARBOSA, 2010a, fl. 417).

O fundamento do ministro, expresso em seu voto, considera o ato da renúncia intocado pela LC n. 135/2010, pois a partir do momento de sua publicação, o parlamentar perdeu o mando a que tinha direito. Naquele momento, quaisquer avaliações, por parte de seus pares, a respeito dos acontecimentos foram suspensas, por força da renúncia. Assim a Lei da Ficha

Limpa não implica em revogação da renúncia nem tampouco na cassação de seus efeitos suspensivos.

Segundo entendimento do ministro,

Ocorre que a lei da ficha limpa não atinge qualquer dos efeitos da renúncia. Esta se encontra perfeita e acabada. Tanto é assim que dela não surgiu qualquer óbice a que o ex-senador concorresse a dois pleitos eleitorais nos quais foi eleito, tendo exercido dois mandatos de deputado federal. Isto porque as virtudes moralizantes da norma inscrita no parágrafo 9º do art. 14 da Constituição ainda não haviam sido exploradas até as últimas consequências pelo legislador.

A lei complementar ora em discussão não retroagiu, apenas deu efeitos futuros a certos atos praticados no passado, com o claro objetivo de ajustar a realidade da representação política nacional às exigências de probidade, moralidade administrativa e não abuso no exercício da função pública, exigências essas que traduzem magnos princípios diretores da nossa organização política, com os quais os atos praticados pelo ora recorrente se mantinham em manifesta posição de confronto. (JOAQUIM BARBOSA, 2010b, fl. 208).

Ocorre, porém, que o legislador incluiu no rol de inelegibilidades mais uma condição em defesa do que preceitua o art. 14, § 9º da Constituição. Desta maneira, não há que se falar em mácula da renúncia, pois seus efeitos estão preservados no tempo. “Teria havido retroação se estivéssemos diante, por exemplo, de uma lei que considerasse nulos os mandatos eletivos que o recorrente exerceu desde a renúncia, e que considerasse a renúncia como fato gerador da nulidade.” (JOAQUIM BARBOSA, 2010b, fls. 208–209).

O entendimento do ministro revela ter a LC n. 135/2010 instituído mais uma causa de inelegibilidade, não importando se ocorreu no passado ou não, mas que só terá efeitos de tornar um candidato inelegível no futuro. Nesse sentido, os efeitos da renúncia permanecem inalterados, tanto é que no caso Barbalho, após a renúncia ao cargo de Senador da República no ano de 2001, ele foi eleito Deputado Federal no ano de 2002 e reeleito no ano de 2006. Portanto, a LC n. 135/2010 não retroagiu no intuito de anular os mandatos de 2002 e 2006. Tão somente prescreveu, a partir de sua publicação, que a renúncia parlamentar passa a integrar a relação de inelegibilidades.

O ministro consignou, ainda, que “a intenção desta norma (*voluntas legis*) é evitar manobras tendentes a assegurar uma possível impunidade do parlamentar, levando, por via de consequência, à degeneração e à conspurcação da relação entre representante e representado” porque, segundo o ministro, “a Constituição Federal já contém preceito implícito que veda a burla ao enfretamento de processo que vise ou possa levar à perda do mandato.” (JOAQUIM BARBOSA, 2010b, FL 212).

3.2.4 Ministro Ricardo Lewandowski

Em relação à aplicação do art. 16 da Constituição e, conseqüentemente, à não validade da LC n. 135/2010 para as eleições daquele ano, o argumento de Ricardo Lewandowski (2010, fls. 116–117) diz respeito ao alcance do princípio da anterioridade eleitoral. Deste modo, o ministro defende ser o referido artigo uma proteção contra atos casuísticos que possam interferir no processo eleitoral já no ano de sua publicação. Em síntese, o ministro entende que nem todas as leis eleitorais promulgadas no mesmo ano dos pleitos devem guardar respeito ao art. 16.

Em seus fundamentos, o ministro traz à tona o entendimento do STF nos julgamentos da ADI n. 3.345³³ e do RE n. 129.392/DF. Do primeiro julgado, Ricardo Lewandowski (2010, fls. 116–117) considera ser aplicável o art. 16 da CF nos casos em que se tenham alterações eleitorais casuísticas, as quais possam influenciar a igualdade entre os atores, considerando-se candidatos e partidos. Do segundo julgado, o ministro coleciona passagens do julgado, o qual afastou a incidência do art. 16 por ocasião da decisão sobre a validade ou não da LC n. 64/90 para as eleições daquele mesmo ano. (RICARDO LEWANDOWSKI, 2010, fls. 117–119).

Ainda em relação ao segundo julgado, utilizou-se das palavras dos ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira, os quais figuraram na corrente vencedora da época. Basicamente, as transcrições destacam a importância do art. 16, mas em sentido relativo, pois o respectivo artigo tem a finalidade específica de impedir prováveis casuísmos impostos pelo legislador às vésperas das eleições³⁴. Não se vislumbra outro espírito que não o de romper com a igualdade no momento das eleições, deixando o eleitorado à mercê da manipulação da minoria.

O ministro Ricardo Lewandowski (2011, fl. 212), retrata a situação envolvendo o voto de Celso de Mello na ADI n. 3.345:

³³ Ressalte-se em relação à ADI n. 3.345 de relatoria do ministro Celso de Mello, o seu voto foi utilizado tanto pela corrente favorável à aplicação do art. 16, quanto pela corrente contrária. Fato o qual reforça o pensamento de Ellen Gracie (2011, Fl. 237) ao afirmar que: “[...]A verdade é que, às vezes, diferentes pessoas entendem coisas diversas da leitura de um mesmo texto.” E, também de Ayres Brito (2011, fl. 226) quando relata: “É uma questão de mundividência ou cosmovisão constitucional. Estamos aqui a revelar nosso especial modo de interpretar o conjunto de dispositivos da nossa Lei Fundamental.”

³⁴ Cumpre ressaltar quando os ministros se referem ao casuísmo eleitoral, tudo aquilo que o Brasil experimentou desde a sua independência, em sede de eleições. A história é ampla ao registrar as mais variadas maneiras de fraudes eleitorais, a exemplo do eleitorado fantasma; um eleitor votando várias vezes; voto bico de pena; voto de cabresto; currais eleitorais; dentre tantos outros registrados pela história. Deste jeito, os ministros os quais defendem a imediata aplicação da LC n. 135/2010 fazem crer que o art. 16 tem a finalidade específica de evitar artimanhas legislativas as quais tragam de volta aquelas possibilidades.

Digo, então, que a solução dessa controvérsia impõe uma reflexão a respeito do alcance do chamado princípio da anterioridade da lei eleitoral, consagrado no referido diploma constitucional, que nos termos do voto condutor proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n. 3.345, recentemente publicado no Diário da Justiça, 19/08/2010 – **e essa é a leitura que faço, sei que Sua Excelência tem uma posição distinta, mas pelo menos é a leitura que faço, e os Colegas da Justiça Eleitoral fizeram.** (Grifos no original).

Ainda no tocante aos precedentes, Lewandowski utilizou o julgamento da ADI n. 3.741/DF, de sua própria relatoria, no qual ratificou o entendimento dos precedentes anteriores em torno da questão da aplicabilidade do art. 16 da CF às leis eleitorais, promulgadas no mesmo ano de acontecimento dos pleitos.

Com os precedentes expostos, o ministro traçou um paralelo entre as situações impostas pela LC n. 135/2010 e pelos precedentes. De início, destacou o fato de a data de vigência da lei complementar ser anterior às convenções partidárias, que ocorreram em 10/06/2010. No entendimento do ministro, se a novel lei complementar passou a vigorar antes do início do processo eleitoral, não houve o rompimento da igualdade entre as partes. (RICARDO LEWANDOWSKI, 2010, fl. 122).

Ricardo Lewandowski (2010, fl. 122), afirma sobre esse assunto que:

Na verdade, existiria rompimento da denominada ‘paridade de armas’ caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas.

Os fundamentos do ministro têm a finalidade de esclarecer que matéria de inelegibilidade não faz parte do processo eleitoral e, mesmo que fizesse, não teria o condão de alterar a igualdade entre as partes até mesmo porque a inelegibilidade é para todos os candidatos indistintamente.

Ao analisar a suposta questão da retroatividade Ricardo Lewandowski (2010, fls. 125-127) se ocupa, inicialmente, do tempo verbal da lei, que, diga-se de passagem, ganhou contornos no julgamento e mereceu uma votação em separado, antes mesmo de os ministros discorrerem a respeito do mérito do caso Roriz. Ricardo Lewandowski (2010, fl. 126) junta ao seu voto conclusões de estudiosos da área da gramática e da filologia a respeito do tempo verbal utilizado na redação da lei.

Os pareceres dos estudiosos não foram conclusivos a respeito do assunto, pois revelaram duas possibilidades. Contudo, lembrou que o processo hermenêutico não termina com a avaliação gramatical ou filológica e deve socorrer-se de outras maneiras, que possam

dar melhor clareza ao intérprete. Desta maneira o ministro busca a interpretação da expressão nos anais do Senado Federal, em que se consignou a vontade do próprio legislador a respeito do assunto.

O ministro Ricardo Lewandowski (201a, fl. 128) utiliza-se de um trecho do texto do relator do projeto de lei no Senado Federal no qual ele assevera ser necessária a mudança, em forma de emenda de redação, para harmonizar o texto, não tendo o intuito de alterar o sentido da lei, pois, se a redação anterior estabelecia “tenham sido” e, de acordo com os estudiosos da gramática e da filologia não deixa dúvida sobre a compreensão de ser um fato passado, com nova redação mantém-se o mesmo espírito.

Por isso, Ricardo Lewandowski (2010, fls. 129–130) acredita que em sede de inelegibilidades não há retroação da LC n. 135/2010, tendo em vista ser o momento de aferição da elegibilidade ou não no futuro e não no passado. Em outras palavras, a lei de inelegibilidade estabelece condições verificáveis no momento de registro da candidatura e é nesta oportunidade que é avaliado se o candidato se enquadra ou não nelas, para aí sim determinar sua habilitação às eleições.

Destaca, ainda, não conceber as causas de inelegibilidade como pena, mas sim como condições legais que impossibilitam o cidadão de exercer o direito de concorrer ao pleito eleitoral (RICARDO LEWANDOWSKI, 2010, fls. 130–131). Tal concepção está fundamentada nos precedentes do STF. Portanto, não se trata de punir um candidato por ato praticado no passado, mas sim de restringir a possibilidade da prática de um ato futuro (registro da candidatura) com base na lei.

Ricardo Lewandowski (2010, fl. 132) assim se expressa: “com efeito, penso que **a inelegibilidade não constitui efeito futuro do ato de renúncia**, tratando-se, ao revés, de hipótese que incide sobre a condição de elegibilidade do recorrente no tempo presente” (Grifos no original). Neste aspecto, o ministro se filia à corrente que não enxerga modificações no ato da renúncia, pois seus efeitos se mantêm ao longo do tempo, ou seja, os recorrentes não foram afetados em suas condições de renunciantes, mas sim em suas condições de elegibilidade, fato que não se garante a nenhum cidadão a elegibilidade, devendo-se observar, em momento eleitoral oportuno, se ele reúne condições positivas e não se enquadra nas negativas, a fim de pleitear o registro da candidatura.

3.2.5 Ministra Cármen Lúcia

Cármen Lúcia (2010a, fls. 84-87) argumenta pela não incidência do art. 16 da Constituição na LC n. 135/2010. A ministra fundamentou sua decisão com base no precedente do STF no julgamento do RE n. 129.392, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. Explora a ministra a situação de aquele julgado ser similar aos julgados dos três casos em análise sob a égide da Lei da Ficha Limpa.

Afirma Cármen Lúcia (2010a, fl. 86) que,

ao consignar seu voto naquele julgamento, o Ministro Moreira Alves anotou que o art. 16 da Constituição visava apenas impedir o chamado casuísmo de véspera, ou seja, a mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política, e por isso a exigência de lei complementar se destinava apenas a proteger as eleições contra o abuso do poder e garantir sua legitimidade e normalidade. Reconhecido esse vínculo teleológico, mesmo que alterasse o processo eleitoral, a aplicabilidade imediata de uma lei complementar de inelegibilidades deveria ser examinada e ponderada, em cotejo com o art. 16, pelas suas finalidades e não apenas pelo seu tempo de vigência.

Assim a ministra assume a posição de que o art. 16 da Constituição não deve ser aplicado automaticamente a todas as leis que versem sobre matéria eleitoral, mas há de se interpretar se as finalidades da novel legislação são casuístas. Em caso positivo, tem lugar o art. 16, mas, caso contrário, deve-se dar concretude imediata ao novo dispositivo eleitoral. Deste jeito, entende a ministra que “é exatamente por ser genérica, não afetar grupos que estejam no poder, que a Lei Complementar n. 135 não é casuística. Nem veio para se aplicar apenas a esta eleição de 2010, senão que a partir dela para todos os pleitos que se vierem a suceder.” (CÁRMEN LÚCIA, 2010a, fl. 80).

Ainda a percorrer o julgado do RE n. 129.392, Cármen Lúcia (2010a, fl. 86) assevera que

o eminente Ministro Néri da Silveira poria relevo num aspecto relevante da controvérsia sobre a aplicabilidade no tempo da então nova legislação complementar das inelegibilidades, e que aproxima notavelmente aquele caso deste que ora se apresenta ao Supremo Tribunal Federal. Afirmou, na ocasião, S. Exa.: *‘Releva observar ∴ que essa Lei se editou em momento bem anterior ao do registro dos candidatos, e foi nesse instante que se teve que verificar do preenchimento, por parte dos candidatos, dos requisitos para o deferimento do registro.’* (Grifos no original).

O destaque da passagem anterior é arrematado por Cármen Lúcia (2010a, fl. 87) ao expor que

em sede de controle de constitucionalidade, embora seja importante conhecer a data inicial de vigência de uma lei apontada como modificadora do processo eleitoral para fins de incidência do art. 16 da Constituição, no julgamento daquele RE n. 129.392, a maioria que se formou foi suficiente o argumento de que a nova lei não poderia ser declarada inconstitucional, pois apenas cumpria ordem emanada da própria Constituição.

Desde aquele julgamento, diversas situações de alegada afronta ao art. 16 da Constituição foram submetidas a este Supremo Tribunal, que tem mantido, ao longo dessas duas últimas décadas, posição harmônica com as matrizes teleológicas fixadas no julgamento do RE n. 129.392.

Percebe-se que o fundamento da ministra conclama atenção de seus pares para a similaridade dos três casos em comento, com os precedentes do STF e ressalta não terem os então ministros do STF dado importância à data de promulgação da Lei Complementar n. 64/90. O ponto chave para a corrente majoritária se moldou à luz do § 9º do art. 14 da Constituição e seu chamamento constitucional de instituir cláusulas de inelegibilidade a fim de proteger e moralizar o exercício do mandato público.

A ministra também utilizou o precedente da ADI n. 3.345, de relatoria do ministro Celso de Mello, e, segundo sua leitura, a decisão reafirma o disposto no RE n. 129.392. Atesta, ainda, ter o julgado consagrado o conceito de processo eleitoral. Sendo assim e se a lei não é casuísta, tem a finalidade de proteger a moralidade do exercício do cargo público, conforme preceitua a própria Constituição, e foi publicada antes do início do processo eleitoral, conforme definido no RE n. 3.345, não necessitando se falar, em óbice, do art. 16. (CÁRMEN LÚCIA, 2010a, fl. 89).

Cármem Lúcia (2010a, fls. 90–91) entende que

o objetivo da norma constitucional é assegurar a proteção ética do processo eleitoral, garantindo-se à sociedade o direito de votar em quem o sistema estabeleça ofereça as condições ético-jurídicas de exercer o mandato que lhe venha a ser conferido.

Sobrepõe-se, assim, por definição constitucional, a ética jurídica estabelecida pelo sistema à vontade pessoal de quem quer ser candidato a cargo público, descurando-se das condições fixadas pelo direito positivo.

Ao encerrar a análise sobre a incidência do art. 16, Cármem Lúcia (2010a, fl. 93) resume que de acordo com os precedentes do STF a incidência do referido artigo não é automática. Deve-se primeiro verificar a finalidade da nova lei e caso ela aperfeiçoe o processo eleitoral em seu aspecto ético, não se deve obstar sua imediata validade. Ademais, existe a necessidade de sopesar a incidência do art. 16 aos aspectos éticos do § 9º do art. 14 e, por fim, quando a lei não introduzir alterações ao processo eleitoral, também não deverá ser paralisada pelo art. 16.

Em relação à licitude da renúncia parlamentar, requestada pelos recorrentes como forma de evitar a aplicabilidade da LC n. 135/2010, a ministra se filia à corrente que sustenta

que a renúncia não trata de culpa, por isso não importa se o processo por quebra de decoro parlamentar teve fim ou não. Ademais a ministra compartilha do entendimento de que a inelegibilidade não trata de pena, mas sim de condição constitucional para pleitear registro de candidatura. Desta maneira, torna-se legal e constitucional a inserção de novas causas que não se considerava impeditivas do registro de candidatura. (CÁRMEN LÚCIA, 2010a, fl. 97).

A respeito do assunto, Cármen Lúcia (2010b, fl. 280) é enfática ao afirmar que

não são penas as inelegibilidades. Elas representam restrições fixadas pela Constituição do Brasil e pela legislação complementar em razão de condutas e práticas que não se ajustam aos valores democráticos e republicanos mais elementares, fundamentos para o exercício de funções públicas. Têm como objetivo imediato a proteção ética do processo eleitoral.

De acordo com Cármen Lúcia (2011, fl. 193), a inelegibilidade “ultrapassa a estrita concepção da titularidade dos direitos políticos, funcionando como mecanismo extraordinário de tutela da coletividade e da pessoa jurídica estatal.” A ministra explora a proteção da coletividade em detrimento dos direitos políticos individuais, ou seja, em matéria de direitos políticos, segundo ela, deve-se sopesar os direitos coletivos em detrimentos dos individuais.

Segundo Cármen Lúcia (2010a, fls. 98–99), a renúncia parlamentar como causa de inelegibilidade é opção política e não tem incidência no campo penal, por isso, sua classificação em causa impeditiva de registro de candidatura, revela a consciência de tê-la como causa escusa, a qual deve ser controlada a fim de proteger o exercício moral do cargo público.

Ao discorrer sobre a suposta retroatividade da lei, a ministra é enfática ao afirmar que os atos praticados pelos recorrentes e as suas conseqüentes condições jurídicas não foram alterados pela LC n. 135/2010. Tais atos estão preservados em sua concretude e em conformidade com o princípio do ato jurídico perfeito. Não obstante, os recorrentes pretendem demonstrar que as situações passadas lhes garantem a condição de elegível. (CÁRMEN LÚCIA, 2010a, fls. 99–101).

A respeito do assunto, Cármen Lúcia (2010a, fls. 101) é enfática ao afirmar:

Em primeiro lugar, há que se desfazer o mito – amplificado por análises leigas – de que a Constituição veda, peremptoriamente, a retroatividade das leis. Embora tenha como certo que a Lei Complementar n. 135 não se aplica de forma retroativa, pois sua aplicação é feita na fase do registro das candidaturas, que neste ano de 2010 foi posterior à entrada em vigor do mencionado diploma legal, há que se desfazer a confusão.

Portanto, o entendimento da ministra é pela perfeição da Lei Complementar n. 135/2010, no que tange à irretroatividade da lei. Isso porque, a condição de aferição do

candidato ao registro de candidatura, nos casos dos recorrentes, aconteceu após a promulgação da lei. Assim, não há que se falar em retroatividade, uma vez que não existe garantia constitucional à elegibilidade.

Segundo Cármen Lúcia (2011, fl. 199) a inelegibilidade pode “decorrer de uma apenação passada, por exemplo, pela prática de captação ilícita de sufrágio, a inelegibilidade, em si, com ela não se confunde, visto que se instaura com prazo certo e próprio de duração, objetivamente aferido segundo critérios eleitorais, e não penais”. Por conseguinte, quando se afere a condição de inelegibilidade estar-se-á cumprindo determinação legal e, de modo algum, afetar-se-á a natureza do ato cometido no passado.

Destaca-se, ainda, dos votos de Cármen Lúcia (2011, fl. 204) nos julgados em análise, a defesa de seu entendimento em relação ao contrário, devida à condição interpretativa dos ministros da corrente contrária:

Apenas para isso afirmar que, quando se discute o processo eleitoral – e o Ministro Fux chama atenção para isso -, há realmente uma desigualdade de interpretações, todas legítimas – até porque, se não fossem, não teríamos chegado a cinco Ministros votando de um jeito, e cinco Ministros votando de outro; portanto, não é algo simples e irrespondível, porque, se o fosse, em vinte e cinco TRE's no Brasil quase três mil juízes não teriam feito essa interpretação, logo, é perfeitamente legítima -, eu acho que haja dissenso, cuja posição, no meu caso, é exatamente inversa àquela que foi adotada pelo eminente Relator, seguida pelos eminentes Ministros que já votaram antes, e, neste julgamento, especificamente, Luiz Fux e o Ministro Dias Toffoli acompanhando o relator.

A ministra observa a condição interpretativa que se faz dos precedentes e assim reforça a ideia de a visão jurídica do Supremo Tribunal Federal estar ancorada na força da visão interpretativa da corrente majoritária, constituída por meio do voto em plenário. Argumentos e fundamentos podem como assumir qualquer posição, tendo em vista a interpretação realizada pelos ministros. Mais adiante, nas considerações a partir dos votos analisaremos a coerência dos votos às correntes juspositivistas e jusmoralistas para compreender melhor a situação.

3.3 As Manifestações Judiciais Desfavoráveis à Lei da Ficha Limpa

3.3.1 Ministro Celso de Mello

Ao desenvolver sua interpretação Celso de Mello (2010a, fl. 257) argumenta pela não aplicabilidade da LC n. 135/2010 nas eleições do ano 2010 em virtude da transgressão ao princípio da anterioridade, insculpido no art. 16 da Constituição. O ministro traz como primeiro fundamento o sentido teleológico do referido artigo, o qual se destina ao poder legislativo, como freio impeditivo da

deformação do processo eleitoral **mediante** modificações que, **casuisticamente** introduzidas pelo Parlamento, **culminem por romper** a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), **vulnerando-lhes**, com inovações **abruptamente** estabelecidas – como aquelas que definem **novas** hipóteses de inelegibilidade (**que provocam a exclusão** de candidaturas) -, **a garantia básica** de igual competitividade que deve, **sempre**, prevalecer nas disputas eleitorais. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 257–258. Grifos no original).

O ministro destaca a importância do art. 16 e sua utilização independentemente do conteúdo da nova norma eleitoral. Por conseguinte, afirma ser a norma eleitoral, promulgada no período de um ano antes da eleição, vigente, não obstante sem eficácia para aquele pleito. Tem a intenção manifesta de proteger a igualdade entre os atores políticos no âmbito das eleições. Assim, o ministro considera a regra do art. 16 salutar ao processo eleitoral, pois preserva a minoria dos atos da maioria. Ou seja, a Constituição delimita a atuação do Congresso para que a maioria não rompa, casuisticamente, a igualdade, quer seja de partidos ou candidatos, no momento do sufrágio eleitoral. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 258–262).

O ministro assume a posição de que, independentemente de o processo eleitoral ter início com a realização das convenções eleitorais, a LC n. 135/2010 foi editada no período que a Constituição, por força do art. 16, obsta sua eficácia para as eleições que se realizarem dentro daquele limite. Destaca o ministro que as convenções aconteceram cento e dezesseis dias antes das eleições e, portanto, mesmo se considerando o marco temporal como o dia das eleições a lei complementar, não poderia ser aplicada devida a condição impeditiva do art. 16. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 258–260).

Após seu fundamento de ordem cronológica, Celso de Mello passa a defender a petricidade do art. 16 pois, em seu entendimento, este artigo não pode ser preterido em função de outra norma e possivelmente até mesmo de artigo da própria Constituição. Neste ponto, o

ministro pugna pelo reconhecimento de interferência abrupta da LC n. 135/2010 as eleições daquele ano. Segundo ele, a lei complementar causou alterações significativas de maneira “inesperada” e isso corrobora com seu pensamento de negar eficácia da lei para aquelas eleições. (CELSO DE MELLO, 2010a, fl. 269).

Segundo Celso de Mello (2010a, fl. 270), “**o significado** da cláusula da anterioridade eleitoral **mostra-se tão relevante que nem mesmo** o Congresso Nacional, **pelo exercício** de seu poder de reforma, **dispõe** de autoridade para, **mediante** emenda à Constituição, formular regras **que transgridam o art. 16** da Constituição da República” (Grifos no original). Para fundamentar este argumento utiliza-se do precedente do STF no julgamento da ADI n. 3.685/DF de relatoria da ministra Ellen Gracie.

O precedente foi utilizado para confirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da imutabilidade do art. 16, pois tem ele a finalidade de garantir a segurança jurídica e o processo eleitoral. Segundo o ministro caso não se aplique o art. 16, estar-se-á atribuindo condições ao legislativo de alterar o processo eleitoral ao seu bel prazer. (CELSO DE MELLO, 2010a, fl. 271). E acrescenta que, em casos de desrespeito ao referido artigo, o judiciário tem legitimidade para preservar o espírito das decisões políticas firmadas em assembleia constituinte, “**sob pena** de tal desrespeito acarretar-lhe um irreparável **déficit** de legitimidade político-social”. (CELSO DE MELLO, 2010a, fl. 272. Grifos no original).

Sob esta perspectiva, o ministro entende que a aplicabilidade imediata da LC n. 135/2010 fere cláusula pétreia consubstanciada pelo art. 16 da Constituição e adverte: “**com maior razão, torna-se inadmissível reconhecer** que qualquer diploma legislativo **de caráter infraconstitucional, como** a LC n. 135/2010, **disponha** de força normativa **superior** àquela **que emana** de uma emenda à Constituição.” (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 274–275. Grifos no original).

Arremata Celso de Mello (2010a, fls. 277-278) que,

no plano das eleições, **a preservar** a confiança **que deve sempre prevalecer** na esfera das relações **entre** os indivíduos e o Estado, **para que a mudança abrupta** da disciplina normativa do processo eleitoral **não se transforme** em instrumento vulnerador de princípios constitucionais cuja supremacia se impõe, **até mesmo**, ao Congresso Nacional, **ainda que no exercício** de seu poder de reforma. (Grifos no original).

Em resumo o argumento do ministro é pela ineficácia da LC n. 135/2010 às eleições daquele mesmo ano, devido à não observância do período de anualidade exigido pela Constituição Federal em seu art. 16. Negar a aplicação do artigo implicaria derrubar uma

cláusula pétrea, mas nem Congresso nem Judiciário, na visão do ministro, têm competências para alterar tais cláusulas.

A respeito da possível retroatividade da LC n. 135/2010, o ministro conclui pelo estabelecimento da retroação, tendo em vista entender a inelegibilidade como sanção a ato ilícito. Para fundamentar seu ponto de vista o ministro utilizou os pensamentos de Adriano Soares da Costa, José Jairo Gomes, Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco, Del Rey e Torquato Jardim e Antonio Carlos Mendes, insculpidos em suas respectivas obras, os quais reconhecem que a inelegibilidade cominada tem natureza de sanção e que tanto a LC n. 64/90 quanto a LC n. 135/2010, fazem referência ao termo sanção. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 280–283).

Celso de Mello (2010a, fl. 284) considera ainda que:

trate-se, portanto, de sanção (**como efetivamente o é** nas hipóteses de **inelegibilidade cominada**) **ou cuide-se de** restrição a um direito fundamental (a denominada liberdade-participação), a **inelegibilidade está sujeita** a um regime **que não** admite interpretações ampliativas (FÁVILLA RIBERITO, ‘Direito Eleitoral’, p. 106, item n. 286, 1976, Forense), **resultando**, daí, **a impossibilidade** de fazê-la incidir sobre fatos pretéritos, **ainda** mais se estes se apresentavam **revestidos** de inteira licitude, **como a renúncia** ao mandato, que, **em sua condição** de verdadeiro direito potestativo, **tinha** – como **ainda** tem – suporte **plenamente** legitimador em preceito **constante** da própria Constituição (art. 55, § 4º). (Grifos no original).

O ministro considera a atribuição de inelegibilidade uma pena e por isso, tornar inelegível uma pessoa que renunciou ao mandato parlamentar no passado, fere o disposto constitucional que veda a retroação das leis. Segundo ele, a renúncia, no ordenamento positivo da época, era lícita e não gravada pela inelegibilidade. Portanto, não pode a LC n. 135/2010 retroagir para apanhar aquele fato e dar-lhe consequências gravosas ao direito individual de se candidatar no futuro. (CELSO DE MELLO, 2010a, fl. 286).

Por oportuno, Celso de Mello (2010a, fl. 290) considera inviável o argumento de apanhar o ato pretérito como inelegível sob a alegação de proteção da probidade e da moralidade administrativa. Explicitamente, no caso das renúncias, esclarece que se eram tidas como lícitas no momento de sua ocorrência e quando uma lei superveniente lhe dá um status contrário, há retroação e, por isso, transgressão à proteção constitucional.

Alega ainda que

não constitui demasia enfatizar que, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, **tal como deixei** consignado **em diversos** julgamentos ocorridos **na década** de 1990, **a eficácia retroativa** das leis **(a) é** sempre excepcional, **(b) supõe** a existência de texto expresso (e autorizativo) de lei, **(c) jamais** se presume **e (d) não deve nem pode gerar** lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido **e** à

coisa julgada (**RT** 218/447 – **RF** 102/72 – **RF** 144/166 – **RF** 153/695). (CELSO DE MELLO, 2010a, fl. 293. Grifos no original).

Ainda tendo em vista a questão da retroatividade, o ministro afirma ser essa uma preocupação de longa data, remontando aos textos e às preocupações externadas por Platão, Cícero, Teodósio e Justiniano. Modernamente, cita Rubens Limongi França, o qual fez um apanhado histórico sobre tal instituto. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 293–297).

Celso de Mello (2010a, fl. 302) conclui, sobre o assunto da retroatividade, que

mesmo, portanto, **que se trate** de leis de conteúdo eleitoral, **não se revestem estas de eficácia jurídica** bastante **para contrariar** liberdades fundamentais, **como a** **concernente** ao direito de participação política **ou**, ainda, **como aquela referente à intangibilidade** dos atos jurídicos perfeitos, **que se acham assegurados**, explicitamente, **em norma de salvaguarda**, pelo próprio estatuto constitucional, **por mais imperiosos** que se apresentem os motivos de ordem pública **invocados** pelo Estado **para justificar** a edição de determinado diploma legislativo, **não obstante** instaurado o respectivo processo de formação **mediante iniciativa popular**. (Grifos no original).

Neste aspecto, pretende o ministro, em atendimento ao princípio da irretroatividade das leis, não permitir a flexibilidade entre direitos políticos individuais e os coletivos. Seja qual for o conteúdo da norma, o ministro considera a retroatividade prejudicial à garantia jurídica. Afirma, por oportuno, que o princípio da irretroatividade está enraizado na tradição democrática brasileira desde a Constituição de 1946 e negar sua aplicação implica em contrariar a própria Constituição. (CELSO DE MELLO, 2010a, fls. 302–304).

Em nossa visão, o discurso do ministro traz incoerência em seus argumentos e fundamentos, pois Celso de Mello (2010b, fl. 395) consignou: “**inquestionável**, deste modo, 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” (Grifos no original), todavia encontra óbice na aplicação da LC n. 135/2010 ao eleger um fato passado como causa de inelegibilidade.

Portanto, se a vida pregressa deve ser avaliada para se proteger a probidade administrativa ter-se-á, em hipótese, a condição de um parlamentar que renunciou ao mandato ou foi julgado por órgão colegiado antes da LC n. 135/2010, estar habilitado às eleições de 2012, por exemplo, também haverá a possibilidade de um candidato estar inelegível caso tenha renunciado ou sido julgado por órgão colegiado após a promulgação da lei complementar.

Desta maneira, cabe alguns questionamentos: como avaliar a vida pregressa do candidato? Haverá um ponto de corte para avalia-lo? Ainda, em hipótese: ter-se-á, por algum tempo, a coexistência de duas leis de inelegibilidade a LC n. 64/90 e a LC n. 135/2010? Deve-se analisar a vida pregressa dos candidatos antes e depois da nova lei, para depois verificar em qual situação ele deverá se enquadrar? Neste ponto, a interpretação do ministro Celso de Mello parece carecer de razoabilidade.

Do ponto de vista prático, parece que a solução adotada poderia refletir, no futuro, uma situação de desigualdade no momento de registro de candidatura. Parece que, desta feita, ter-se-ia uma condição inconstitucional quase que insuperável.

Deve-se ressaltar, também, que Celso de Mello não enfrenta em seus votos a divergência de interpretação do voto que proferiu na ADI n. 3.345, de sua relatoria, o que propiciou à corrente contrária conceber a aplicabilidade da LC n. 135/2010 de imediato, tendo em vista a posição manifesta de o art. 16, que se configura em uma proteção contra leis casuístas. Embora Celso de Mello tenha concluído que a nova lei complementar afeta o processo eleitoral, ele não explicou seu posicionamento no precedente anterior.

3.3.2 Ministro Marco Aurélio

O argumento inicial do ministro refere-se à aplicação do art. 16 à LC n. 135/2010 e considera o precedente do julgamento do RE n. 129.392 não cabível aos atuais casos. Isso porque, à época da introdução da lei de inelegibilidades de 1990, a posição era de enquadramento da lei à Emenda Constitucional de Revisão n. 4. Não é a atual situação, pois já se foram vinte anos após a promulgação da LC n. 64. (MARCO AURÉLIO, 2010, fls. 238–239).

Ao analisar a questão da irretroatividade das leis, o ministro busca estabelecer um fundamento com base histórica. Para isso, inicia com Constituição do Império, na qual destaca a prescrição da impossibilidade de retroação dos efeitos da lei, e caminha pela Constituição da República até chegar à Constituição de 1988. Com ressalva sobre a de 1937, a qual silenciou sobre o assunto. Mas o fato, segundo ele, é que todos os textos constitucionais, exceto o de 1937, prescreviam a impossibilidade de a lei retroagir. (MARCO AURÉLIO, 2010, fls. 242–243).

A partir do último texto constitucional, o ministro exemplificou situações em que existe expressa menção do legislador constituinte para impedir a irretroatividade. As cabeças

dos artigos 5º e 6º prescrevem a impossibilidade de retroação em relação às garantias constitucionais e sociais. Além dessas, rememorou a impossibilidade de retroação da lei penal – exceto quando beneficia o réu – e da lei tributária, que não permite alcançar fatos passados para cobrar novos tributos. De acordo com o ponto de vista do ministro, a irretroatividade resguarda a segurança jurídica da sociedade. (MARCO AURÉLIO, 2010, fls. 243–244).

O art. 16 da Constituição, segundo Marco Aurélio (2010, fls. 244-245) serve para

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

No entendimento do ministro tanto a impossibilidade de retroação da lei, quanto a observância do art. 16 existem para proteger a sociedade e dar segurança jurídica aos atos. Não se pode conceber uma sociedade segura quando ela não tem certeza de que o praticado no passado se manterá e se as regras do jogo eleitoral não serão alteradas de véspera.

Em relação à segurança jurídica Marco Aurélio (2011, fl. 263) considera a questão como “cláusula pétrea, quer queiramos, quer não. Revela-se como primeira condição da segurança jurídica, sem dúvida alguma, a irretroatividade da lei, que é editada para vigor de forma prospectiva, para o futuro, e não para apanhar o passado.”

Marco Aurélio (2010, fl. 246) recordou sobre o episódio de alteração do projeto de lei da ficha limpa, no Senado Federal, depois de recebido da Câmara. Para o ministro não houve alteração redacional, tal qual defendida pelo relator do Senado, mas sim adequação ao princípio da irretroatividade. Na redação originária da Câmara, o verbo utilizado indicava o passado, por exemplo: “os que tenham sido condenados”; já na alteração efetuada pelo Senado, a redação passou para “os que forem condenados.”

Marco Aurélio (2010b, fl. 520) afirma:

Discute-se, no caso, a aplicação da lei no tempo, tão somente isso. [...] Por sinal, o preceito refere-se ao verbo ‘renunciar’ no futuro do subjuntivo – aqueles que renunciarem -, sinalizando, portanto, como está em bom vernáculo no dispositivo, na letra k, algo passível de ocorrer ou não, que é a renúncia.

Como mencionado, o ministro não observa a possibilidade de a suposta emenda redacional ter mantido a intenção daquilo previsto pela Câmara. Em verdade, para ele, é manifestamente clara a condição de alteração do espírito do projeto de lei, adequando-o ao princípio da anterioridade. Neste ponto, relembra o ministro, seria mais oportuno estar discutindo a possível inconstitucionalidade formal, levantada pelo ministro presidente Cezar

Peluso, do que a irretroatividade ou não da lei complementar. (MARCO AURÉLIO, 2010, fls. 246-247).

Marco Aurélio (2010, fl. 247) assevera em seu discurso:

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

Neste ponto há de se ressaltar sobre a possibilidade de nem toda renúncia ser passível de inelegibilidade, pois a alínea “k” prescreve a renúncia daqueles os quais tiveram representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por quebra de decoro parlamentar. Em hipótese, se um presidente renuncia por problemas de saúde, por exemplo, não estará incluído no rol dos inelegíveis.

Ainda no tocante à renúncia, Marco Aurélio (2010b, fl. 220) afirma ser a alínea “k” da LC n. 135/2010 incompatível com o § 9º, do art. 14 da Constituição. A referida alínea torna inelegível aquele que renunciou. Quem renunciou a fez prestigiando dispositivo constitucional de direito ao silêncio, para não se auto incriminar. Se não existe crime ou culpa, não há porque falar em inelegibilidade para proteção da moralidade e probidade administrativa.

O ministro tem o entendimento de ser a inelegibilidade uma sanção e, portanto, não poderia ser aplicada uma pena ao fato considerado lícito pela legislação da época. Ressalta ainda que “as lições de gramática revelam que o preceito se refere às renúncias futuras e, mesmo assim, às renúncias futuras ocorridas mais de um ano após a promulgação da lei, como prescreve o artigo 16 da Constituição Federal.” (MARCO AURÉLIO, 2010, fl. 247).

Marco Aurélio (2010, fls. 247-248) considera o episódio do ex-senador Jader Barbalho emblemático para a resolução do caso, pois ele renunciou ao mandato em 2001, no ano seguinte, candidatou-se a deputado federal, conseguiu eleger-se e em 2006 reelegeu-se. Assim, fica a questão: como o mandato de Senador, ao qual renunciou findaria em 2008, esteve ele ocupando um cargo na condição de inelegível?

Afirma Marco Aurélio (2010, fls. 248–249) que

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

Não tenho, Presidente, como menosprezar esse princípio a que me referi, a mola-mestra de um Estado Democrático de Direito – pelo menos que se diga Democrático de Direito -, que é a irretroatividade da lei. Não se avança culturalmente, buscando-se, de alguma forma, corrigir ou dar consequências ao passado. Ato e fato ocorrido

no passado – estamos aqui a cogitar não de elegibilidade, mas de inelegibilidade, de sanção -, aperfeiçoados segundo a legislação da época, não são apanhados pela nova lei.

O ministro Marco Aurélio (2011, fl. 268) indaga: “a lei versando sobre inelegibilidade altera o processo eleitoral? Creio que ninguém se atreve a responder de forma negativa uma vez que, se se afirmar que não altera, estar-se-á desconhecendo o ato primeiro do processo eleitoral propriamente dito, o registro da candidatura.” Portanto, o ministro conclui que alterações no processo eleitoral às vésperas da eleição caracterizam o casuísmo da lei.

Aliada ao seu entendimento de ser a inelegibilidade uma sanção, Marco Aurélio (2010b, fls. 216–217) revela sua preocupação com os casuísmos da LC n. 135/2010. Segundo ele, à data de edição da nova lei complementar já se sabia quais parlamentares renunciaram aos seus mandatos. Portanto, estar-se-ia retirando do cenário, políticos amplamente conhecidos, os quais renunciaram a seus mandatos no passado.

3.3.3 Ministro Gilmar Mendes

Para analisar a incidência (ou não) do art. 16 da Constituição, o ministro parte dos precedentes do STF e, para tanto, relacionou os julgados nas ADI n. 733, ADI n. 718, ADI n. 354, ADI n. 3.345, ADI n. 3.741, ADI n. 3.685 e ADI-MC n. 4.307. Todavia, advertiu que estes julgados não se tratavam de uma nova lei a criar causas de inelegibilidade. Não obstante, também lembrou o precedente do julgamento do RE n. 129.392, o qual trata da aplicação do art. 16 à lei criadora de novas causas de inelegibilidade, publicada no período de um ano antes das eleições. (GILMAR MENDES, 2010a, 156).

Sem embargo, o ministro acredita que o precedente do RE n. 129.392 não pode ser aproveitado para afastar a incidência do art. 16 da LC n. 135/2010. Afirma o ministro que “a regra que se extrai do referido precedente não é a de que *lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição*, como normalmente se tem entendido.” (GILMAR MENDES 2010a, fl. 156. Grifos no original).

Afirma o ministro ter o julgamento do RE n. 129.392 decidido se a LC n. 64/90 inaugura um sistema de inelegibilidades, de acordo com a recém-promulgada Constituição, ou se ela alterava o sistema anterior previsto pela LC n. 5/70. A discussão travada pretendia elucidar se a Constituição de 1988 havia recepcionado, ou não, a lei de inelegibilidades prescrita em lei anterior a sua promulgação. De acordo com o ministro, a discussão faz todo o

sentido e é pertinente, pois, se houvessem concluído ser a LC n. 64/90 um complemento da LC n. 5/70, o resultado daquele julgado seria outro. (GILMAR MENDES, 2010a, fls. 156–157).

Assim entende Gilmar Mendes (2010a, fl. 158):

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

Resumidamente, o ministro afirma ser o caso da LC n. 135/2010 diferente do da LC n. 64/90 e, portanto, o precedente do RE n. 129.392 deve ser utilizado para confirmar que nele se afirmou e, portanto, estabelecer a incidência do art. 16 na Lei da Ficha Limpa. Em 1990, dois anos após a promulgação da Constituição, de acordo com a maioria do STF da época, decidiu-se não ter a Constituição recepcionado a lei de inelegibilidades anterior, por conseguinte, caso não se afastasse a incidência do art. 16, em 1990 as eleições seriam realizadas sem a verificação de nenhuma cláusula de inelegibilidade. (GILMAR MENDES, 2010a, fl.158).

Portanto, o argumento do ministro revela a possibilidade de afastamento do art. 16 somente na condição de se ter o estabelecimento de nova ordem constitucional. Todavia, isso nos parece revelar certa fragilidade nos argumentos do ministro, porque não se sabe o conteúdo de possível nova ordem constitucional e porque não considerou as alterações efetuadas na Constituição devido às emendas de revisão.

Ainda como fundamento de fundo, sobre o julgamento do RE n. 129.392, Gilmar Mendes (2010a, fl. 160) revela que “os votos vencedores, numa maioria apertada de seis votos a cinco, com desempate feito pelo então presidente da Corte, o ministro Neri da Silveira, foram conduzidos por ministros que compunham o Tribunal Superior Eleitoral e fizeram prevalecer razões pragmáticas que tinham em vista o regular transcurso do pleito eleitoral.”

Assim como os ministros da corrente defensora do afastamento em decorrência do art. 16, no caso da LC n. 135/2010, Gilmar Mendes toca no ponto da formação da decisão com base na constituição do plenário do STF. Ou seja, as interpretações nos julgados derivam da concepção do ministro a respeito do assunto. A decisão do Supremo, nos casos difíceis, será confirmada em torno da argumentação da maioria e isso não implica em correção ou não da decisão, mas sim da interpretação do ministro.

Mesmo tendo anunciado que os precedentes do STF, exceto o RE n. 129.392, não tocaram na questão de causas de inelegibilidade, o ministro fez uma análise sucinta das decisões e expôs os argumentos utilizados nos julgados. Destaca-se de tal conduta a intenção do ministro estabelecer duas fases jurisprudências em relação à aplicação do art. 16, consubstanciada na composição do plenário do STF. Gilmar Mendes (2010a, fls. 162-163) enfatiza que “com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI n. 354.”

Desta maneira, o entendimento minoritário de ontem passa a ser o majoritário de hoje. Abre-se um parêntese neste ponto para chamar atenção sobre a volatilidade do entendimento do STF em relação a sua composição e ao tão prolatado princípio da segurança jurídica. Quer fazer crer o ministro que, dependendo da composição do Supremo, o que era constitucional no passado pode passar a inconstitucional ou vice-versa.

Ainda explorando os precedentes do STF, na segunda fase jurisprudencial, ele apresenta julgados, mas chama a atenção para o fato de que sua sustentação se ateuve, principalmente, aos votos do ministro Celso de Mello na ADI n. 3.345, da ministra Ellen Gracie na ADI n. 3.685, do ministro Ricardo Lewandowski na ADI n. 3.741 e da ministra Cármen Lúcia na ADI n. 4.307. Sendo os três últimos filiados, nos presentes casos, à corrente contrária à aplicação do art. 16 da Constituição à LC n. 135/2010. (GILMAR MENDES, 2010a, fls. 163–177).

Com a análise dos últimos precedentes, o ministro explora os parâmetros estabelecidos pelo STF para interpretar o art. 16 da Constituição. Expôs Gilmar Mendes (2010a, fls. 177–178):

- (1) o vocábulo ‘lei’ contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, [...];
- (2) a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão ‘processo eleitoral’ e a *teleologia* da norma constitucional;
 - (2.1) o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visam a receber e transmitir a vontade do povo e que pode ser dividido em três fases: a) a *fase pré-eleitoral*, [...]; b) a *fase eleitoral* [...]; c) *fase pós-eleitoral* [...];
 - (2.2) a teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a *deformação* do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* e que interfiram na *igualdade de participação* dos partidos políticos e seus candidatos.
- (3) o princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição, constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que, qualifica como *cláusula pétrea*. (Grifos no original).

Com os parâmetros fixados, nos precedentes da segunda fase jurisprudencial, conforme nomenclatura atribuída pelo próprio ministro, ele passa a analisar a LC n. 135/2010, para verificar a incidência ou não do art. 16. Em relação ao primeiro parâmetro afirma ele que a lei complementar se enquadra no conceito amplo de lei insculpido pelo referido artigo constitucional. Em referência ao segundo parâmetro, conclui que o simples fato de legislar sobre inelegibilidades indica alteração no processo eleitoral, principalmente, na primeira fase. Por fim, o ministro entende que a LC n. 135 interferiu, principalmente na garantia do cidadão-candidato e dos partidos políticos, tendo em vista sua avaliação de que os acertos políticos e processuais para escolha dos candidatos, principalmente em relação às filiações partidárias devem ser realizadas um ano antes das eleições. (GILMAR MENDES, 2010a, fls. 178–185).

Acrescenta Gilmar Mendes (2010a, fl. 185):

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

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

Para o ministro, a nova lei alterou direitos políticos fundamentais dos candidatos e dos partidos, por isso, deve-se respeitar o art. 16 da Constituição. Nesse aspecto seria tal artigo a garantia do poder da maioria contra a minoria. Segundo Gilmar Mende (2010a, fl. 203), “**o princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar.**” (Grifos no original).

Acrescenta ainda Gilmar Mendes (2010a, fl. 188):

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

A respeito da retroatividade da lei, o ministro filia-se à corrente que a LC n. 135/2010 estabelece retroação para apanhar fatos ocorridos e lhes dar condição jurídica diferente daquela da época em que foram acabados. Adverte Gilmar Mendes (2010b, fl. 331):

Eu fico a pensar, que convite nós estamos fazendo para esse legislador, em termos de criatividade, quando nós lhe damos esta carta branca? Amanhã poderá imaginar fatos quaisquer, alguns nem conexos com qualquer ato de criminalidade – ter participado de uma estudantada, ter batido na esposa, ter batido numa criança; sei lá, qualquer desses fatos – e se diz: ‘fica inelegível por 20 anos’.

Acrescenta Gilmar Mendes (2010b, fls. 331–332) que “mais grave do que a lei é o convite que se faz para a irresponsabilidade do legislador, para a manipulação inclusive das eleições, porque vai se escolher candidato. No caso do Distrito Federal, é evidente.” Neste ponto, o ministro faz clara referência ao indeferimento da candidatura de Joaquim Domingos Roriz ao cargo de Governador do Distrito Federal, em suposta manobra política para beneficiar o então candidato Agnelo Queiroz do Partido dos Trabalhadores.

Esclarece ainda sobre o assunto: “não é este caso apenas que está em jogo, é o tema, é o convite que estamos fazendo para um Congresso em que a maioria pode asfixiar a minoria”. (GILMAR MENDES, 2010b, fl. 332). Cumpre salientar, neste ponto, a passagem anterior, na qual o ministro foi categórico, ao tratar sobre a formação de jurisprudência no STF, a qual se faz de acordo com a vontade da maioria e a concepção individual de cada um dos ministros. Então há de se questionar se o Congresso não tem legitimidade para expor a vontade da maioria em detrimento da minoria, talvez o STF a tenha.

No tocante a retroatividade da lei, Gilmar Mendes (2010b, fl. 337) lembrou que o STF não cedeu às pressões e às conveniências de momentos econômicos e financeiros vivenciados pelo Brasil para permitir a retroação de leis. Portanto, deve manter a mesma postura para impedir a retroação da LC n. 135/2010 a fim de que ela alcance o ator jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada para lhes dar novos contornos em nome da moralidade e probidade do exercício do cargo público.

O ministro considera flagrante a ação retroativa da LC n. 135/2010, nos casos específicos de apanhar a renúncia ocorrida há vários anos e considerar o candidato inelegível que retoma a discussão iniciada pelo ministro Marco Aurélio no caso Jader Barbalho. Segundo Gilmar Mendes (2010b, fls. 342-343), caso o STF concorde em alcançar as renúncias passadas, dever-se-á alterar o art. 15 da Constituição³⁵, para inserir uma possível nova causa de inelegibilidade para cassar os direitos políticos.

³⁵ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará 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;
IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

3.3.4 Ministro Cezar Peluso

Antes de adentrar ao mérito dos casos, Cezar Peluso (2010, fls. 41–56), à ocasião Presidente do Supremo Tribunal Federal, levanta questão de ordem e propõe a inconstitucionalidade formal da Lei Complementar n. 135/2010. Isto porque, em seu entendimento, a lei teria ferido o princípio bicameral, ou seja, que o projeto de lei originário da Câmara dos Deputados, deve ser aprovado naquela casa e depois submetido ao Senado Federal para votação. Em caso de modificações efetuadas pelos senadores o projeto de lei dever retornar à Câmara para nova apreciação e votação.

Resumidamente, essa questão de ordem levantada pelo ministro Cezar Peluso foi rejeitada pelos ministros Ayres Britto, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso votaram pela a inconstitucionalidade formal da lei e o ministro Celso de Mello não se pronunciou a respeito da questão.

A corrente vencedora utilizou como argumento o art. 11 da Lei Complementar n. 95/98, o qual dispõe sobre a clareza redacional da lei, a qual deverá ser redigida, de preferência, no tempo verbal do presente ou do futuro simples do presente. Assim, os ministros, desta corrente, entenderam que a alteração no tempo verbal promovida pelo Senado Federal não alterou o projeto de lei oriundo da Câmara dos Deputados, mas deu maior clareza e a adequou ao prescrito pela Lei Complementar n. 95/1998.

De acordo com Dias Toffoli (2010, fl. 76) isto implica reconhecer que, para a técnica jurídica, utilizar o verbo no passado, presente ou futuro não tem maiores significados, senão aquele de identificar um ponto de referência no tempo. Este pode se estabelecer a partir da data de promulgação da lei ou a do fato alcançado por ela. No caso em análise o termo inicial poderia se estabelecer em relação à data da promulgação da Lei Complementar n. 135/2010 ou do evento renúncia.

Por isso, a adequação do tempo para o futuro, na visão do ministro, não contribuiu para alterar o sentido do projeto de lei aprovado na Câmara. Há que se registrar, por oportuno, que os demais ministros que rejeitaram a questão não chegaram em nível de discussão e se ativeram ao fato de que existe uma norma que disciplina o tempo verbal a ser utilizado pelo legislativo.

Contraopondo-se à tese de emenda redacional, sem intenção de alterar o conteúdo do projeto de lei, tendo em vista norma que prescreve a preferência pelo tempo presente ou futuro. Assim, se apresenta o argumento do ministro Toffoli. Segundo ele “**os tempos verbais**

são elementos dêiticos. Eles apontam para algum ponto de referência no eixo do tempo, sendo a partir dele calculados. Assim, por exemplo, o tempo verbal futuro pode estar ancorado no momento da enunciação ou em um ponto de referência no passado.” (DIAS TOFFOLI, 2010, fl. 76. Grifos no original).

O ministro chegou a sua conclusão por meio de um suposto estudo filológico³⁶. Entretanto, parece-nos que faltou a devida profundidade que a filologia exige. Parece que o ministro se ateve apenas à questão semântica, escapando-lhe contexto, intencionalidade, finalidade, correção, dentre outros interesses do campo filológico.

Talvez por isso os demais ministros não ousaram discutir com mais profundidade. Parece certo que o tempo verbal aponte para uma referência cronológica de tempo, mas parece discutível que tal referência, no caso específico da legislação, autorize o alcance de fatos pretéritos. No voto do ministro Toffoli sobre a matéria de mérito, ele deixa clara a sua posição de que há possibilidade de isso acontecer, não obstante a fundamentação utilizada ser insuficiente para um juízo de valor aprofundado.

Ainda nos votos da corrente contrária firmou-se o entendimento de alteração do conteúdo do projeto lei, pois ele não precisaria de clareza ou mesmo de uniformização do tempo verbal, uma vez que estavam no pretérito perfeito composto. Ou seja, o texto legal indicaria que a ação alcançaria fatos passados e o Senado Federal alterou a incidência para o futuro. Assim, a alegação de conformação do texto ao preceituado pelo art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998, não estaria clareando o texto, mas sim alterando o sentido posto. Por esta razão, a manobra efetuada pelo Senado Federal feriu o parágrafo único do art. 65³⁷ da Constituição Federal, o qual disciplina o devido processo legislativo.

O tempo verbal, conforme o Art. 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar n. 95/1998³⁸, sugere o presente ou futuro simples do presente com a intenção de garantir o ato jurídico perfeito, o que significa atribuir limites ao poder legiferante no exercício de seu

³⁶ Filologia é o estudo da língua ou do termo em toda a sua plenitude. Quando o ministro afirma ter efetuado tal estudo, o fez para poder interpretar corretamente o significado de um termo ou expressão. Especialmente, neste caso, o ministro se referia ao tempo verbal alterado no Senado Federal, o qual considerou como adequação técnica a qual não provocou alteração na intenção do projeto advindo da Câmara dos Deputados.

³⁷ “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”

³⁸ “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

[...]

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;”

ofício. O termo preferência, naquela alínea, possibilitaria, em casos excepcionais, a utilização do pretérito. As exceções, em nossa visão, possibilitariam expediente legislativo com intuitos específicos, por exemplo, anistiar os envolvidos em uma situação passada.

Em relação à incidência ou não do art. 16 da Constituição à LC n. 135/2010, Cezar Peluso (2010, fl. 312) discorre sobre a importância do referido instituto constitucional para estabilizar o processo eleitoral, garantir a não retroação da lei e observar o princípio da segurança jurídica. O ministro adverte sobre a interpretação do art. 16 em relação à expressão “processo eleitoral”, que tem, segundo ele, a intenção de proteger o “equilíbrio da competitividade, a estabilidade do processo, a previsibilidade do processo eleitoral no seu conjunto.” (CEZAR PELUSO, 2010, fl. 314).

O ministro utiliza-se de precedente do STF para estabelecer sua posição em relação ao significado de manutenção da estabilidade do processo eleitoral. Segundo ele, e consubstanciado no voto do ministro Sepúlveda Pertence no RE n. 129.392, “o elemento mais peculiar, mais sensível, mais delicado do processo eleitoral, que é o quadro subjetivo dos competidores, que é o quadro da competição, em torno do qual todos os demais elementos, todas as demais fases do processo giram como pressupostos absolutamente necessários.” (CEZAR PELUSO, 2010, fl. 315).

A respeito do quadro de eleição, o elemento singular é a questão da habilitação à elegibilidade. Portanto, na visão do ministro a lei a que interfere na condição de elegibilidade deve respeitar o instituído no art. 16 da Constituição. Afinal, a inelegibilidade, mesmo provocada por ato lícito tem caráter gravoso e, portanto está adstrita ao sentido negativo de sanção. Então, para resolver os casos em análise deve-se discutir se a LC n. 135/2010 provoca sanção ou não. (CEZAR PELUSO, 2010, fls. 315-316).

Cezar Peluso (2010, fl. 316) responde a sua indagação de maneira positiva, “porque subtrai um direito cívico como consequência de ato que pode não ser ilícito, mas que é sempre ato juridicamente censurável ou juridicamente reprovável. [...] são causas sancionadoras, pois correspondem a sanções estritas”. Ao constatar a condição de sanção da inelegibilidade o ministro atesta a retroatividade com base em analogia ao dispositivo constitucional o qual veda a retroação de norma de índole penal, a exceção quando causar benefícios. (CEZAR PELUSO, 2010, fls. 317).

Defende seu ponto de vista com base na afirmação de ser a inelegibilidade uma sanção e, portanto, de característica eminentemente penal, por conseguinte deve-se aplicar

analogicamente o art. 5º, inciso XL da Constituição³⁹, para impedir a retroação da lei para apanhar fatos passados.

Para o ministro, o art. 14, § 9º da Constituição exige, no âmbito da probidade e da moralidade para exercício do cargo público, a noção de reprovabilidade jurídica. Sendo assim, se a renúncia é um ato de vontade unilateral e aconteceu no passado, quando não se tinha caracterizado como reprovável e tampouco como se arrepender dela, não se pode impor sanção. Adverte o ministro: “é, portanto, indispensável, na interpretação da Constituição, distinguir entre causas de inelegibilidade, que independem da vontade do agente, e causas de inelegibilidade, que dependem de vontade do agente e que, portanto, ele possa evitar para não incidir na restrição.” (CEZAR PELUSO, 2010, fl. 318).

Segundo o ministro a inteligência do art. 16 da Constituição tem a finalidade de evitar casuísmo e, em sua avaliação, a aplicabilidade imediata da LC n. 135/2010 se presta ao casuísmo “porque apanha no passado atos que já não podem ser evitados, mas que são agora imputáveis a pessoas determinadas. Apresenta, pois, sentido de ‘lei’ personalizada, destinada a atingir pessoas determinadas, pessoas certas. É mais do que casuísmo!” (CEZAR PELUSO, 2010, fls. 318–319).

A hipótese de uma pessoa se enquadrar em condição de reprovabilidade jurídica sem a possibilidade de evitá-la, pois a lei apanhou fato passado, que não se pode alterar, de acordo com o ministro, o torna humanamente menos digno, conforme os preceitos constitucionais. Por conseguinte, as leis, de maneira geral, não devem retroagir, mas sim incidirem a partir do início de sua eficácia, para apanhar fatos futuros e não pretéritos. (CEZAR PELUSO, 2010, fl. 319).

3.3.5 Ministro Dias Toffoli

Dias Toffoli (2010, fls. 382–383) parte do argumento de ser o art. 16 da Constituição, claro o suficiente para impedir a eficácia da LC n. 135/2010 no ano das eleições de 2010, porque foi publicada no período de um ano antes do pleito eleitoral. Ao “dissecar” o artigo, o ministro compreende que, todas as leis, sejam emendas constitucionais, sejam leis complementares, leis ordinárias e demais espécies, estão balizadas pelo preceito

³⁹ “Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

constitucional do referido artigo. Sinalizou, também, sobre a generalidade do art. 16 ao não fazer distinção em relação ao conteúdo, se processual ou material.

Ao fundamentar seu argumento, o ministro afastou o precedente do RE n. 129.392, tendo em vista não se tratar da mesma situação dos casos atuais. Naquela oportunidade, segundo o ministro, ou se afastava o art. 16 ou não se cumpriria o chamamento constitucional do art. 14, § 9º, recém-promulgado. Afastou, também, a possibilidade de utilização do precedente da ADI n. 354, por não se tratar de inelegibilidade. (DIAS TOFFOLI, 2010, fls. 383–384).

Sem embargo, considerou o precedente da ADI n. 3.685 válido para os presentes casos. Utilizou os fundamentos do voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, à época da ADI n. 3.685, que exemplificou que, se a alteração ocorrer seis meses antes das eleições, é o prazo máximo para afastamento de cargo público a fim de concorrer às eleições. Caso ela ocorra após 30 de junho, já no período eleitoral, tem-se prejuízo dos candidatos registrados. Em mesma condição de validade para os presentes casos, o ministro considerou a aplicação do precedente do julgamento da ADI n. 3.345. (DIAS TOFFOLI, 2010, fls. 385–388).

Além dos precedentes, o ministro colacionou os pensamentos de José Afonso da Silva, Marco Aurélio Mello, Gilmar Ferreira Mendes, Walber de Moura Agra, Luiz Alberto David Araújo e Celso Ribeiro Bastos com o fim de ratificar os precedentes dos julgados das ADI n. 3.685 e ADI n. 3.345. Segundo o ministro, tais estudiosos do direito corroboram com as decisões apontadas nas duas ações, em que o STF ratificou o conceito de “processo eleitoral” e, também, a finalidade do art. 16 de protege-lo de leis casuístas, para preservar a normalidade e a igualdade de condições nos pleitos eleitorais. (DIAS TOFFOLI, 2010, fls. 388-390).

Resume Dias Toffoli (2010, fl. 390) que “não se pode distinguir o conteúdo da norma eleitoral selecionadora de novas hipóteses de inelegibilidades. É ele alcançável pelo artigo 16, CF/1988 pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o **processo eleitoral** em curso” (Grifos no original).

Acrescenta Dias Toffoli (2011, fl. 171) que

a Lei de Inelegibilidades introduziu um elemento de maior rigor no processo [...], o que fez ao trazer o afastamento de determinados cidadãos, que até final de maio e início de junho de 2010, eram aptos a disputar o pleito de 2010. Ocorre, porém, que a partir de junho, esses cidadãos passaram a não ser mais aptos. A lei alterou, sim, o processo eleitoral quando afastou esses candidatos.

O ministro destaca o prazo de um ano estabelecido pelo art. 16 da Constituição em coerência ao que se tem na prática do processo eleitoral. Trouxe como fundamento o art. 9º da

Lei n. 9.504/1997 chamada de Lei das Eleições, o qual dispõe sobre a necessidade de comprovação de domicílio eleitoral de pelo menos um ano, para concorrer às eleições por aquela localidade. (DIAS TOFFOLI, 2011, fl. 174).

Tem-se, então que, se o candidato pretende participar do pleito necessita inscrever-se, transferir ou regularizar sua situação, perante a Justiça Eleitoral com pelo menos um ano de antecedência. Caso o faça em período menor que este, estará inelegível. Portanto, o processo eleitoral tem início com um ano de antecedência e durante este período a legislação administra as possibilidades de realizações dos respectivos atos eleitorais.

Dias Toffoli (2011, fl. 175) rememorou a situação de aprovação da Lei 9.840/1999: “não é sem causa que os integrantes do movimento, que levou à aprovação da lei pelo Congresso Nacional, quando da Lei n. 9.840/99, que introduziu o artigo 41-A à Lei 9.504, fizeram-no com o cuidado de assim proceder um ano antes das eleições.” O ministro acrescentou que, naquela época, “ocorreu um consenso entre todos os partidos políticos na Câmara dos Deputados, e os líderes de todos os partidos na Câmara assumiram a autoria do projeto de lei.” (DIAS TOFFOLI, 2011, fl. 176).

Em relação à questão da irretroatividade da lei, Dias Toffoli (2010a, fls. 392-393) afirma que: “há, na tese da irretroatividade e da conservação do ato jurídico perfeito, uma inegável correlação com o fato de que situações jurídicas pretéritas, consolidadas e intangíveis não podem ser utilizadas para servir ao enquadramento de tipos normativos supervenientes.” No entanto, o ministro não enxerga nos casos presentes a situação de retroatividade da lei, pois não existe regime jurídico de renúncia garantidor de elegibilidade e, também, porque os efeitos da renúncia prevalecem no tempo.

De acordo com o ministro Dias Toffoli (2010, fl. 394), “com a nova causa de inelegibilidade, não houve retroação para desconstituir, interferir ou modificar o regime jurídico do recorrente.” Na visão do ministro, a LC n. 135/2010 não retroage apenas relaciona mais causas passíveis de considerar uma pessoa inelegível. Para ele, a retroação aconteceria se houvesse alguma interferência no status jurídico de renunciante, por exemplo, mas não foi isso que aconteceu.

Acrescenta Dias Toffoli (2010, fl. 394):

Em verdade, a ideia de que o acórdão do TSE ofendeu o ato jurídico perfeito é contraditória com a tese da anterioridade do artigo 16, CF/1988. Só existe previsão de se resguardar os efeitos da nova legislação às eleições posteriores porque o constituinte entendeu que essas disposições supervenientes, **ao criarem novas exigências**, não de ser marcadas pela previsibilidade. De tal modo, os que não mais atenderem os novos requisitos legais saberiam de sua incompatibilidade e, com isso,

não perturbariam a ordem eleitoral com pretensões contrárias ao que se tornou, não só vigente, mas também eficaz.
O primeiro capítulo do recurso é contraditório com a arguição de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, CF/1988. (Grifos no original).

Neste ponto, o ministro se distancia dos demais filiados à corrente contrária à aplicação da LC n. 135/2010 às eleições daquele mesmo ano. Os outros, como demonstrado até o presente momento, caminham para o entendimento de retroação da lei nova, com o subsídio de estar produzindo novos efeitos para o ato realizado no passado.

A despeito de o candidato ter renunciado no passado e logo depois ter concorrido a cargo público alcançado êxito no pleito e, posteriormente, reeleito (caso Barbalho) não significa ter-se diplomado um não elegível, pois quando se diplomou não existia essa condição de inelegibilidade. O ministro afirma que “se trata de questão puramente lógica, sob pena de se vincular o legislador a situações jurídicas e não a *direitos adquiridos*.” (DIAS TOFFOLI, 2010b, fl. 247. Grifos no original).

3.3.6 Ministro Luiz Fux

Cumprе ressaltar que Luiz Fux foi empossado no ano de 2011 e não participou das discussões nem das votações dos casos Joaquim Domingos Roriz e Jader Fontenelle Barbalho. Não obstante, formulou o voto decisivo para estabelecer a não aplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições daquele ano e o fez com os argumentos e fundamentos expostos a seguir.

O argumento do ministro expõe as cláusulas de inelegibilidades sujeitas à aplicação do art. 16 da Constituição, por ter ele a petricidade já defendida no Supremo Tribunal Federal. Para isso, argumenta ser a expressão “processo eleitoral” a chave para a resolução dos casos apresentados ao STF. (LUIZ FUX, 2011, fl. 132).

Segundo o ministro, a leitura literal do art. 16 já impõe a certeza de sua observância para aplicação da LC n. 135/2010 e, portanto, não deve valer para o pleito eleitoral daquele ano. Destaca ser indevida a utilização da expressão “processo eleitoral” tendo em vista o processo jurisdicional eleitoral. O artigo 16 da CF se utiliza da expressão para fazer menção aos atos encadeados e necessários para a realização das eleições e, por conseguinte, a diplomação dos candidatos. Já o processo jurisdicional eleitoral diz respeito ao processo judicial e suas respectivas regras, as quais transitam pela Justiça Eleitoral. Assim, o art. 16 da Constituição pretende preservar a segurança jurídica das eleições. (LUIZ FUX, 2011, fl. 133)

Se o processo eleitoral é entendido como o conjunto de atos coordenados para realização das eleições e diplomação dos candidatos eleitos, Luiz Fux (2011, fl. 134) afirma que

inexiste oposição entre *direito material e processo eleitoral*, para fins de incidência do art. 16 da CF. Ao revés, são justamente as regras de direito material no domínio eleitoral que *mais podem influenciar a isonomia e a igualdade de chances nas eleições*, de modo que é especialmente para estas hipóteses que se dirige o dispositivo. A assertiva vem confirmada pela jurisprudência pacífica deste Supremo tribunal Federal, que reconhece, como fez na ADIn n. 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, que o processo eleitoral se compõem de três fases: [...]. Ora, não há como negar que tais fases são compostas não só de normas procedimentais, mas principalmente por regras de conteúdo substancial, que disciplinam os requisitos de fundo a serem satisfeitos em cada etapa. (Grifos no original).

Resume Luiz Fux (2011, fls. 134-135) que:

de fato, se o processo eleitoral, como visto, tem início com o ato da convenção partidária, cuja finalidade é a definição dos candidatos ao pleito, é evidente que as regras que interferem *na produção desse ato*, com a enunciação das *qualidades subjetivas* que devem satisfazer os candidatos, integram o processo eleitoral, pois *é justamente disso que tratará a convenção partidária*. Em outras palavras, os requisitos que a lei estabelece para o ato inicial do processo eleitoral devem estar inequivocamente submetidos à regra da anualidade, conclusão essa que se justifica principalmente à luz *da isonomia e do equilíbrio nas eleições*, que devem presidir a interpretação do art. 16 da CF, portanto é inquestionável que qualquer restrição à elegibilidade interfere na igualdade de chances de acesso aos cargos públicos. (Grifos no original).

Segundo o ministro, não conceber a incidência do art. 16 da Constituição nas leis eleitorais que versem sobre conteúdo material ou substancial, implicaria na possibilidade de a maioria conduzir as eleições conforme sua conveniência e, assim, desprestigiando a segurança jurídica desejada pela Constituição. Neste ponto, estar-se-ia reduzindo as chances de cidadãos concorrerem aos pleitos e impedindo quem está fora dos quadros eletivos de assumir tal condição. Implica dizer que não se estaria observando o princípio constitucional da isonomia. (LUIZ FUX, 2011, fl. 135).

O ministro afastou a possibilidade de se utilizar o precedente do julgado no RE n. 129.392, tendo em vista a oportunidade de a LC n. 64/1990 estar inaugurando um sistema de inelegibilidades em conformidade com a recém-promulgada Constituição da República, em 1988. Naquele julgado, o afastamento do art. 16 se deu em função do cumprimento do chamamento constitucional estabelecido pelo art. 14, § 9º da Constituição, mas de forma inaugural e não complementar como na presente situação. (LUIZ FUX, 2011, fls. 135–136).

O ministro rebateu, também, o argumento da corrente contrária de que a publicação da LC n. 135/2010 antes das convenções de 2010 deixou partidos e candidatos em pé de

igualdade para concorrerem. E, em nome da proteção da probidade e moralidade do exercício do cargo público afastar-se-ia o art. 16. Todavia o ministro adverte que as regras não comportam flexibilidade e, por isso não se pode afastá-la, mesmo com argumentos nobres. (LUIZ FUX, 2011, fls. 137-138).

Segundo Luiz Fux (2011, fl. 140),

a regra do art. 16 da CF, ao concretizar o princípio da segurança jurídica no domínio eleitoral, definiu um marco claro e preciso para a eficácia de novas leis que pretendam alterar o processo eleitoral, qual seja: a lei não pode atingir eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada a sua vigência. E um ano, evidentemente, não é igual a quatro meses, espaço de tempo que medeia entre o mês de junho (entrada em vigor da LC n. 135/10) e o mês de outubro (mês de realização das eleições).

Consoante o ministro, a segurança jurídica proporciona ao cidadão a confiança no sistema, a qual é

tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro. (LUIZ FUX, 2011, fl. 143).

Conclui Luiz Fux (2011, fl. 154):

a Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

Com esses argumentos e fundamentos, o ministro Luiz Fux desempatou a votação a respeito da aplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições daquele ano. Em resumo, a corrente majoritária do STF se firma pela observância do art. 16 da Constituição em casos de leis eleitorais que alterem o processo eleitoral. Independentemente do seu conteúdo, seja ele de cunho processual ou material, porque há de se resguardar o princípio da segurança jurídica insculpido no referido artigo.

3.4 Considerações a partir dos votos

As duas correntes traçaram seus argumentos a partir do texto constitucional. A vencida apegou-se ao § 9º do art. 14 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 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 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.

Já a corrente vencedora fez prevalecer o art. 16 cujo teor é: “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.”

Parece-nos que o ponto de partida para a decisão esteve calcado nas concepções dos três positivistas apresentados no capítulo 1 – Kelsen, Ross e Hart -. Neste aspecto, parece claro que os ministros do STF não discutem problemas de elucidação a partir da prescrição legislativa ou da ocorrência de fato natural que tem repercussões jurídicas. Em outras palavras, parece que a divergência conceitual e inicial entre positivismo e moralismo perde relevância, no momento da aplicação do direito ao caso concreto. Afigura-nos de maneira clara que o tomador de decisão jurídica⁴⁰ tem a primeira preocupação de estabelecer seus argumentos a partir da norma posta.

Não existe interesse, pelo menos do ponto de vista técnico, de entender se a legislação exprime a vontade humana, desenvolvida por meio da razão, ou se deflui da natureza, obedecendo ao princípio da causalidade e positivada pelo Estado. **Em outras palavras, o embate teórico sobre positivismo e moralismo no âmbito da decisão não tem espaço para a sua aplicabilidade.**

Em resumo, os precedentes estudados neste capítulo, apontam para soluções a partir daquilo que está posto. Eles remetem ao entendimento de que os ministros do Supremo Tribunal Federal têm preocupação em conformar os casos reais ao texto constitucional, independentemente de sê-los expressão da vontade humana ou efeitos de uma causa natural. Neste ponto, é necessário analisar os argumentos jurídicos utilizados para defender as teses propostas.

Das proposições expostas parece haver o interesse em conformá-las ao ordenamento jurídico positivado, principalmente em relação à Constituição Federal. No entanto, não raras vezes, verificou-se a intencionalidade explícita de adequação das afirmações a sentimentos de justiça, o que por si só revela um misto de aplicação das duas correntes, remetendo à

⁴⁰ Neste caso, refiro-me particularmente aos ministros do STF, à luz dos acórdãos estudados neste trabalho.

percepção de que em momentos de tomada de decisão recorre-se a afirmações positivistas e moralistas indiscriminadamente.

Talvez isso se explique pelo fato de a teoria moralista, apresentada no capítulo 2, se revelar mais preocupada com a interpretação e a aplicação do direito e a positivista com a avaliação daquilo que é fruto da racionalidade humana, tendo uma finalidade social específica. Se o sistema jurídico pode ser entendido como um complexo de regras (escritas ou não) e princípios que têm um propósito específico, pode-se entender que as escritas são criadas, as não escritas e os princípios dependem de afirmação do próprio ordenamento e assumem situação análoga às criadas. Portanto, existe a necessidade de sua positivação, quer pelo legislativo, quer pelo judiciário, quer pelo costume.

A teoria kelseniana é enfática ao demonstrar que o ordenamento jurídico é um sistema de normas postas, escritas ou não. Para esta corrente a relevância está no fato de que a norma é um instrumento objetivo, capaz de promover a paz social. Objetivo porque procura eliminar a subjetividade⁴¹ do contexto, o que, no entanto, delimita ou reduz o direito ao tempo que vai do instante imediatamente após a norma posta até o momento anterior à aplicação no caso concreto.

Em outras palavras, tal teoria não se ocupa com os motivos pelos quais as leis, os costumes ou os princípios são criados, não tendo a intenção de investigar as opções valorativas que levaram à positivação. Não interessa ao positivismo os critérios valorativos da moral ou da justiça, mas tão somente a “técnica específica de organização social.” (KELSEN, 2005, p. 8). Essa exclusão garante, segundo o autor, a possibilidade do estabelecimento de uma ciência jurídica que tem como objeto o direito o qual se traduz em “um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema.” (KELSEN, 2005, p. 5).

Nas decisões dos recursos extraordinários em questão, quando analisados sob os aspectos da teoria pura de Kelsen, é possível afirmar a necessidade de um ponto de partida positivado. Mas o problema ocorre quando se escolhem pontos positivados aparentemente antagônicos. Em nossa visão, o tribunal sente necessidade de se socorrer em outras práticas jurídicas, ou seja, de estabelecer se deve aplicar ou se deve criar direito. Isso parece não ser a questão de ordem, contudo identifica quais argumentos formulados se conformam à ordem jurídica, passando a ser relevantes para o desfecho dos casos.

⁴¹ Escolha com base em valores que permitem aos indivíduos, de maneira arbitrária, adotar opções diferentes fundadas em seus próprios sentimentos.

Acreditamos que esta conformidade, nos casos estudados, dependeu mais de questões políticas do que de jurídicas. Embora Kelsen afirme a sentença como norma individual que pode, em alguns casos, tornar-se até mesmo geral, o processo de formulação se equivale ao legiferante, ou seja, ali estarão envolvidas questões políticas, morais, religiosas, pessoais, éticas e demais opções valorativas totalmente subjetivas. No entanto, para o positivismo, este fator não tem relevância, pois o que importa é a norma individual posta pelo órgão aplicador e, neste caso, também criador de direito.

Assim, a teoria kelseniana, na prática, restringe o campo de análise e crítica, uma vez que, nos recursos apresentados a solução se ateu à aplicabilidade ou não de normas válidas (postas) as quais foram introduzidas, no sistema, pela mesma Emenda Constitucional⁴². Ou seja, a resolução do problema pode se dar mediante a escolha de uma ou outra norma, ambas vigentes, e de mesma hierarquia. Para solucionar a questão houve a necessidade de explorar condições positivistas de outras correntes, mais flexíveis que a de Kelsen.

Deste modo, verificou-se a preocupação dos ministros com a eficácia da norma, tendo em vista o proposto por Ross que afirma a possibilidade de aplicá-la em casos futuros. Portanto, há a possibilidade, dali em diante, de certa previsibilidade em casos futuros. Entretanto tal previsibilidade não deve ser encarada como exercício de futurologia, mas sim como reforço à negação da subjetividade ou, em outras palavras, a manutenção da positividade do sistema contra as arbitrariedades oriundas da subjetividade.

Verificou-se também a preocupação dos ministros com a repercussão popular, por ser a LC n. 135/2010 uma norma de iniciativa popular, o que legitimaria a prescrição estatuída e a adequação ao realismo jurídico de Ross. De acordo com o pensamento deste autor, o juiz do caso a sente como “socialmente obrigatória e por isso a acatou”. (ROSS, 2000, p. 59). Nessa situação, tem-se uma fórmula, abstrata ao certo, mas contributiva para os casos de interpretação. Sendo o direito um instrumento de controle social, um sistema normativo que tem por finalidade manter a paz em determinada comunidade, torna-se relevante a análise finalística do preceito legal nos casos de sua aplicação.

Conforme asseverou Ross (2000, p. 26-28), o sistema jurídico deve ser compreendido em sua visão jurídica e sociológica. Na primeira, tem-se a análise normativa das questões; na segunda, os aspectos de sua eficácia no domínio e no controle da sociedade. Isso demonstra

⁴² O § 9º do Art. 14 e o Art. 16 da Constituição Federal de 1988 foram alterados pela Emenda Constitucional n. 4, de 1993. Esta emenda sofreu revisão no ano de 1994, que gerou nova redação para o § 9º do Art. 14, incluindo-se a frase “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”.

que, além da validade da norma, existe a necessidade da verificação, após, sua criação, do realismo social e as consequências daquela no seio da comunidade. Pensamos que a verificação da eficácia da norma proposta por Ross não poderia ser encarada como averiguação ou não de sua aplicabilidade pelos juízes, mas sim que existe um fim social que deve guiar as interpretações.

A utilidade social conduzirá o criador e o aplicador das normas na conduta última da pacificação social da comunidade. Queremos crer, assim como Ross, que as normas têm um propósito que não deverá ser desprezado nem na criação nem tampouco na aplicação do direito. Nos três recursos em análise não restaram dúvidas a respeito da visão sociológica dos ministros, uma vez que todos reconhecem o propósito finalístico da Lei Complementar n. 135/2010, que pretende moralizar o exercício do cargo público eletivo.

Não obstante, o propósito específico da referida lei, os ministros se propuseram a analisar os efeitos práticos em relação ao complexo ordenamento jurídico, o que levou a outro impasse, cuja decisão não se vislumbrou com base em Kelsen e sua teoria pura, nem tampouco, de Ross e sua teoria realista. Ou seja, verificou-se a existência de duas normas válidas e de mesmo “peso” que poderiam ser empregadas na tomada de decisão. Tanto uma corrente como a outra reconheceram a finalidade social da nova lei. Todavia a aplicação de um artigo ou outro da Constituição Federal levaria a soluções antagônicas e inconciliáveis para os casos.

Há que se ressaltar que as teorias de Kelsen e Ross são positivistas em essência, no entanto têm visões particulares. O primeiro se ocupa em expurgar do sistema critérios valorativos e preocupa-se com os aspectos conceituais da criação e da aplicação da norma. Tanto é que Kelsen em suas obras “Teoria Pura do Direito” e “Teoria Geral do Direito e do Estado”, deixou explícito que sua intenção era de estabelecer uma teoria geral capaz de ser fonte de luz para o positivismo jurídico.

Para o segundo – Ross – o ordenamento jurídico vem da vertente positivista, que deve se ocupar da norma. No entanto, os aspectos sociológicos também fazem parte dele. Por esta razão, a finalidade sociológica da norma tem relevância para a avaliação da realidade jurídica. Tamanha é sua importância para Ross que dela se depreendem elementos de sustentabilidade da sua teoria da previsibilidade. Em outras palavras, ao se analisar os objetivos da norma, existe a possibilidade de se prever os resultados práticos da norma, ou ainda, a capacidade de a ciência jurídica estabelecer com maior ou menor grau de acerto o resultado de um determinado julgamento.

Os ministros se preocupam com os termos utilizados pelas normas, questão tipicamente positivista, evidenciada a partir da perspectiva hartiniana. Como visto no capítulo 1, a preocupação de Hart é demonstrar que o direito, como instrumento de controle social, deve ter uma linguagem que possa esclarecer à comunidade o sentido da norma, pois somente entendendo-a o indivíduo poderá pautar suas ações em concordância com o sistema jurídico.

No entanto, a prática jurídica não se revela desta maneira, pois apresenta normas que apresentam textura aberta, ou seja, o conteúdo enseja várias opções, o que parece ser o caso dos recursos em análise. O texto constitucional parece oferecer soluções ambíguas para os mesmos problemas. Como visto anteriormente, a questão central nestes casos era estabelecer a aplicabilidade ou não da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições daquele ano. À luz do art. 16, os ministros travaram discussões a respeito da expressão “processo eleitoral”, porque a inteligência desse artigo impede que as leis promulgadas com vista à alteração daquele não podem ser aplicadas a partir do ano em que ocorrer o pleito eleitoral.

Assim, a definição do que é “processo eleitoral” causou incomodo, pois uma corrente o afirmou como sendo aquele cujo início se dá a partir das convenções e sustentou a afirmação como base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal. A outra concluiu que o “processo eleitoral” é um ato contínuo porque a política exige mobilização partidária constante para se chegar às convenções com os pré-candidatos já escolhidos também, embasada nos precedentes do STF.

Da primeira corrente depreende-se a utilização de interpretação literal com base nos precedentes do STF, o qual afirma como etapa pré-eleitoral o período que vai do início das convenções partidárias ao término das propagandas. A etapa eleitoral inicia-se a partir do “depósito” do voto indo até o término da apuração. Por último vem a etapa pós-eleitoral, com a diplomação dos candidatos eleitos.

Da segunda percebe-se uma interpretação extensiva e baseada na realidade dos fatos, demonstrando a intenção de participação político-partidária até o momento das convenções. Antes desta etapa, os políticos estabelecem conversas para formarem as coligações e reúnem-se para formar estratégias e discutir possibilidades reais de eleição. Enfim, a etapa da realização das convenções dá início às eleições daquele ano, contudo o “processo eleitoral” é contínuo e possivelmente não se pode estabelecer um início, por ser ato estritamente político.

Em relação ao § 9º do art. 14, a discussão foi sobre a expressão “vida pregressa”. Uma parcela dos ministros entendeu que a CF autoriza a análise da vida do candidato a fim de se garantir a probidade administrativa e a moralidade do exercício de mandato. Portanto, a verificação da vida passada do candidato é mandamento constitucional, o qual deve ser

observado em todos os pleitos. Se uma lei complementar institui condições de inelegibilidade a fim de proteger a probidade e a moralidade, pautando-se na determinação de que fatos repudiados pelo ordenamento jurídico deverão entrar em vigor de imediato. Caso isso não ocorra, realizar-se-ão eleições não respeitando os critérios constitucionais.

Outros ministros entenderam que a expressão “vida progressa” tem lugar no mundo jurídico a partir do conhecimento da restrição imposta pelo ordenamento. Desta vez, tem-se uma interpretação restrita, cuja delimitação ocorre a partir da vigência legislativa, o que sugeriu que as novas causas de inelegibilidades só poderão ser consideradas a partir da promulgação da lei. Essa interpretação restritiva pode levar a certa incoerência no sistema, tendo em vista que cláusulas de inelegibilidade foram instituídas pela Lei Complementar n. 64/90. Salvo melhor juízo, para as eleições vindouras há que se analisar se o fato previsto pela última aconteceu antes ou depois de sua vigência.

Hart (2001, p. 142) indica que a alternativa para solucionar os impasses em torno da textura aberta das leis só pode se dar por meio da escolha, que deve ser oficial. Ou seja, há que se ter um tribunal capaz de elucidar os significados dos termos, expressões ou locuções que se mostram ambíguas. Nos recursos extraordinários estudados, a solução se revelou conforme o pensamento de Hart, pois a solução aconteceu somente quando o plenário do tribunal foi completado, fato que ocorreu no mês de fevereiro de 2011 com a nomeação do Ministro Luiz Fux.

Foi o entendimento deste ministro que afirmou a interpretação judicial das locuções apresentadas. Parece-nos, no entanto, uma condição de fragilidade do sistema jurídico a dependência da subjetividade de um magistrado a fazer prevalecer na comunidade. Em um país de cento e noventa milhões de habitantes (IBGE, 2010), não parece razoável que a definição jurídica das expressões seja formulada por seis pessoas. Isto foi o que ocorreu no último recurso, pois a votação foi de seis a cinco. Portanto, as seis opiniões dos ministros devem ser observadas em toda a comunidade jurídica.

Os ministros, ao longo da análise dos recursos, estabeleceram discussões que novamente lembram e se adequam às proposituras de Hart em relação às normas primárias e secundárias. Principalmente em relação às últimas, cuja finalidade é resolver as questões jurídicas enfrentando a textura aberta da norma. Por meio delas, o órgão aplicador do direito pode incluir, alterar ou excluir a regra primária, em função do principal objetivo do ordenamento jurídico, que é o controle social. Neste aspecto, existe forte presença do relacionamento do direito com a moral, que se traduz e se manifesta pela interpretação judicial.

Os argumentos apresentados nos recursos extraordinários também tiveram viés jusmoralista e, conseqüentemente, podem ser enquadrados nas teorias apresentadas no capítulo 1. Os ministros se aproximam da teoria perelmaniana quando proclamam seus votos e desenvolvem seus argumentos na esperança de convencer o auditório (colegiado do STF). Os raciocínios empregados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal podem ser configurados como analíticos, mas, também, dialéticos, conforme exposto por Perelman. Nesta perspectiva se enquadram como analíticos, ao passo que elegem premissas normativas⁴³ para se inferir afirmativas a respeito da aplicabilidade ou não da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições daquele ano e são também dialéticos quando utilizam elementos de persuasão para alcançarem adesão às teses propostas.

O estudo de Perelman no capítulo 2 apontou que a preocupação do autor é estabelecer uma proximidade entre juspositivismo e jusnaturalismo, porque o primeiro não consegue responder, segundo ele, aos casos como os dos recursos extraordinários em estudo para os quais foram apresentadas duas soluções que partiram de premissas verdadeiras. Delas foram inferidas afirmações, as quais também se consideram verdadeiras. Todavia, de acordo com o pensamento perelmaniano, o sistema deve eleger uma solução capaz de pacificar o assunto e, para isto, deverá se utilizar de fontes diferentes das normas. A flexibilidade do raciocínio dialético não pode perder de vista a finalidade social e a coerência com o ordenamento jurídico.

A teoria de Perelman expõe que a decisão do juiz, nos casos de antinomias, deve-se pautar pelo raciocínio dialético, fundamentado a partir das concepções de direito existentes. O raciocínio jurídico, para que se efetue uma escolha, parte da apreensão do ordenamento jurídico posto e busca empreender uma aceitabilidade à solução aventada. A lógica deste raciocínio, deste modo de pensar, segundo Perelman, não garante a verdade ou a correção das premissas, mas tão somente impõe uma decisão aceitável para determinado auditório.

Em outras palavras, quando existirem duas alternativas jurídicas plausíveis e houver a necessidade de escolha, a dedução a partir das premissas conduzirá o jurista a deduzir duas soluções e, assim, o problema jurídico estará instalado. Para resolver a questão, há a necessidade de se aplicar uma lógica específica para o campo jurídico, aquela que prima pela argumentação, a qual terá como filtros a crítica, a refutação e a justificação. Desta maneira, um auditório específico poderá aderir a uma ou outra tese, não porque é verdadeira ou correta, mas porque é fruto do dissenso e resulta em algo aceitável para aquele auditório.

⁴³ Uma corrente parte da aplicabilidade do art. 16 e a outra do § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

Em relação ao pensamento dworkiniano, os ministros se aproximam ao passo que analisam o cumprimento ou não da finalidade da lei mediante uma ou outra escolha, isto é, se verificam o alcance da lei em relação à necessidade social, cultural, psicológica ou política da comunidade. Em última análise, os ministros, segundo o pensamento de Dworkin, estão discutindo questões de direito, ou melhor, estão divergindo teoricamente sobre o que é o direito e como ele se forma.

Quando os ministros divergem sobre a finalidade social da Lei Complementar n. 135/2010, concordam que ela foi promulgada com vistas a cumprir o que a CF dispôs. Não obstante, revelam preocupação com outros itens da própria Constituição que a norma também deveria atender. Parece que os julgadores do STF exploram aquilo que Dworkin chamou de integridade.

Enxerga-se, ainda, na fundamentação efetuada, a nítida vontade de se estabelecer o relacionamento entre direito e moral, afirmando a legitimidade popular ao promover a iniciativa da lei em questão para se atingir o que Dworkin chamou de integridade. Em resumo, seria a capacidade de o sistema aproximar a moral e a política da regulação da vida em sociedade, ou seja, a capacidade de o sistema conceber a ideia de que o controle social (direito) deve estar calcado nas regras da moral e da política. A integridade do sistema é interpretar como esses elementos se desenvolvem e se relacionam, com a finalidade de manter a sociedade unida em torno de uma necessidade última.

A prática interpretativa do juiz ou dos tribunais, na visão de Dworkin, é a única capaz de dar integridade ao sistema. Neste aspecto, parece que os resultados dos casos avaliados neste estudo se encaixam no pensamento dworkiniano, mas não em relação ao conteúdo e sim à forma como o fazem. Ao utilizar a prerrogativa do monopólio da força estatal, o poder político judiciário tem a faculdade legal de apontar que a sentença final desempenha o papel de integrar as forças da sociedade. Assim, o poder judiciário, além da prerrogativa legal, conta também com a legitimidade da comunidade para apaziguar os conflitos em coerência com o sistema. E deve-se entender o sistema não apenas como um conjunto de regras postas, mas dotado das mais diversas variáveis, cujas finalidades são a de manter a própria comunidade.

Com base na teoria de Alexy, pode-se afirmar que os ministros se ativeram à lei, aos precedentes, aos princípios, às técnicas de argumentação e às regras processuais. À lei ao construírem seus argumentos baseados na norma constitucional e aos precedentes do próprio STF, ao destacar julgados da casa em situações similares. Aos princípios jurídicos uma vez que os debates trouxeram à tona elementos não normativos, mas pertencentes ao mudo jurídico. Às técnicas de argumentação na defesa de cada um dos pontos de vistas. E, por fim,

às regras processuais vigentes necessárias para análise dos casos. Ou seja, cumpriram as etapas metodológicas que, segundo o teórico, garantem a racionalidade da decisão.

A diferença entre Dworkin e Alexy, neste aspecto, parece se revelar no esclarecimento de que a atividade interpretativa necessita de limites metodológicos capazes de guiar os juízes em suas interpretações. Tais limites garantiriam uma decisão coerente e justa ao sistema. Mas, nos casos dos recursos extraordinários, os ministros deixaram transparecer que os limites seriam as suas convicções íntimas que procuraram adequar às normas, aos princípios e à finalidade social.

Em nossa opinião, as duas correntes são plausíveis e foram bem fundamentadas. A vencedora se mostra eminente positivista, ao observar estritamente o texto legislativo, não se importando com o conteúdo e, talvez, nem com o resultado. A segunda, embora, fundamente sua validade no texto positivado, recorre-se à finalidade da lei. Portanto, uma lei de inelegibilidade que não pode ser aplicada não estará cumprindo com o seu papel e, por conseguinte, não se terá justiça.

O art. 16 da Constituição Federal de 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional n. 4, de 1990. Em sua redação original, prescrevia que a lei que altere o processo eleitoral entra em vigor um ano após sua promulgação. Já com a nova redação, ela entra em vigor na data da publicação. Entretanto, o legislador estabeleceu que sua aplicabilidade só poderá ocorrer se promulgada um ano antes do pleito eleitoral.

Parece-nos acertada a posição do STF em rejeitar a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa para as eleições do ano de 2010, mesmo ano da promulgação da lei. Mesmo o Brasil sofrendo com os vários casos de corrupção, é melhor conviver mais um pleito com as mesmas regras do que ser taxado de imprevisível.

4 JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE N. 29 E 30 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.578

Neste capítulo serão apresentados os principais argumentos jurídicos e fundamentos normativos usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na apreciação das ADC n. 29 e n. 30 e da ADI n. 4.578, nas quais se discutiu a validade integral das cláusulas de inelegibilidade incluídas pela LC n. 135/2010.

4.1 Os Casos Submetidos ao Tribunal

As ADCs n. 29 e n. 30 postulavam pela constitucionalidade integral da Lei Complementar n. 135/2010, não obstante os ministros as recepcionarem para análise somente em relação às novas condições de inelegibilidades introduzidas ao art. 1º da Lei Complementar n. 64/90. Já a ADI n. 4.578 pedia pela inconstitucionalidade da alínea “m”, ou seja, de apenas uma das novas cláusulas de inconstitucionalidade. Os principais argumentos discutiam as consequências da lei ao apanhar fatos e atos pretéritos como possibilidade da condição de inelegibilidade e, também sobre a incidência da restrição do exercício do direito político passivo, a partir das situações não transitadas em julgado⁴⁴.

No dia 16/02/2012, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Constitucionalidade n. 30⁴⁵ (ver ementa no anexo Q). Nesta ação, o Conselho Federal da

⁴⁴ A situação de se caracterizar determinado cidadão como inelegível, sem que haja o trânsito em julgado da sentença, não é originário da iniciativa popular. Esta possibilidade já aparecia no Projeto de Lei Complementar n. 168 de 1993 de autoria do Poder Executivo. No relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados do dia 06/04/2000, o Deputado Jaime Martins votou pela constitucionalidade e legalidade desta possibilidade. O relatório do Deputado foi embasado na Exposição de Motivos n. 364 de 11 de agosto de 1993 do então Ministro da Justiça Maurício José Corrêa. Com a morosidade nos trâmites processuais, o condenado não definitivamente pode habilitar-se ao prélio, e eleger-se, subvertendo, desse modo, os fundamentos que autorizam a edição da lei especial. Assim, sem que retroceda à disposição original da Lei Complementar n. 5/70, pela qual a mera denúncia recebida enseja a inelegibilidade do cidadão improbo, a proposta acolhe posição intermediária, suprimindo o trânsito em julgado da sentença, suficiente, tão só, a condenação. Acrescentou que “na Exposição de Motivos nº 364, de 11 de agosto de 1993, do Sr. Ministro da Justiça, que acompanhou a Mensagem nº 616, de 20 de setembro subsequente, do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ressalta-se a necessidade da alteração proposta como forma de corrigir falha existente na legislação em vigor.” Além dos motivos apontados pelo Ministro da Justiça, o Relator do Projeto de Lei Complementar n. 168/93, baseou-se em jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral emitida pelo Ministro Maurício Corrêa nos autos do Recurso Extraordinário que tomou o n. 99.069-1-BA. Naquele recurso o ministro postulou pela legalidade da não exigência do trânsito em julgado para fins de se aferir a condição de inelegibilidade. (MARTINS, 2000).

⁴⁵ A ADC n. 30 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -, serviço público independente, inscrito no CNPJ sob o n. 33.205.451/0001-14.

Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requer ao STF a constitucionalidade das alíneas, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, todas do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010. Postula, ainda, pela constitucionalidade das alíneas “d”, “e”, “h”, “j”, “l”, “n”, e “p” ao dispensarem a necessidade de trânsito em julgado. Requer, também, pela constitucionalidade da aplicação da lei a fatos e atos anteriores a sua publicação para fins de inelegibilidade.

Os pedidos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 foram julgados procedentes pela maioria dos ministros do STF. Em relação à constitucionalidade das cláusulas, votaram os ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Em relação à possibilidade de apanhar fatos e atos cometidos no passado para serem avaliados como inelegibilidade, presente na relação anterior, somente o ministro Marco Aurélio não acompanhou a corrente vencedora, acrescida do voto do ministro Dias Toffoli.

Por ter o mesmo objeto jurídico de discussão, a Ação Direta de Constitucionalidade n. 29 (ver ementa no anexo P), proposta pelo Partido Popular Socialista, foi apensada à ADC n. 30 e foram julgadas em conjunto. Na ADC n. 29, o partido requerente postulou pela constitucionalidade da aplicação da LC n. 135/2010 aos atos e fatos jurídicos anteriores ao advento da lei. Em outras palavras, pugnou, indiretamente, pela constitucionalidade das novas cláusulas de inelegibilidade inseridas pela novel lei complementar e pela constitucionalidade de se apanhar fatos pretéritos para efeitos de enquadramento ao regime de inelegibilidades.

O pedido de aplicação da LC n. 135/2010 aos atos e fatos jurídicos anteriores a sua publicação, efetuado na ADC n. 29, foi provido pelo pela maioria dos ministros do STF. Votaram deste jeito os ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. A respeito da constitucionalidade das novas cláusulas de inelegibilidade, exceto o ministro Dias Toffoli, porém com acréscimo do ministro Marco Aurélio, a Ação Direta de Constitucionalidade foi provida, também por maioria.

Também foi apensada à ADC n. 30 a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, do Distrito Federal (ver ementa no anexo O). Ela foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL –, a qual pretende ver declarada a inconstitucionalidade do art. 1º, I, alínea “m”, da Lei Complementar n. 64/90, introduzido pela Lei Complementar n. 135/2010. Como se percebe, esta ação discutiu a não constitucionalidade de uma única causa de inelegibilidade: a dos profissionais excluídos do quadro profissional por motivos éticos profissionais, por meio de órgãos de classe, tornarem-se inelegíveis.

A maioria do pleno do STF votou pela improcedência da ADI n 4.578. Votaram assim os ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia; Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Portanto, o STF consignou constitucional a possibilidade de se indeferir a candidatura de um indivíduo excluído dos quadros profissionais por motivos ético-profissionais, em defesa do princípio da moralidade no exercício do cargo público.

4.2 As Manifestações Judiciais Favoráveis à Constitucionalidade da LC 135/2010

Serão apresentados a seguir os votos dos ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, os quais votaram pela constitucionalidade das novas causas de inelegibilidade incluídas pela LC n. 135/2010 à LC n. 64/1990. Os ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia, no entanto, divergiram a respeito da interpretação para contagem do prazo de inelegibilidade. Para estes, o tempo da pena cumprida deveria ser computado no período de inelegibilidade por oito anos. O Ministro Marco Aurélio aderiu à corrente vencedora, não obstante não concordar com o alcance da lei aos fatos e atos pretéritos.

4.2.1 Ministro Luiz Fux – relator

O ministro avalia de início, a suposta retroatividade da lei complementar. Argumenta ser possível apanhar fatos pretéritos para lhes conferir efeitos futuros. Fundamenta seu pensamento na distinção, dada por Canotilho, entre retroatividade autêntica e inautêntica. Na primeira, atingem-se atos e fatos passados conferindo-lhes novas condições. Na segunda, parte-se do ato ou fato consubstanciado e lhe dá novos efeitos para o futuro. Na visão do ministro a Constituição brasileira proíbe a retroação autêntica, ou seja, aquela a qual altera os atos e fatos em si, todavia não faz ressalva à segunda espécie. (LUIZ FUX, 2012, fls. 16–17).

No caso da LC n. 135/2010, segundo o ministro,

a aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/10 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção *supra*, uma hipótese clara e inequívoca de *retroatividade inautêntica*, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo

público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. (LUIZ FUX, 2012, fl. 17. Grifos no original).

Acrescenta o ministro que a LC n. n. 135/2010 não ofende o princípio dos direitos adquiridos. A uma porque não há direito adquirido à elegibilidade. A duas porque a condição de elegibilidade é aferida em momento oportuno, em cada pleito, portanto uma condição contínua, a qual deverá ser observada em todos os momentos os quais se pleiteia o registro. Assim sendo não há que se falar em incorporação de patrimônio ao regime de elegibilidade, pois o candidato deverá se enquadrar em cada um deles no futuro. (LUIZ FUX, 2012, fl. 17).

Com esse mesmo raciocínio o ministro declara a constitucionalidade da extensão, prevista pela nova lei, dos prazos de inelegibilidade. A constitucionalidade é válida, também, para abarcar aquele que já figurava cumprindo os prazos da lei anterior. O seu entendimento é de que os prazos de inelegibilidade não se confundem com penas, portanto não há que se falar em agravamento daquela. Tanto as novas cláusulas quanto os prazos se caracterizam como requisitos negativos para a solicitação de registro de candidatura. (LUIZ FUX, 2012, fls. 18–19).

O ministro afirma que não é possível a extensão do prazo daqueles que já foram sentenciados e estão cumprindo a condição de inelegível. Isso acarretaria quebra do princípio da isonomia em relação ao não julgado em definitivo. Também não se pode falar em prejuízo da coisa julgada, tendo em vista a condição de inelegibilidade ser cumprida após a pena estatuída em juízo. (LUIZ FUX, 2012, fl. 19).

Ao analisar a questão sob o aspecto da segurança jurídica, o ministro reafirma sua posição de não afetação do direito adquirido nem da coisa julgada e conclui pelo afastamento do princípio da expectativa legítima. Exemplifica que não há expectativa legítima de registro de candidatura de alguém que já fora condenado por órgão colegiado. Isso porque a prescrição do princípio da moralidade instituído pelo art. 14, § 9º da Constituição derruba tal expectativa. (LUIZ FUX, 2012, fl. 20).

Ao traçar um paralelo entre as três situações discutidas nos recursos analisados no capítulo 3 desta dissertação, o ministro afirma haver a diferença de que naquela situação havia uma expectativa legítima de se concorrer às eleições. Isso porque o artigo 16 da Constituição garantia tal expectativa no momento de promulgação da LC n. 135/2010 (alguns dias antes das convenções) tinha-se como premissa o registro da candidatura com base na LC n. 64/1990 originária e não na alterada alguns dias antes. (LUIZ FUX, 2012, fl. 21).

No tocante à presunção da inocência irradiar seus efeitos para fronteiras além da matéria penal, o ministro acredita ser o momento para rever os precedentes do STF,

principalmente o firmado por conta do julgado na ADPF n. 144 o qual estabeleceu o alcance para todos os ramos do direito brasileiro. Naquele momento, segundo o ministro, o contexto histórico dominante era o receio da continuação antidemocrática do regime ditatorial. A preocupação ali era garantir uma ordem democrática contra as mazelas do regime anterior. Todavia, o momento atual da democracia brasileira consolidada impõe novas reflexões sobre o princípio da presunção da inocência, principalmente no tocante ao direito eleitoral. (LUIZ FUX, 2012, fl. 24).

Luiz Fux (2012, fls. 24–26) defende seu pensamento com base na mutabilidade da sociedade e o respectivo acompanhamento das interpretações constitucionais. Segundo ele, em tema eleitoral, a sociedade aguarda pelo cumprimento constitucional da moralidade e da probidade no exercício do cargo público. Ela espera a eliminação da corrupção a qual atrasa o desenvolvimento nacional. Assim, ou se relativiza o princípio da presunção da inocência para o âmbito político ou se aguarda o descrédito da população em relação à Constituição.

Ainda sobre o tema, o ministro avalia o impacto da opinião pública sobre a relativização do princípio da presunção da inocência. Tem ele a convicção de que o STF está sofrendo duras críticas em não ceder em sua interpretação do referido princípio. Destacou o ministro que não se trata de julgar tal e qual quer a sociedade, mas sim de ouvi-la e ponderar as soluções, porque é a última instância dedicada à manutenção da democracia, mas não é a única. (LUIZ FUX, 2012, fls. 26–28).

De acordo com o ministro, a interpretação a respeito do princípio da presunção de inocência na ADPF n. 144 ampliou o

espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, *comparável a uma redução teleológica*, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia. (LUIZ FUX, 2012, fl. 28. Grifos no original).

Em outras palavras, o momento da ADPF era outro e aquela realidade talvez exigisse uma interpretação extensiva, todavia a situação atual exige a reversão da interpretação: primeiramente porque se aproximará da literalidade inculpada no princípio, o qual incide sobre matéria penal; em segundo lugar porque a moralidade e a probidade no exercício do cargo público exigem a relativização legal e responsável e em terceiro porque se demonstrará o respeito pela democracia no acompanhamento dos movimentos sociais responsáveis e constitucionalmente baseados. (LUIZ FUX, 2012, fl. 28).

A respeito do tema, Luiz Fux (2012, fl. 29) arremata:

Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.

Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático.

O ministro adverte que sua interpretação não enseja violação ao princípio do retrocesso, porque a interpretação promovida anteriormente, para aplicação do princípio além da matéria penal, não se solidificou no campo a qual comporta discussões. Também porque a LC n. 135/2010 é razoável, do ponto de vista de incluir como inelegibilidade o que se tem como altamente reprovável pela sociedade como um todo. E, proporcional à necessidade de consecução da previsão constitucional de exigência da proteção da moralidade e probidade avaliada a vida pregressa do candidato. (LUIZ FUX, 2012, fls. 29–34).

Ainda para defender seu ponto de vista de não haver necessidade do trânsito em julgado para se aferir a inelegibilidade, o ministro destaca que o art. 15 da Constituição prevê a suspensão de direitos políticos (ativos e passivos) em casos de condenações definitivas em processo penal ou administrativo. Já o art. 14, § 9º versa sobre inelegibilidade, portanto suspensão de direitos políticos passivos, poder-se-ia afirmar que o legislador contemplou a necessidade de criar inelegibilidades observadas na vida pregressa sem, contudo, ter transitado em julgado. Caso contrário, o art. 15 seria suficiente para o tema. (LUIZ FUX, 2012, fl. 35).

No tocante à proporcionalidade da lei, o ministro atesta sua adequação à Constituição, tendo em vista que o sacrifício individual do candidato, ao ser obrigado a observar os requisitos de acesso ao cargo, não superam os benefícios aguardados pela sociedade, principalmente em relação à moralidade e à probidade no trato da coisa pública, as quais são essências do Estado democrático de direito. (LUIZ FUX, 2012, fls. 35–36).

Ao analisar a extensão do prazo de inelegibilidade para além do transcurso da pena, o ministro revela a preocupação com o excesso. Isso porque, ao comparar a previsão anterior, a inelegibilidade era de três anos a contar do cumprimento da pena e com a redação atual passou a ser de oito anos. Todavia, segundo o ministro não faz menção ao período entre a decisão proferida por colegiado e o trânsito em julgado. (LUIZ FUX, 2012, fl. 39).

Neste quesito Luiz Fux (2012, fl. 40) afirma:

Cumpra, destarte, proceder a uma interpretação conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “l” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.

Em relação à renúncia como causa de inelegibilidade, o ministro é sintético ao afirmar que “este voto é permeado por uma ideologia, que é a da higidez da ‘Lei da Ficha Limpa’. Portanto, deve-se prestigiar a vontade do legislador para declarar-se também a constitucionalidade da alínea “k”, à semelhança do que antes foi pronunciado”. Em outras palavras, a renúncia parlamentar antes de abertura de processo que pode lhe levar à perda do mandato é opção legislativa que não afronta a Constituição. (LUIZ FUZ, 2012, fl. 42).

O ministro julga parcialmente procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, propondo interpretação conforme a Constituição e a detração do lapso temporal entre a sentença colegiada e o trânsito em julgado para fins de cômputo do tempo de oito anos de inelegibilidade após o cumprimento da pena. Em relação à ADI n. 4.578, pugna pela improcedência da ação.

4.2.2 Ministro Marco Aurélio

Marco Aurélio (2012, fls. 308–309) relembra o texto inicial do § 9º, do art. 14 da Constituição, no qual não havia previsibilidade para proteção de moralidade ou probidade administrativa. Tal prescrição adveio com a Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1993 e, como se sabe, após a promulgação da LC n. 64/1990. Somente em 2010, com a LC n. 135 o legislativo, por iniciativa da população adequou a Lei das Inelegibilidades à nova redação do art. 14, § 9º da Constituição.

Com a nova redação do art. 14 da CF o legislador exige, do candidato ao mandato público, moralidade e probidade administrativa. Para tanto, fez consignar a análise da vida pregressa do candidato para, depois, habilitá-lo ou não ao pleito eleitoral. Acrescenta Marco Aurélio (2012, fl. 308) “e, então, previu-se que se consideraria algo que apresenta conceito aberto: a vida pregressa do candidato. Na maioria das vezes, define-se a vida pregressa, que tem como sinônimo “idoneidade”, no campo administrativo.”

Tendo em vista a abertura do conceito de vida progressa Marco Aurélio (2012, fl. 309) esclarece que sua interpretação pauta-se pelo bom-senso, razoabilidade e proporcionalidade. Desta maneira, pode avaliar os itens discutidos nas ações, para ponderá-los em relação à moralidade e probidade exigidas pela Constituição, tendo em vista a vida passada.

Em relação à dilação do prazo de inelegibilidade, previsto pela LC n. 64/1990, Marco Aurélio (2012, fls. 309–310) conclui pela constitucionalidade tendo em vista ser uma opção política do legislativo. E, diga-se de passagem, opção da sociedade, referendada pelo Congresso e sancionada pelo Executivo. Portanto, o ministro entende como legítima e constitucional a ampliação dos prazos de inelegibilidade.

Ao enfrentar a questão da inelegibilidade partir de uma decisão colegiada Marco Aurélio (2012, fl. 310) não enxerga inconstitucionalidade, tendo em vista o alto grau de acerto da decisão, por ser colegiada e proporcionar a discussão das teses contemplando várias perspectivas jurídicas. Acrescenta o ministro, mesmo podendo a decisão ser reformada, em sede de recurso extraordinário, o ministro tem como constitucional a hipótese em cumprimento à finalidade da própria lei e da Constituição.

Sobre a questão de subtrair o tempo de inelegibilidade desde o fato até o trânsito em julgado, segundo Marco Aurélio (2012, fls. 311),

a problemática do prazo é resolvida, a meu ver, a menos que o Supremo passe a atuar como legislador positivo, no campo – como ressaltado por colegas, inclusive o Ministro Ricardo Lewandowski – da opção político-normativa. Três ou oito anos? Partiu-se para oito, nem por isso se chegando a uma sanção – não vou falar em pena, porque não se trata de pena –, por prazo indeterminado, à inelegibilidade perpétua.

Em outras palavras, o ministro resguarda a competência do legislativo em legisferar e como a disposição do texto estende a inelegibilidade para oito anos após o cumprimento da sentença, deve-se cumprir o estatuído nela. Resume Marco Aurélio (2012, fl. 311-312):

Há mais, Presidente, o sistema precisa fechar. Será que posso dizer, a um só tempo, que o pronunciamento de colegiado gera a inelegibilidade e assentar que não é marco temporal, termo inicial do prazo, quanto ao período de inelegibilidade? A meu ver, não posso, muito menos para mitigar espaço de tempo previsto, de forma expressa, no preceito. Não assusta, porque não é algo novo no cenário jurídico haver-se a inelegibilidade projetada por oito anos após o cumprimento da pena. Devo lembrar que é possível considerar alguém reincidente nos cinco anos posteriores ao cumprimento da pena do crime pretérito. A adoção de cinco ou oito anos está no âmbito, repito, da opção político-normativa.

O ministro exemplifica seu pensamento na condição hipotética de um candidato ser condenado a uma pena de três anos por órgão colegiado. Com este exemplo e considerando a rapidez do sistema, possivelmente o recurso alcance o STF em cinco anos. Ao se considerar o

disposto na LC n. 135/2010, o candidato estaria inelegível pelo tempo de três anos a partir da condenação e mais oito anos, perfazendo onze anos no total. Caso diminua-se os cinco anos entre o julgamento e o trânsito em julgado (decisão do STF), ter-se-ia inelegibilidade por apenas seis anos. Se se considerar a morosidade do sistema e a possibilidade de o recurso chegar ao STF em dez anos, o prazo de inelegibilidade cairia para apenas um ano. (MARCO AURÉLIO, 2012, fls. 312–313).

De acordo com este exemplo, o ministro conclui que (1) não se pode subtrair o tempo até o trânsito em julgado porque a opção política do legislador é clara ao dispor oito anos depois de cumprida a pena; (2) porque se fosse excluído o tempo até o trânsito em julgado estar-se-ia reduzindo o prazo de inelegibilidade fixado em lei; (3) porque é razoável que o lapso de inelegibilidade alcance dez, quinze, vinte ou trinta anos em virtude do tipo de fato cometido pelo cidadão. Neste prisma, cumprir-se-ia o preceito do art. 14, § 9º, impedindo que pessoa imoral ou não proba tenha acesso a cargo de representação da sociedade; (4) se houver subtração do tempo isso implicará em reconhecimento de que a inelegibilidade não conta a partir do pronunciamento do colegiado.

Marco Aurélio (2012, fl. 318) adverte que “interpõem-se sucessivos recursos para projetar no tempo, visando ao não cumprimento do decreto condenatório, dificultando o trânsito em julgado da decisão. É a realidade.” Desta maneira, ou seja, com o artifício de se manejar recursos até chegar ao trânsito em julgado e descontado o lapso temporal até ele, não se estaria cumprindo a lei e, portanto, culminando em não observância da opção política legislativa para estender a inelegibilidade após o cumprimento da pena.

Marco Aurélio (2012, fl. 319) sintetiza:

Não vejo falta de razoabilidade no período de inelegibilidade. Descabe dar desconto a quem tenha claudicado no campo penal. Não vejo falta de razoabilidade, não vejo absurdo a conduzir esta Corte, sob a minha óptica, que pode não ser a da maioria – e já se disse que o Supremo tudo pode porque não tem acima de si um órgão para exercer crivo quanto às respectivas decisões –, adentrar o campo reservado à atuação legiferante positiva e dizer que o prazo não é o fixado em lei, que deve ser reduzido, considerado o espaço de tempo entre aquele evento, que é o julgamento pelo Colegiado, e o trânsito em julgado, evento que implica inelegibilidade, devendo ser subtraído do período, pouco importando a projeção no tempo do processo pela interposição de sucessivos, para as calendas gregas.

Em relação às alíneas “f”, “g”, “h”, “i”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, o ministro foi sucinto em suas análises, que culminaram no entendimento da constitucionalidade de todas elas sem maiores discussões e intervenções do plenário. O ministro desvelou, por fim: “tenho que os preceitos, a meu ver, são harmônicos com a Carta Federal e visam à correção de rumos nessa sofrida República, nessa sofrida pátria,

considerado presente e passado que são do conhecimento de todos.” (MARCO AURÉLIO, 2012, fl. 327).

Não obstante, o ministro em análise à ADC n. 29, que requeria a total constitucionalidade da LC n. 135/2010, destaca a questão da possibilidade de retroatividade da lei como insustentável constitucionalmente. Em sua visão, a lei deve apanhar fatos os quais concretos a partir da publicação dela. E, em hipótese alguma, pode retroagir para apanhar fatos passados e lhes dar consequências futuras. E acrescenta: “volto a frisar: paga-se um preço por se viver em um Estado democrático, esse preço é módico, está ao alcance de todos: a irretroatividade da lei, o que revela a segurança jurídica.” (MARCO AURÉLIO, 2012, fl. 327).

O ministro considera o princípio da segurança jurídica essencial para o aperfeiçoamento das instituições, contudo adverte:

É preciso saber quais as consequências dos atos e isso ocorre segundo o direito elaborado pelos congressistas, a legislação em vigor na data em que praticados. Estará apanhada a situação do Senador Jader Barbalho? Ocupando ele uma cadeira no Senado da República, estará detendo a condição de inelegível? Não sei como será equacionada a situação jurídica! (MARCO AURÉLIO, 2012, fl. 328).

Em outras palavras, ao considerar um fato pretérito⁴⁶ causa de inelegibilidade, poder-se-ia, ao determinar a constitucionalidade da LC n. 135/2010, ter um parlamentar inelegível ocupando cargo no Congresso. E a dúvida do ministro é como resolver a questão, pois se o candidato estava inelegível e os efeitos dela duram no mínimo oito anos, fatalmente foi eleito um candidato inelegível. (MARCO AURÉLIO, 2012, fl. 328).

Por este motivo, Marco Aurélio (2012, fl. 329) insiste que “a segurança jurídica é princípio basilar, é medula do Estado Democrático de Direito. E não se pode cogitar de segurança jurídica quando, à mercê de novos diplomas legais, se deva viver aos sobressaltos, aos solavancos, impondo-se sanção quanto a ato e fato pretérito.” Sem embargo, o entendimento do ministro não é o de inconstitucionalidade da lei; pelo contrário, a considera constitucional desde que se apanhe os fatos e atos a partir da LC n. 135/2010 e não antes de sua existência.

Marco Aurélio (2012, fl. 334) julga a ADI n. 4.578 improcedente e, portanto, julga constitucional a alínea “m” da LC n. 64/1990, introduzida pela LC n. 135/2010; vota pela procedência da ADC n. 30 na parte em que foi conhecida, ou seja, sobre as cláusulas de

⁴⁶ A título de exemplo, a renúncia do senador Jader Barbalho no ano de 2001, diplomado deputado federal em 2002 e 2006 e diplomado senador da República em 2011, com mandato até 2019.

inelegibilidades incluídas à LC n. 64/1990 e julga a ADC n. 29 procedente em parte, declarando a improcedência do pedido para possibilitar que a nova lei apanhe fatos e atos anteriores a sua publicação. Quanto aos pedidos restantes, pugna pela procedência da ação.

4.2.3 Ministro Ayres Britto

O argumento do ministro é de constitucionalidade da LC n. 135/2010, tendo em vista o cumprimento do comando do § 9º, do art. 14 da Constituição, o qual visa a proteger a moralidade para o exercício do mandato e a probidade administrativa. Fundamentando sua posição a partir do próprio parágrafo, expõe Ayres Britto (2012, fl. 252):

E aqui está dito na Constituição:
 ‘Art. 14, § 9º - Lei complementar’ – é o caso da Lei da Ficha Limpa – ‘estabelecerá outros casos de inelegibilidade’ – e efetivamente cuida a Lei Complementar n. 135 de outros, casos vale dizer, além dos casos de inelegibilidade já aportados pela Constituição no artigo 14 – ‘e os prazos de sua cessação, a fim de proteger’ – aí vem os valores exponenciais – ‘a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato...’

Em sequência, relata o ministro que a tradição história política do Brasil, em especial ao trato do erário público, não é boa. Por este motivo, a Constituição de 1998 contemplou no § 9º, do art. 14, a prescrição de proteção da moralidade no exercício do cargo público e da probidade administrativa. Para o ministro não haveria a necessidade de falar em probidade administrativa, porque é conteúdo do princípio da moralidade do exercício do cargo público. Não se concebe o exercício moral do cargo sem probidade administrativa. Mas a Constituição assim o fez para dar ênfase a esse aspecto e por isso no art. 37, § 4º considera a improbidade administrativa reprovável ao ponto de se perder os direitos políticos. (AYRES BRITTO, 2012, fl. 253).

A respeito da condição jurídica da moralidade, Ayres Britto (2012, fls. 255-256) relata:

Ora, aqui no Brasil, a Constituição tinha que ser mais dura na formatação jurídica do combate à imoralidade e à improbidade, porque a nossa história não é boa, muito pelo contrário, a nossa história é ruim. No plano democrático também. Eu me lembro, Ministro Celso de Mello, que Tobias Barreto dizia – e olhe que Tobias Barreto nasceu em 1839, e acho que morreu em 1889, pouco antes da proclamação da República. [...] Ele disse magnificamente: ‘Ali, onde o povo não é tudo, o povo não é nada.’ Eu não conheço um conceito tão radical de democracia quanto o de Tobias Barreto.

Tendo em vista a história da política brasileira, a Constituição de 1988, pretendeu, segundo o ministro, dar especial cuidado à moralidade e à probidade no trato da coisa pública, por isso, inseriu a possibilidade de análise da vida pregressa para alcançar o intento moral e probó. Acrescenta ainda Ayres Britto (2012, fl. 256):

Então a Lei da Ficha Limpa tem essa ambição de mudar uma cultura pernicioso, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos. Candidatos respeitáveis. Esse é um dos conteúdos do que estou chamando de princípio do devido processo legal eleitoral substantivo. O outro conteúdo é o direito que tem o eleitor de escolher pessoas sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade.

Adentrando a questão de alcance de proteção dos atos, o ministro resgata uma emenda parlamentar, da época da assembleia constituinte, em que se pretendia

ampliar ao máximo o princípio da presunção de não culpabilidade, ele queria que o princípio da presunção de não culpabilidade rompesse os diques do Direito Penal e do Direito Processual Penal para se derramar por todo e qualquer ramo do Direito. E a proposta dele era: '§ 11. Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença condenatória'. (AYRES BRITTO, 2012, fl. 258).

Na visão do ministro, o legislador constituinte agiu de maneira correta ao não excluir o termo penal do princípio da presunção de não culpabilidade, porque em matéria de direitos políticos, o direito individual perde espaço para o direito político coletivo. Segundo o ministro, não se ouvida da necessidade de garantir os direitos do indivíduo na condição de pessoa, mas, quando se trata de direitos políticos, o interesse maior é a preservação dos interesses da coletividade, tendo em vista a moralidade e a probidade. (AYRES BRITTO, 2012, fls. 258–259).

Com estes fundamentos, o ministro Ayres Britto julga procedentes as ADC n. 29 e n. 30, a última na parte em que foi reconhecida e improcedente a ADI n. 4.578. Sinteticamente, o ministro declara a constitucionalidade de todas as cláusulas de inelegibilidades incorporadas à LC n. 64/90, mesmo podendo apanhar fatos e atos passados à edição da nova lei. Julgou constitucional a possibilidade de se ter a inelegibilidade tomando-se por base decisão de colegiado e a extensão dos prazos de inelegibilidade para oito anos após o cumprimento da pena. Pugnou pela total improcedência da ADI n. 4.578.

4.2.4 Ministro Joaquim Barbosa

Joaquim Barbosa (2012, fls. 52–55) formula seu argumento numa perspectiva constitucional histórica, a qual prescreve, desde a Constituição de 1967, a verificação da vida pregressa do candidato, com a finalidade específica de alcançar a moralidade no exercício do cargo público e quanto à probidade administrativa. Assim, argumenta que a LC n. 135/2010 é constitucional, tendo em vista estar calcada no cumprimento do prescrito no § 9º, do art. 14 da Constituição Federal.

Joaquim Barbosa (2012, fl. 56) considera, que

Nesse ponto, revela destacar que a Lei Complementar n. 64/1990, com fundamento no § 9º do art. 14 da Constituição já fixara algumas causas de inelegibilidade. Contudo, ao longo dos mais de 20 anos de sua vigência, a forma como estabelecidas as causas de inelegibilidade demonstraram-se inaptas à proteção desses mais elevados valores emanados da nossa Constituição. Em particular, os exíguos prazos de duração da inelegibilidade em relação à duração dos mandatos eletivos aliado à exigência de trânsito em julgado de decisões condenatórias.

Desta maneira, o ministro entende ser a LC n. 135/2010 salutar para o cumprimento dos propósitos constitucionais, pois amplia o prazo de duração das inelegibilidades e elimina a necessidade de se considerar inelegível um candidato que tenha processo não transitado em julgado. Assim resume o ministro Joaquim Barbosa (2012, fl. 58): “analiso a Lei Complementar n. 135/2010 sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados.”

Assim os fundamentos do ministro se formam a partir da perspectiva de proteção dos interesses políticos coletivos e não dos interesses políticos individuais. Caso se avaliasse no plano das garantias individuais não se faria cumprir os preceitos constitucionais do art. 14, § 9º. Joaquim Barbosa (2012, fls. 58-59) acrescenta que

na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos. É que a Democracia não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação.

Joaquim Barbosa (2012, fl. 59) sintetiza seus fundamentos ao afirmar:

Entendo que a lei complementar n. 135/2010 é compatível com a Constituição Federal de 1988, em especial com o que determina o § 9º do art. 14. Mais do que isso: considero que a referida lei ao complementar o dispositivo constitucional a ele se integra para formar um todo que poderíamos qualificar como Estatuto da Ética e

da Moralidade da Cidadania Política Brasileira, vocacionado a reger as relações entre o Eleitor e seu Representante.

A respeito do princípio da não culpabilidade, Joaquim Barbosa (2012, fls. 59-60) salienta filiar-se à corrente que não entende as inelegibilidades como sanções, mas sim como critérios objetivos para impedir a candidatura de um cidadão que não passa pelo “filtro” da moralidade. Por isso, não há como aproximar a ideia de culpabilidade dos critérios de inelegibilidade e, portanto, não se aplicam os princípios da irretroatividade e da não culpabilidade.

Retoma o ministro, mais uma vez, o fundamento de serem as inelegibilidades matéria de direito eleitoral e, portanto, revestida do interesse maior na coletividade e não na individualidade. Adverte Joaquim Barbosa (2010, fl. 60):

A configuração de uma hipótese de inelegibilidade não é o resultado de um processo judicial no qual o Estado, titular da persecução penal, procura imputar ao pretense candidato a prática de um ato ilícito cometido no passado. As hipóteses de inelegibilidade partem de um ato ou fato público, notório, de todos conhecido. Sua configuração é imediata, bastando para tanto a mera previsão legislativa. Não se exige, para que seja considerada constitucional, o respeito a outros princípios manifestamente associados à persecução penal, os quais foram inseridos na Constituição com objetivo de conferir proteção ao mais importante bem da vida, a liberdade individual de ir e vir.

Joaquim Barbosa (2012, fls. 60–61) rememora que no STF, por mais de vinte anos, prevaleceu o entendimento, na seara penal, de execução da pena antes do trânsito em julgado, tendo em vista a condenação em segunda instância. A jurisprudência foi alterada no ano de 2004, devido à alteração na composição do Supremo. Todavia, em 2006 a orientação jurisprudencial passou a permitir a execução da pena de maneira cautelar. No entendimento do ministro, se em sede penal existe a possibilidade de se executar uma pena sem o trânsito em julgado, em matéria política não poderia ser diferente.

Não obstante, reafirma o ministro que a matéria política, em especial as inelegibilidades, deve ser interpretada em face do aspecto de proteção da coletividade. Isso porque deve ser cumprida a prescrição do art. 14, § 9º. O ministro finaliza discorrendo sobre o princípio da presunção da inocência. Após efetuar digressão histórica a respeito das causas de inelegibilidades, as quais figuraram no passado – dentre elas a proibição do voto feminino (quem não vota não pode ser votado), a condição financeira, a proibição de voto dos negros, dos índios, dos analfabetos, entre outras – afirma que as inelegibilidades para excluir corruptos não ferem o princípio da inocência.

Ao analisar a questão da renúncia como causa de inelegibilidade Joaquim Barbosa (2012, fls. 64–67) reafirma seu entendimento, firmado nos autos dos recursos analisados no capítulo 3, no qual o ministro pugna pela constitucionalidade do disposto, ou seja, a renúncia como causa de inelegibilidade é constitucional, pois

a Lei da Ficha Limpa não atinge qualquer dos efeitos do ato de renúncia eventualmente efetivada por candidatos. A renúncia se encontra perfeita e acabada. A lei não retroage, (seria o caso, por exemplo, de uma lei que considerasse nulos os mandatos eletivos exercidos desde a renúncia, considerando a renúncia como fato gerador da nulidade), **apenas concede** efeitos futuros a um ato ocorrido no passado. Em realidade, a Lei da Ficha Limpa só atingiu os atos que ocorreram após a sua entrada em vigor, isto é, os registros de candidatura, e desde que se enquadrassem na hipótese que ela elegeu como aptas a ensejar a inelegibilidade. Vale dizer, um histórico de renúncia a mandatos eletivos. (JOAQUIM BARBOSA, 2012, fl. 67. Grifos no original).

Para firmar seu entendimento, o ministro utiliza o exemplo de uma determinada lei exigir certas condições para o exercício de um cargo. Desta maneira, as exigências devem ser cumpridas, sob pena de não se ascender a ele. Todavia, as condições para postular o cargo já foram consolidadas no passado e para avaliar se o postulante pode ou não ser contratado há que se investigar sua vida pregressa, a fim de identificar os requisitos exigidos. Assim acontece com a Lei da Ficha Limpa quanto cumprimento do disposto constitucional de se avaliar a vida pregressa do candidato. (JOAQUIM BARBOSA, 2012, fl. 67).

Com estes argumentos e fundamentos, o ministro julgou procedentes, na íntegra, os pedidos das ADC n. 29 n. e 30 e improcedente o pedido da ADI n. 4.578. Em outras palavras, pugnou pela constitucionalidade de todas as cláusulas de inelegibilidade incluídas pela LC n. 135/2010, mesmo em relação aos aspectos da possibilidade de apanhar fatos anteriores à sua publicação, de manter a inelegibilidade a partir da decisão não transitada em julgado e a manutenção da aplicação do impedimento ao registro de candidatura após o cumprimento de pena.

4.2.5 Ministro Ricardo Lewandowski

Ricardo Lewandowski (2012, fl. 229) relembra o julgamento da ADPF n. 144/DF, na qual fez consignar a necessidade de critérios objetivos para se aferir a elegibilidade de um candidato. Em caso contrário, os juízes eleitorais estariam aptos a habilitar ou excluir do pleito de maneira subjetiva, no afã de identificar o candidato moral e probo para exercício de

cargo público. Na oportunidade, optou por seguir os preceitos estatuídos pela LC n. 64/1990, pois consignava cláusulas objetivas para aferição da inelegibilidade.

Todavia, com a entrada em vigor da LC n. 135/2010, novas condições foram incluídas na lei anterior, com “o escopo de proteger valores constitucionais que servem de arrimo ao próprio regime republicano, além de integrar e complementar o rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna.” (RICARDO LEWANDOWSKI, 2012, fl. 230).

Sobre a questão da impossibilidade de retroação da Lei Complementar n. 135/2010, alegada como condição inconstitucional, o ministro mantém o posicionamento que adotou nos casos analisados no capítulo 3 desta dissertação e utilizou do expediente de transcrição do voto proferido no caso Roriz.

Portanto, afirma Ricardo Lewandowski (2012, fl. 234), “concluo que a expressão ‘os que forem condenados’ não exclui do alcance da LC n. 135/2010 os candidatos já apenados, pois lei eleitoral nova, que altere as causas de inelegibilidade – ampliando ou não seu gravame – aplica-se imediatamente.” E o fez desta maneira tendo em vista a interpretação dada pelo relator do projeto no Senado Federal, que considerou mera adequação de texto, não implicando em alteração de substância. Por isso, se no texto original restava clara a intenção de apanhar fatos passados, no texto alterado, considerada a manutenção do significado, pouco importa se os fatos aconteceram ou acontecerão.

O ministro entende que a LC n. 135/2010 não retroage porque o momento de aferição da inelegibilidade se dá quando do pleito da candidatura e neste não se alteram os efeitos da renúncia, simplesmente impede de concorrer às eleições, em virtude de lei e por um lapso temporal.

Ricardo Lewandowski (2012, fl. 234) afirma, também, que “as normas que alteram ou impõem inelegibilidades não têm caráter penal, como também não configuram sanção. Constituem regras de proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos.” Com este fundamento, o ministro adere à corrente a qual sustenta a não retroatividade da lei, mas sim a identificação de fatos ocorridos para, no momento do registro da candidatura, impedir a habitação ao pleito.

Com base em critérios objetivos estabelecidos na LC n. 135/2010, o juiz eleitoral afere a possibilidade de elegibilidade do candidato, tendo em vista os dispositivos da Constituição e os da Lei de Inelegibilidades. Caso, o candidato tenha praticado algum ato, impeditivo, estipulado na lei, estará ele inelegível pelo prazo estipulado por ela. Portanto, não se trata de

retroatividade, pois não se altera a condição do fato, o qual permanece concluso em todos os seus aspectos.

A respeito da possível ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, Ricardo Lewandowski (2012, fl. 237) esclarece não encontrar razão para crer nas ofensas pois a LC n. 135/2010 não altera a situação do ato concluso e, também, porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu não haver direito garantido à elegibilidade, tampouco à reeleição.

Sobre a possível violação da lei complementar ao art. 55, II, III, e §§ 2º e 4º da Constituição o ministro não considera plausível, tendo em vista que somente aqueles os quais renunciarem antes da abertura do respectivo processo estará impedido de se eleger. Aquele que renunciar após a abertura do processo será julgado por seus pares, porque os efeitos daquela suspendem-se até o julgamento do processo. (RICARDO LEWANDOWSKI, 2012, fl. 239).

E acrescenta Ricardo Lewandowski (2012, fl. 241), “a alínea k do mencionado dispositivo, porém, não conflita com o art. 55, § 4º, da Constituição, cuja consequência limita-se à perda do mandato. De fato, ao estabelecer nova causa de inelegibilidade, ela dispõe, validamente, a respeito de matéria que apresenta natureza infraconstitucional.”

Em relação a possível ofensa à presunção de inocência e devido processo legal, Ricardo Lewandowski (2012, fls. 241-242) adverte ser a Lei de Inelegibilidades cumpridora do seu papel constitucional, com a finalidade específica de proteger a moralidade e a probidade administrativa avaliando-se a vida pregressa. Portanto, tais cláusulas não dependem de culpa, mas antes pretendem preservar a moralidade e a probidade no interesse público em detrimento ao privado.

Ao discorrer sobre o suposto abuso no poder de legislar e da possível afronta ao princípio da proporcionalidade, Ricardo Lewandowski (2012, fl. 246) esclarece:

tratar-se de uma opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas, pelo Chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie.

Aliada a esta condição o ministro revela que a LC n. 64/1990 com prazos de inelegibilidade de três a cinco anos, praticamente se tornavam inócuos, tendo em vista a necessidade do trânsito em julgado e a contagem a partir do início do mandato. Assim a LC n.

135 padronizou os prazos para oitos e, conseqüentemente proporcionará efetividade da legislação. (RICARDO LEWANDOWSKI, 2012, fls. 246–247).

O ministro conclui pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em relação às condições de inelegibilidade inclusas pela LC n. 135/2010 em todas as extensões e, por conseguinte julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade da ADI n. 4.578.

4.2.6 Ministra Cármen Lúcia

A ministra pugna pela constitucionalidade das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30, naquilo em que foram conhecidas e inconstitucionalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578. (CÁRMEN LÚCIA, 2012, fl. 186).

Cármen Lúcia (2012, fl. 186), antes de prolatar os seus fundamentos, esclarece que “parte de uma compreensão que cada um tem das normas constitucionais e da interpretação que a elas dá, e por isso somos um colegiado.” Com esta visão, a ministra atesta interpretar a LC n. n. 135/2010 a partir dos princípios constitucionais.

Cármen Lúcia (2012, fls. 191–192) postula pela possibilidade constitucional de se apanhar fatos passados, para verificar, em momento oportuno, a condição de elegibilidade ou aferição da inelegibilidade. O faz desta maneira, porque entende serem os atos e fatos cometidos parte da vida do indivíduo, por conseguinte não se desapegam do indivíduo no momento em que ocorreram. E, somente assim conseguir-se-á avaliar a moralidade da pessoa a qual pleiteia mandato público.

Ao tratar da presunção da culpabilidade a ministra reforça seu pensamento a respeito da distinção entre direito eleitoral e penal. Se em sede de direito eleitoral não se pode assumir a inelegibilidade como pena, conforme precedentes do STF, não se pode aproximar o princípio da culpabilidade a ela. Porque se não é sanção, mas sim impedimento do exercício do direito político passivo, é independente de culpa. (CÁRMEN LÚCIA, 2012, fl. 192).

Acrescenta Cármen Lúcia (2012, fls. 206–207) que

as normas do art. 1º e seus incisos não desobedecem o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade penal exatamente porque a inelegibilidade não é pena, mas a afirmação de uma circunstância impeditiva da oferta de alguém a candidatar-se a cargo eletivo e, ainda, que a sua definição por lei complementar atende o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição brasileira.

Em relação à suposta ofensa da LC n. 135/2010 ao princípio constitucional da não culpabilidade, a ministra revisita seu voto nos julgados, dos casos expostos no capítulo 3 desta dissertação, e mantém o entendimento lá estabelecido. Sinteticamente dispõe a ministra compreender as inelegibilidades, de acordo com o firmado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, como condições impeditivas do exercício de direitos políticos passivos e, não sanção penal. Desta maneira deve-se entender como critérios objetivos jurídico-político, os quais tem a finalidade de atender o preceito insculpido na Constituição, a fim de proteger a moralidade e a probidade administrativa. (CÁRMEN LÚCIA, 2012, fls. 195–214).

Cármem Lúcia (2012, fl. 214) não considera que a LC n. 135/2010 ofendeu o princípio da razoabilidade, tendo em vista argumentação de possível interpretação a vislumbrar a perpetuação da condição de inelegibilidade em decorrência da análise da vida pregressa do candidato. Neste aspecto, a ministra aponta o art. 16 da Constituição como “remédio” para conter os possíveis abusos, todavia não considera, por este fato, infringência ao princípio da razoabilidade.

A ministra julga procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30 e improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578.

4.2.7 Ministra Rosa Weber

Rosa Weber (2012, fl. 147) parte do argumento de que a LC n. 135/2010 “buscou dar concretude à norma prevista no § 9º do art. 14 da Constituição Federal”, ou seja, a ministra considera a lei constitucional do ponto de vista formal e acrescenta:

Toda lei infraconstitucional deve ser presumida constitucional, dada a liberdade conferida ao legislador pela Constituição, já que esta não constitui um corpo fechado de normas, tal qual um código. Leis, porém, que extraem sua validade diretamente do texto constitucional, que são editadas em decorrência de um exposto comando de legislar, possuem uma dignidade superior, sobre elas devendo recair, como adiantado, forte presunção de constitucionalidade.

Em relação à suposta ofensa ao princípio da não culpabilidade, a Ministra Rosa Weber (2012, fl. 147-150) afirma não compreender a ofensa, tendo em vista que as cláusulas de inelegibilidade fazem parte de uma lei complementar exigida pela própria Constituição. Não obstante, a ministra considera o texto constitucional um somatório de subconjuntos, os quais visam a garantir vários aspectos e guardam peculiaridades entre si, mas devem manter

coerência com a democracia e a soberania popular. Por isso, interpretações a respeito das contingências devem assegurar, em sua visão, as particularidades dos subsistemas.

Assumida tal concepção e respaldada nos precedentes jurisprudenciais do STF, de não se caracterizar as inelegibilidades como pena, a ministra entende que a LC n. 135/2010 não ofendeu o princípio da presunção da inocência, por guardar proximidade com o subsistema político e não com o penal. Afirma Rosa Weber (2012, fl. 150):

Entretanto, na órbita do direito eleitoral, precisamente dos direitos políticos, o legislador constituinte de revisão, através da ECR 4/94, com o escopo de garantir a licitude e a legitimidade das eleições - sem o que sucumbe a soberania popular e macula-se a democracia -, fez atrair para o campo das inelegibilidades os festejados princípios constitucionais regentes da coisa pública, quais sejam a probidade e a moralidade, explicitando, ainda, a norma constitucional, que a *vita anteacta* do homem que se pretende público, que almeja representar o povo, deve ser sopesada. (Grifos no original).

Em consonância com o disposto Rosa Weber (2012, fl. 152) adverte:

O escopo da inelegibilidade não é punir. A norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro – outro o foco – é sim a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, a assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito.

Portanto, as inelegibilidades se traduzem em condições negativas para pleitear o exercício de mandato público, em observância aos preceitos constitucionais de moralidade e probidade administrativa, admitindo-se, para tal, a análise da vida pregressa, com fulcro no respeito à democracia e em respeito ao exercício da soberania. Por isso, em matéria de direitos políticos, a prevalência é do coletivo em detrimento do individual.

A respeito da suposta ofensa à presunção da inocência, Rosa Weber (2012, fl. 164) sintetiza que

a sua imposição não tem qualquer relação com a questão probatória. Tem, porém, relação com a imposição de restrições ao direito do acusado ou, mais propriamente, do processado, já que as inelegibilidades podem também decorrer de julgamentos cíveis ou administrativos, antes do final do processo, ou seja, antes do trânsito em julgado.

A imposição de tais restrições não é, em si, incompatível com o princípio da presunção de inocência, já que, como visto, elas são admissíveis mesmo no processo penal.

Em análise a não necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para considerar o candidato inelegível, a ministra não enxerga inconstitucionalidade. A uma porque não fere o princípio da inocência, o qual como afirmou anteriormente comporta restrições, tanto no campo penal como nos demais campos do direito. A duas porque a própria lei impôs remédio,

em casos de possíveis erros do colegiado, via cautelar. A três porque a característica do campo eleitoral é prestigiar a coletividade em detrimento da individualidade. (ROSA WEBER, 2012, fl. 165).

A ministra explora, também, a razoabilidade da LC n. 135/2010 a qual fez consignar como causas de inelegibilidade, atos dolosos de maior potencial ofensivo, e expôs:

Nesse sentido, basta retomar a leitura dos preceitos da Lei Complementar n. 135/2010 objeto desta ação declaratória de constitucionalidade, que elencam crimes, dentre os quais destaco os praticados contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público, o sistema financeiro, o meio ambiente e a saúde pública, além dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, de tráfico de entorpecentes, de racismo, de tortura, de terrorismo, hediondos, de redução à condição análoga à de escravo, contra a vida e, ainda, os crimes praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando. (ROSA WEBER, 2012, fl. 166).

A respeito da dilação dos prazos de inelegibilidade efetuada pela Lei da Ficha Limpa, Rosa Weber (2012, 168) considera-os constitucionais, porque, em verdade, a lei está cumprindo o estatuído no §9º, do art. 14 da Constituição. Prescreve ele que a lei complementar instituirá novas cláusulas de inelegibilidade, bem como disporá sobre seus prazos. Tanto as novas causas quanto os prazos serão fixados com o intuito de preservar a gestão do bem público, em harmonia com os ideais democráticos, e para moralizar o exercício do cargo público.

Ao tratar da inelegibilidade a contar do julgamento por órgão colegiado e a extensão por mais oito anos após o cumprimento da pena, a ministra não enxerga inconstitucionalidade. Acredita que é uma opção do legislativo estabelecer o prazo de inelegibilidade e por isso é contrária à tese de excluir do prazo o tempo de trâmite do julgamento pelo colegiado até o trânsito em julgado. Como se sabe, o manuseio de recursos pode levar o trânsito em julgado a um tempo muito grande e, conseqüentemente, reduzir em muito o prazo de inelegibilidade previsto pela lei. (ROSA WEBER, 2012, fl. 169).

Rosa Weber (2012, fl. 169) adere à corrente que não vislumbra inconstitucionalidade em tornar inelegível o profissional excluído de sua categoria profissional por infração ética. Em verdade, acredita a ministra que se a intenção é promover a moralidade e a probidade do exercício do cargo público, aquele que excluído por motivos éticos de seu quadro profissional não pode ter o senso moral necessário para gerir a coisa pública.

Ao discorrer sobre a renúncia parlamentar, a ministra Rosa Weber pugna pela constitucionalidade tendo em vista tal condição estar sendo utilizada para escapar de um processo que pode causar a perda dos direitos políticos por quebra de decoro. Neste ponto, a

ministra faz uma ressalva a respeito do início da inelegibilidade nessa situação, que pode não ter sido a melhor, contudo foi a opção do legislador e não há nenhuma inconstitucionalidade nisso. (ROSA WEBER, 2012, fl. 170).

Sobre a renúncia, Rosa Weber (2012, fl. 171) sintetiza:

É que o homem público, representante eleito pelo povo, que prefere renunciar a se defender, a lutar pela manutenção do mandato que lhe foi conferido, furtando-se a prestar os mínimos e necessários esclarecimentos à sociedade, aos seus eleitores, para não se ver processar por infração 'a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município', revela intransponível discordância entre a razão de ser do mandato eletivo, que se volta ao coletivo, à representação dos anseios da sociedade, à consolidação do regime democrático, e os reais propósitos do mandatário.

Após discorrer sobre cada uma das novas hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela LC n. 135/2010 e considerá-las constitucionais em todos os seus aspectos, a ministra avalia a possibilidade de a nova lei apanhar fatos anteriores a sua publicação. Argumenta, de plano, a lei complementar não ferir direito adquirido ao incidir sobre fatos e atos pretéritos uma vez que não existe direito adquirido à elegibilidade. Em outras palavras, todas as vezes que um candidato postular concorrer a um pleito eleitoral deverá aferir sua condição de elegibilidade. (ROSA WEBER, 2012, fls. 171–172).

A respeito do assunto, Rosa Weber (2012, fl. 172) assevera:

Não há, a meu juízo, vedação absoluta à edição de leis com efeitos retroativos em nossa Constituição, devendo-se examinar apenas se há ou não violação dos arts. 5.º, XXXVI e XL, e 16 da Carta Magna.
A inelegibilidade não é sanção que está sendo aplicada retroativamente a fatos pretéritos. Vale para eleições futuras. A elegibilidade é condição que deve ser verificada por ocasião do pleito eleitoral.
Penso que não há, nesse contexto, direito adquirido à elegibilidade e que as hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010 não estão sendo aplicadas retroativamente às eleições pretéritas.

Em relação ao princípio da irretroatividade, a ministra esclarece ter a finalidade de impedir a edição de leis casuístas e arbitrárias, todavia não entende ser o caso da LC n. 135/2010. A referida lei introduz ao sistema de inelegibilidades novas condições para impedir candidatos inadequados de assumirem o poder público em nome do povo, o qual preza pela moralidade no exercício do mandato. (ROSA WEBER, 2012, fl. 172).

A ministra pugna pela total constitucionalidade das cláusulas de inelegibilidades inseridas pela LC n. 135/2010 na LC n. 64/1990 e, postula pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578.

4.3 As Manifestações Judiciais Desfavoráveis à Lei

Apresenta-se a seguir o voto dos ministros Cezar Peluso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, os quais não aderiram à corrente vencedora, que optou por prover na íntegra a constitucionalidade das novas cláusulas de inelegibilidade incluídas pela LC n. 135/2010 na LC n. 64/1990.

4.3.1 Ministro Gilmar Mendes

Analisando a suposta violação do princípio da irretroatividade das leis, Gilmar Medes (2012, fls.261-262) constrói seu argumento com base nos precedentes do STF. Sustenta o ministro, à luz do voto do ministro Moreira Alves proferido no julgamento da ADI n. 493, de 1992. Nele o ministro Moreira Alves afirma, segundo Gilmar Mendes, que as leis regem fatos futuros, não obstante algumas não seguirem tal regra e alcançarem fatos passados. Quando isso acontece, têm-se três graus de retroatividade: máxima, média e mínima.

Em grau máximo, a lei alcança a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, alterando seus efeitos. Em nível médio, a retroatividade tem incidência nos direitos exigíveis, ou seja, naqueles conquistados antes da vigência da novel lei, mas não recebidos. Em situação mínima, a retroação encontra os direitos vincendos. (GILMAR MENDES, 2012, fls. 262-65).

Gilmar Mendes (2012, fl. 265) exemplifica:

Quando a LC n. 135/2010 estabelece como causa de inelegibilidade a condenação, por órgão judicial colegiado, em ação de improbidade administrativa (alínea “l” do inciso I do art. 1º), por exemplo, ela inevitavelmente assume um caráter retroativo. Essa retroatividade, poder-se-ia dizer, insere-se, pelo menos, na categoria dogmática da retroatividade mínima, podendo assumir até mesmo contornos de retroatividade máxima. (Grifos no original).

Ainda no plano dos exemplos, o ministro considera que a alínea “k” não pode apanhar os parlamentares renunciantes anteriormente à vigência da LC n. 135/2010 porque, se assim acontecer, estará atingindo pessoas específicas e retirando-lhes a condição de elegibilidade. Esta situação foi caracterizado pelo ministro como pertinente aos regimes totalitários e, por conseguinte, repreensível pelo sistema constitucional brasileiro. (GILMAR MENDES, 2012, fl. 266).

Neste ponto, o ministro mantém a postura que adotou no julgamento dos recursos analisados no capítulo 3 desta dissertação. Ele transcreveu partes de seus votos proferidos naqueles recurso e ao afinal reafirmou sua posição de considerar inconstitucional o apanhar de fatos pretéritos para lhes conferir efeitos futuros e o faz com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, os quais consideraram situação semelhante violação ao princípio da irretroatividade. (GILMAR MENDES, 2012, fl. 270).

Ao tratar sobre a presunção da não culpabilidade, o ministro Gilmar Mendes (2012, fls. 270–274) faz uma análise histórica do princípio para considerá-lo condição ímpar do regime democrático e garantia individual fundamental. Acrescenta que a Constituição brasileira repudia a não observância do princípio, pois tem, acima de tudo, a concepção democrática e não totalitária. Ele afirma que,

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! (GILMAR MENDES, 2012, fl. 274. Grifos no original).

Entende o ministro que só após o trânsito em julgado, conforme preceitua o texto constitucional brasileiro, pode-se considerar o indivíduo culpado. A partir daí, e somente a partir daí, pode-se impor as consequências penais ou restritivas cabíveis. O ministro considera a presunção de não culpabilidade uma garantia fundamental dos direitos individuais e, por isso, não se pode negar eficácia, quer seja no plano penal, civil, político, dentre outros jurídicos. (GILMAR MENDES, 2012, fls. 274–275).

Gilmar Mendes (2012, fl. 288), ao rebater o argumento do manuseio dos recursos a fim de protelar o trânsito em julgado, adverte

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

Penso, inclusive, que a necessidade de uma prestação jurisdicional célere constitui questão indissociável da presente discussão. Afinal, não se pode ignorar que foi o grande sentimento de impunidade – decorrente da morosidade em se alcançar o trânsito em julgado – que deflagrou o embate acerca da possibilidade de decisões colegiadas condenatórias, ainda recorríveis, serem suficientes para a suspensão dos direitos políticos. (Grifos no original).

O argumento de serem os órgãos colegiados os responsáveis pela revisão do fato e do conjunto probatório, sendo vedado o reexame de fatos e provas pelas instâncias superiores, e,

por isso suficiente para dispensa do trânsito em julgado, tendo em vista a possível certeza na prolação da sentença condenatória e no hipotético impedimento de revisão pelo STJ e pelo STF. O ministro entende ser o argumento frágil, tendo em vista o precedente do julgado da ADPF n. 144 na qual o ministro Ricardo Lewandowski apresenta dados revelando a reforma de mais ou menos um terço dos processos criminais que alcançaram o STF de 2006 a 2008. Alegou o ministro também que um quarto dos processos envolvendo fichas sujas foram transformados em fichas limpas pelo STF. (GILMAR MENDES, 2012, fl. 290).

Para Gilmar Mendes (2012, fl. 291), o trânsito em julgado não pode ser subjugado na esfera jurídica em hipótese alguma. Ele é a garantia individual que o cidadão tem no exercício da democracia. E para solucionar os problemas com impunidade e dar respostas à sociedade, o judiciário precisa cumprir seu ofício em prazos menores. Reduzindo-se os prazos, não restarão discussões em torno do trânsito em julgado e tampouco sobre a inconstitucionalidade da lei de inelegibilidade.

Em análise à inelegibilidade por rejeição de contas, Gilmar Mendes (2012, 291–298) lhe confere interpretação conforme, pois, na parte final da alínea “g”, a referência de conformidade é o art. 71, inciso II da Constituição. Todavia, os chefes do poder executivo (presidente, governadores e prefeitos) têm suas contas julgadas pelo legislativo e não pelo Tribunal de Contas. Por isso, o ministro considera a condição constitucional, desde que se interprete, em relação aos chefes do executivo, os que tiverem contas reprovadas em conformidade com o inciso I do art. 71 da CF.

A respeito da inelegibilidade do profissional excluído de seu respectivo conselho de classe por motivos éticos ou profissionais, o ministro considera inconstitucional, pois:

a lei complementar está a remeter às decisões disciplinares dos conselhos profissionais uma eficácia restritiva de direitos políticos que a Constituição da República jamais cogitou que pudessem ter. Admitir essa possibilidade seria permitir a nulificação da cidadania (restrição de direito político essencial) por meio de decisão emanada de órgãos corporativos (Hely Lopes Meirelles os denominava Autarquias Corporativas), cujas direções e câmaras julgadoras são de caráter temporário e de ocupação política, no sentido mais comezinho do termo. (GILMAR MENDES, 2012, 299–300).

O ministro dá interpretação conforme a condição de inelegibilidade derivada da demissão do serviço público. A interpretação conforme ocorre porque, em sua visão, existem causas de demissão do funcionalismo público que não guardam proximidade com a probidade administra. Tendo em vista a LC n. 135/2010 ter a finalidade de proteger a moralidade e a probidade no exercício do cargo público, não faz sentido o funcionário público demitido por inassiduidade, por exemplo, tornar-se inelegível. (GILMAR MENDES, 2012, 302–303).

Em relação à inelegibilidade prevista pela simulação ou pelo desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, com a finalidade de burlar a caracterização de inelegibilidade, Gilmar Mendes (2012, fl. 304) considera o fato inconstitucional, tendo em vista o art. 14, § 7º prescrever tal situação e acrescenta:

por outro lado, se assim reconheço, não posso admitir que esse mesmo ato possa dar causa à aplicação da pena de inelegibilidade prevista no dispositivo em exame, em razão de não constituir ilícito autônomo, não estar relacionado à improbidade administrativa, mas constituir-se apenas ato que pode ser declarado nulo pelo Judiciário, restaurando os interessados ao *status quo ante*, em que se lhes aplica o art. 14, § 7º, da CF. (Gilmar Mendes 2012, fls. 304-305. Grifos no original).

Na discussão da aplicação da inelegibilidade desde a decisão do órgão colegiado ou trânsito em julgado e mais oito anos após o cumprimento da pena, Gilmar Mendes (2012, fls. 305-306) acredita ferir o princípio da proporcionalidade. Segundo o ministro, o prazo máximo de suspensão dos direitos políticos estabelecido por lei é de dez anos. Não obstante, segundo a interpretação literal da LC n. 135/2010, os prazos de inelegibilidade podem ultrapassar o dobro daquele.

Gilmar Mendes (2012, fl. 306) explica que a interpretação literal da LC n. 135/2010,

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

Em um caso hipotético de condenação em órgão colegiado a oito anos de suspensão dos direitos, a situação do cidadão, frente à interpretação estabelecida na Lei de Ficha Limpa, seria: após a decisão colegiada, mais quatro anos de tramitação de recursos e trânsito em julgado, mais oito de cumprimento da pena e mais oito anos de inelegibilidade. Nesta hipótese, ter-se-ia vinte anos sem que o cidadão pudesse exercer o direito político de ser votado. E consigna o ministro que o prazo de quatro anos entre a decisão e o trânsito em julgado é extremamente otimista. (GILMAR MENDES, 2012, fl. 306–307).

Em resumo, o ministro vota pela inconstitucionalidade da alínea “m”, por acreditar não ser competência de órgão de classe suprimir direitos políticos individuais. Julga inconstitucional o alcance de fatos e atos ocorridos, antes da LC n. n. 135/2010, para fins de enquadramento nos regimes eleitorais futuros. Gilmar Mendes julga inconstitucional também a alínea “n”, pois atos nulos ou anuláveis não relacionados à probidade administrativa não podem servir de causas de inelegibilidade.

Ele pugna pela inconstitucionalidade da expressão “ou proferida por órgão judicial colegiado”, contida nas alíneas “e” e “l”; declara a constitucionalidade da alínea “o”, desde que seja interpretada para considerar casos de demissão somente por atos de improbidade administrativa. Também confere constitucionalidade da letra “g”, desde que interpretada para observar a prescrição do art. 71, inciso I da Constituição em relação aos chefes do Poder Executivo e considera inconstitucional a contagem de inelegibilidade a partir do cumprimento da pena sem deduzir o lapso entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado.

4.3.2 Ministro Cezar Peluso – Presidente

Cezar Peluso (2012, fls. 362-363) adere à corrente que julga inconstitucional a retroação da lei para apanhar fatos pretéritos e conferir-lhes efeitos futuros. O ministro fundamenta seu raciocínio a partir do entendimento de que as leis disciplinam a vida do cidadão a partir de sua vigência. Portanto, assume a posição de não permitir a retroatividade sob pena de se estar desconstituindo os atos de vontades praticados na vigência de lei anterior.

Na construção de seu argumento o ministro adverte que, ao permitir a retroação para alcançar fatos pretéritos, estar-se-ia determinando a condição de incapacidade do agente. Isso porque a nova lei impõe restrições ao patrimônio jurídico do indivíduo, não respeitando sua vontade no momento de conclusão do ato ou fato. Destaca que no momento do ato ou do fato, a restrição jurídica não existia e, portanto, a decisão do agente não poderia prever outros gravames senão os determinados pelas leis vigentes. (CEZAR PELUSO, 2012, fls. 362–363).

Acrescenta Cezar Peluso (2012, fl. 363) que,

com a abstração da vontade, porque - como disse o Ministro Marco Aurélio noutras palavras - o cidadão já não pode fazer nada, porque o ato foi praticado, e, portanto, o livre arbítrio dele não é levado em conta, ele já não tem alternativa de fazer ou de deixar fazer, ou seja, de praticar aquele ato que constitui hoje, por força da lei nova, causa de inelegibilidade, e assim é tratado como incapaz.

Persistindo a situação, Cezar Peluso (2012, fl. 363) adverte que

a lei deixa, entre outras coisas, de ter caráter prospectivo e, sobretudo, deixa de ter caráter geral. Passa a ter caráter particular e pessoal. Ela, portanto, se transforma, de lei, em ato estatal de efeito pessoal, de privação de bem jurídico a pessoas determinadas. Basta saber quais as pessoas que já praticaram esses atos, e aí temos definido o universo das pessoas atingidas. Portanto, não é lei de caráter geral, dirigida a quem, no futuro, venha a praticar ato que seja subsumível na hipótese legal.

Portanto, o ministro consigna a retroação da lei de maneira gravosa. Ela exclui do patrimônio jurídico do cidadão um bem jurídico que outrora lhe era permitido e fora praticado de acordo com sua vontade à luz da permissão jurídica vigente. A nova lei abstrai sua vontade e lhe imputa situação de inelegibilidade da qual não se pode remediar, porque o ato ou o fato foi consumado no passado. Arremata Cezar Peluso (2012, fl. 364) que “não interessa o que você pensou, não interessa se você pode ou não pode evitar a eficácia lesiva da lei. Você está inexoravelmente sem esse direito, está sem essa prerrogativa, sem esse predicado de cidadania.”

Em decorrência da retroação da lei, o ministro assevera, também, a ofensa à segurança jurídica, pois o indivíduo passa a ser refém das novas leis a fim de saber se seus atos serão convalidados no futuro. Desta maneira, a insegurança jurídica torna-se latente, pois a vontade no momento do ato ou do fato, de acordo com a normativa existente à época, deixa de ter sustentabilidade em face de nova condição legislativa. (CEZAR PELUSO, 2012, fl. 364).

Ao discorrer sobre a ofensa ao princípio da não culpabilidade, o ministro enfatiza sua posição de aproximar o instituto à concepção romano-germânica, a qual amplia o sentido de não culpabilidade, em contraposição à condição anglo-saxônica. A raiz do princípio da não culpabilidade, na Constituição brasileira, de acordo com o ministro, assegura ao réu a condição de inocente até o trânsito em julgado, não permitindo a mitigação, mesmo em prol de outros princípios constitucionais. (CEZAR PELUSO, 2012, fls. 364–365).

Segundo o ministro, a situação de ser réu impede que o ordenamento brasileiro lhe imponha condição gravosa, até que se tenha o trânsito em julgado da sentença condenatória. A imposição de restrições jurídicas sem a certeza de culpa reflete em indignidade humana. Acrescenta Cezar Peluso (2012, fl. 365):

Não importa que as medidas gravosas ou lesivas sejam de ordem criminal ou de ordem não criminal, o que se quer preservar, com o princípio, é a condição do réu de, enquanto não for julgado, não ser tratado como o era antes da Revolução Francesa, isto é, como coisa, sob a absoluta dependência do arbítrio do soberano, para satisfazer interesses de caráter pessoal ou conveniências da Coroa.

Em relação à causa de inelegibilidade a partir da exclusão de quadro profissional por motivo ético-profissional, proferido por órgão de classe, o ministro afirma sua inconstitucionalidade. Neste sentido, o ministro enxerga com ressalvas a possibilidade de um órgão não estatal (conselhos de classes profissionais) excluir um direito político do cidadão. Em sua visão, a Constituição brasileira prescreve este poder ao Estado e não ao ente privado. (CEZAR PELUSO, 2012, fl. 366).

O ministro vota a fim de negar a incidência da LC n. 135/2010 aos fatos acontecidos antes de sua publicação. Em relação ao trânsito em julgado, considera inconstitucionais as expressões que possibilitam a incidência da inelegibilidade antes da sentença definitiva e dá interpretação conforme à Constituição à alínea “o”, da LC n. 64/1990, introduzida pela nova lei de 2010 e julga inconstitucionais as alíneas “m” e “n” da nova lei.

4.3.3 Ministro Dias Toffoli

O ministro inicia seu voto discorrendo sobre a mobilização da sociedade na criação do projeto de lei que desaguou na LC n. 135/2010. Tal iniciativa convergiu para o exercício direto da soberania popular. Não obstante, o ministro lembrou a condição constitucional do Supremo Tribunal Federal de proteção dos interesses das minorias. A maioria exercida pelo Congresso deve preservar o direito das minorias de alcançarem o status de maioria ou, pelo menos, não serem subjugadas em si mesmas. Assim, o STF deve combater abusos do poder público, mesmo aqueles advindo do poder legiferante, o qual, em tese, representa a maioria. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 76–80).

O ministro parte do argumento de ser a elegibilidade um direito fundamental do cidadão-candidato e esse direito individual não pode ser anulado em detrimento do direito da maioria (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 80–81). Fundamenta seu pensamento a partir do princípio da presunção de inocência, o qual, em sua perspectiva, foi desrespeitado pela desconsideração da necessidade do trânsito em julgado para aí sim considerar o indivíduo inelegível. (DIAS TOFFOLI, 2012, fl. 81).

O ministro se apega aos precedentes do STF para expor sua preocupação sobre a configuração da inelegibilidade antes do trânsito em julgado. Rememorou que a discussão acontece desde a interpretação da LC n. 5/1970 que previa a inelegibilidade a partir das denúncias do Ministério Público que estariam no decurso de processo judicial. A preocupação é a de se negar o registro de candidatura e impedir o cidadão de concorrer ao pleito e, ao final do julgamento, ter-se firmada a declaração de inocência. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 81–82).

Dias Toffoli (2012, fls. 82–88) estende a incidência do princípio da presunção de inocência a todos os campos do direito e não somente ao penal. Segundo ele, é evidente a proximidade do princípio ao campo do crime, todavia, como visto no julgamento da ADPF n. 144, a possibilidade de se observar a condição no campo eleitoral é plausível e aplicável

porque o princípio tem características de evitar imposições jurídicas restritivas ao indivíduo antes de se atestar a sua culpa.

O ministro analisou as alíneas “d”, “e”, “h”, “j”, “l” e “p” introduzidas à Lei Complementar n. 64/1990, por meio da LC n. 135/2010, de uma única vez, sob a perspectiva de ofensa ao princípio da não culpabilidade pois em tais alíneas existe a prescrição de se atestar a inelegibilidade a partir da sentença proferida por um órgão colegiado e, conseqüentemente, a dispensa do trânsito em julgado ou, em suma, a certeza da condenação. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 89–91).

O ministro adverte que nos tempos atuais a falibilidade jurisdicional provisória (antes do trânsito em julgado) é latente, tendo em vista as necessidades de cumprimento de metas. Assim, não se pode conceber a decretação da inelegibilidade e, conseqüentemente, a impossibilidade de exercício dos direitos políticos antes do trânsito em julgado. O trânsito em julgado é condição de preservação da segurança jurídica, que também é resguardada pela Constituição. (DIAS TOFFOLI, 2012, fl. 94).

Em hipótese de não se concretizar a pena, Dias Toffoli (2012, fl. 97) adverte: “passada a eleição, não há como o candidato, antes impedido, dela participar nem como ser indenizado pelo dano de outra forma. É situação similar à do condenado à sanção capital que, uma vez executada a pena, não se pode devolver-lhe a vida”, ou seja, além de se impor uma restrição jurídica ao direito político individual, o que por si só fere a esfera da dignidade humana, não há como ser remediado.

Dias Toffoli (2012, fls. 98–99) discorre sobre a prescrição da lei em suspender os efeitos da inelegibilidade, quando após sentença proferida por órgão colegiado, o cidadão recorrer às instâncias superiores. Tal garantia, segundo ele, atesta a condição de desprezo ao princípio da presunção da inocência, pois a regra considera inocente até o trânsito em julgado e não o contrário. Ademais, se a própria lei prevê o afastamento da inelegibilidade, por meio da cautela, é porque o legislador reconhece a hipótese de falhas nos julgamentos em colegiado. E, por fim, o critério de deferimento ou não de medida cautelar é totalmente subjetivo, deixando o candidato à mercê da interpretação de um juiz singular.

Em se tratando das inelegibilidades previstas nas alíneas “d”, “e”, “h”, “j”, “l” e “p”, o ministro considera inconstitucionais as expressões “ou proferida por órgão colegiado” e “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral”. Neste ponto, a inconstitucionalidade não é total, mas parcial, por vigorarem as condições de inelegibilidade que, no entanto, deverão ser caracterizadas a partir do trânsito em julgado, ou seja, deve-se obter a certeza antes de

restringir direitos políticos, sob pena de se incorrer em ofensa ao princípio da presunção da inocência. (DIAS TOFFOLI, 2012, fl. 99).

Em relação às alíneas “m”, “o”, e “q”, o ministro assevera a constitucionalidade, mas com interpretação conforme a Constituição, no tocante à declaração de inelegibilidade após o trânsito em julgado. Em relação à previsão da alínea “m” de se considerar o cidadão inelegível quando excluído por julgamento de órgão de classe, o ministro considera uma iniciativa inovadora da lei. Neste sentido, a inovação se dá no âmbito das prerrogativas do legislativo e não causa espécie ao ministro. Acrescenta que a própria Constituição enseja a natureza de autarquia pública aos órgãos de classe e, portanto, revestidos das prerrogativas da administração pública indireta. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 99–102).

Ao analisar as alíneas “k” e “q”, o ministro atesta pela constitucionalidade de ambas, pois decorrem de atos de vontade dos agentes, para se furtar ao desfecho de um processo administrativo que possa lhe imputar a exoneração do cargo pelos seus pares, o cidadão assume a hipótese de inelegibilidade. Em sua visão, não se pode considerar esta situação como infringente ao princípio da presunção da inocência, pois o agente, exercendo sua vontade, opta por encerrar o processo administrativo que pode resultar na sua inelegibilidade. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 102–103).

Ao percorrer a alínea “g”, o ministro considera a parte inicial constitucional e na parte final deve-se efetuar interpretação, conforme a Constituição, uma vez que a respectiva alínea não contemplou a exigência constitucional do art. 71 em relação aos chefes do poder executivo, os quais terão suas contas julgadas pelos legislativos e não pelos tribunais de contas, que, nesta hipótese, figuram como auxiliares daqueles. (DIAS TOFFOLI, 2012, fls. 103–106).

Em relação à alínea “n”, o ministro Dias Toffoli (2012, fls. 113-114) a considera inconstitucional, pois

se trata de capitulação legal impossível, pois, conquanto se admita na jurisprudência eleitoral que a hipótese de dissolução do casamento possa ser desconsiderada (não anulada), desde que verificada na ação eleitoral própria, não afaste a causa de inelegibilidade contida no art. 14, § 7º, da Constituição, não há como se admitir que se anule a cessação de vínculo conjugal, ainda que com tal intuito, sob o pálio de ser ela fraudulenta, e, muito menos, que essa “condenação(?)” possa ser elencada como causa autônoma de inelegibilidade.

Dias Toffoli (2012, fl. 110) afirma também:

A meu ver, em verdade, buscou o dispositivo dar concretude ou reforço de aplicabilidade à causa de inelegibilidade estampada no art. 14, § 7º, da Constituição Federal [...] Trata-se de regra constitucional de combate à perpetuação no poder de

oligarquias políticas familiares, em contrariedade à democracia e aos valores republicanos.

Em relação ao aumento do prazo de inelegibilidade promovido pela LC n. 135/2010, o ministro considera constitucional, inclusive abarcando o inelegível que já estiver cumprindo o prazo anterior. Trata-se de uma opção legislativa que prescreve o aumento do prazo, a fim de tornar mais rígida a lei de inelegibilidade e, portanto, não afronta a Constituição. (DIAS TOFFOLI, 2012, fl. 115).

Ao analisar a possível ofensa da LC n. 135/2010 ao princípio da irretroatividade das leis, o ministro atesta não se tratar de retroatividade da lei ou de suas novas cláusulas, mas sim de validar processos de registro de candidaturas vindouros. Neste sentido, explicita o ministro que é assente na jurisprudência do STF não haver direito garantido à elegibilidade, pois esta se afere em momento oportuno e a cada momento se tem uma legislação pertinente que se deve observar e acrescenta:

No meu sentir, aplicar o princípio da irretroatividade às hipóteses de inelegibilidade instauraria uma situação de **insegurança jurídica nas eleições vindouras**, pois teríamos um **duplo regime jurídico de inelegibilidades**, incompatível com a necessária estabilidade das regras que regem o processo eleitoral.

Não aplicar a Lei Complementar n. 135/10 a todos os pedidos de registro de candidatura futuros teria o efeito de fazer permanecer a legislação anterior, e suas hipóteses e prazos de inelegibilidade, em situação de *ultra-atividade*, pois, ainda que revogados, permaneceriam aplicáveis aos atos, fatos e processos que foram realizados, praticados ou finalizados anteriormente à vigência da lei. (DIAS TOFFOLI, 2012, FL. 116. Grifos no original).

Na visão do ministro, alcançar os fatos e atos passados para atribuir a condição de inelegível confere maior segurança jurídica do que não apanhá-los e ter, quem sabe, dois, três ou mais regimes de inelegibilidade ao tempo das eleições. Por isso, o ministro entende ser possível apanhar os fatos e atos pretéritos e, no momento de registro das candidaturas nos pleitos seguintes, enquadrá-los nas cláusulas da LC n. 135/2010. O filtro para se impedir os casuísmos políticos seria o art. 16 da Constituição. (DIAS TOFFOLI, 2012 fls. 115–118).

Em síntese, o ministro julga parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade para lhe dar interpretação conforme a Constituição, a fim de se considerar o trânsito em julgado para início da inelegibilidade; considera constitucional apanhar fatos anteriores à publicação da LC n. 135/2010 para servirem de causas de inelegibilidades futuras. Declarou, ainda, a constitucionalidade do art. 1º, alíneas “c”, “f”, “k”, e seus parágrafos 4º e 5º e deu interpretação conforme as alíneas “g”, “m” e “q”, a primeira para se observar a prescrição do art.71, inciso I da Constituição, para os chefes do Poder

Executivo. À segunda e à terceira para se interpretar que a inelegibilidade deverá acontecer a partir do trânsito em julgado.

Considera a alínea “n” inconstitucional por se tratar de ato nulo ou anulável e, portanto, não poder ser aproveitada como causa de inelegibilidade. Julga inconstitucional a expressão “ou proferida por órgão colegiado” contida nas alíneas “d”, “e”, “h” e “l” do art. 1º. Pugna pela inconstitucionalidade da expressão “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral” contida nas alíneas “j” e “p” do art. 1º. Declara inconstitucional a expressão “independentemente da apresentação de recurso” contida no parágrafo único do art. 15.

Também considera inconstitucionais os artigos 26-A e 26-C, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da LC n. 64/90 e, também, do art. 3º da LC n. 135/2010. Todos esses referentes às causas de inelegibilidade, durante a fase recursal, ou seja, entre a sentença por órgão colegiado e o trânsito em julgado.

4.4 Considerações a partir dos votos

As fundamentações da corrente vencedora, sob a perspectiva da teoria positivista de Kelsen, Ross e Hart, foram convincentes porque, na aplicação do direito, pautaram-se pelas normas vigentes ao decidirem pela constitucionalidade da LC n. 135/2010. Em outras palavras, os ministros firmaram o entendimento de que a lei nova está em conformidade com a Constituição Federal em todos os seus aspectos.

No tocante ao alcance da lei sobre fatos e atos pretéritos, assim como a respeito da não observância do trânsito em julgado e da punição ético-profissional por órgão representativo de classe profissional, assuntos debatidos extensivamente durante os julgamentos, os ministros decidiram pela constitucionalidade com base no art. 14, § 9º da Constituição Federal. Ou seja, evidenciaram as questões anunciadas no início deste parágrafo como cumpridoras da exigência constitucional de preservar a moralidade e a probidade no exercício do cargo público avaliando-se a vida pregressa do candidato.

Percebe-se que a norma inferior, a LC n. 135/2010, enseja condições objetivas para aferição das causas impeditivas de candidatos assumirem mandatos públicos, o que deságua em satisfazer a norma superior, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, em preservar a moralidade e a probidade administrativa. Dito de outra maneira, não se quebrou a hierarquia normativa, antes, positivou-se circunstâncias objetivas para a consecução das finalidades exigidas pela lei superior.

No tocante à finalidade da lei, parece-me, salvo melhor juízo, que a decisão pela constitucionalidade acompanhou a vontade da maioria da sociedade. Assim, também, pode-se dizer que foi convincente, nas perspectivas realistas do positivismo de Ross e Hart. Deste modo, se a novel lei se conforma com a norma superior e responde aos anseios sociais, pacificando-a, senão por completo, mas pelo menos em sua maioria, pode-se afirmar que nesta perspectiva a decisão foi correta.

Para o positivismo jurídico dogmático de Kelsen, se a norma foi criada de acordo com os parâmetros últimos, é norma posta e figura, a partir dessas condições, no ordenamento jurídico vigente, deve ser seguida sob pena de o descumprimento levar a uma sanção estatal. Para ele, não importa o valor do conteúdo normativo, mas sim a positividade do texto. Na visão de Ross e Hart, o regramento jurídico é necessário para a aferição objetiva dos casos concretos, todavia tal objetivação normativa deve atingir os fins para os quais foi criada.

À luz do moralismo jurídico, não se retira outra conclusão senão a de que a decisão a respeito da constitucionalidade das cláusulas de inelegibilidade foram convincentes e acertadas. Nesta avaliação tem-se a justiça, a equidade e a integralidade como elementos norteadores de aferição da decisão, em que pese a amplitude do alcance conceitual e da ótica em que se estabelece o objeto de análise.

Justiça, equidade e integralidade são conceitos abertos. No mundo jurídico, a percepção a respeito é subjetiva e provém de vários aspectos extra normativos. Muitas vezes, tem-se uma percepção unânime a respeito do que é justo, equânime ou íntegro; todavia, e com maior propensão, nos casos jurídicos tidos como difíceis, a unanimidade desaparece. Assim, faz-se necessária a conquista do auditório, a fim de legitimar e afirmar decisões e conceitos.

No caso das inelegibilidades, imagine-se, hipoteticamente, dois grupos antagônicos interessados no julgamento. O primeiro encampado por políticos e pretensos políticos interessados em fazer valer o direito de ser votado. O segundo composto por aqueles que não pretendem concorrer às eleições, mas têm interesse em reduzir a corrupção. Em tese, os dois grupos podem sofrer rachas ao conceberem políticos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade da lei. Também a sociedade pode ser dividida em, no mínimo, dois grupos.

Nesta situação, tem-se a seguinte pergunta: a justiça, a equidade ou a integralidade devem ser mensuradas tomando-se por base quais perspectivas: da que aceita a constitucionalidade ou daquela que a rejeita? Parece haver apenas uma resposta à luz do regime democrático de direito, que é a vontade da maioria em detrimento da minoria. Assim, nos casos em análise, as decisões foram aceitáveis porque a maioria da sociedade,

representada pelos poderes Executivo e Legislativo, votou pela constitucionalidade da norma, que foi referenda pela maioria dos ministros do Judiciário.

Não obstante o tribunal constitucional ter a finalidade de preservar a Constituição, a afirmação de representar uma opinião contra majoritária, em nossa opinião, não deve ser levada a “ferro e fogo”. Nesse caso, a Lei da Ficha Limpa, de iniciativa popular, alcançou unanimidade no Congresso e foi sancionada na íntegra pelo poder Executivo. Em que pese o conteúdo eminentemente político da lei, o fato é que, neste caso, houve unanimidade dos representantes do povo e não maioria. Por conseguinte, a atuação do STF deve levar em consideração as demais interpretações constitucionais, efetuadas antes da promulgação da lei.

Porém, ainda assim, insiste-se na questão: a vontade da maioria é critério de justiça? Parece inequívoco que a resposta é negativa. Por isso a teoria da argumentação ganha força ao relativizar o pensamento jurídico dedutivo e ponderar o conceito aberto de justiça à medida de determinados limites metodológicos, capazes de oferecer, senão uma decisão justa em sua amplitude, pelo menos coerente com as práticas vigentes do direito.

Por isso, nos casos em análise, a mitigação do princípio constitucional da retroatividade e da relativização do princípio constitucional da não culpabilidade convenceram, se não a todos, pelo menos à maioria da sociedade, representada pelo Congresso Nacional e os poderes Judiciário e Executivo. Acreditamos que a ponderação entre princípios constitucionais sempre existiu e continuará a apresentar desafios aos tribunais superiores constitucionais. A resolução para o impasse será, na maioria das vezes, subjetiva porque dependerá da leitura que o julgador faz da Constituição.

Há também de se considerar, sobre a perspectiva da proteção da minoria em detrimento da maioria, os limites da aplicação da primeira em relação à segunda. Faz parte da democracia, como já mencionado, a observação da maioria em relação à minoria. O que se deve respaldar são as tentativas de erradicação da minoria e a impossibilidade de ela galgar espaços e voz no discurso democrático. Não obstante, a decisão exercida diretamente pela sociedade ou por órgãos colegiados utilizará o expediente do voto e, desta maneira, deve-se observar a decisão da maior parte.

No estudo particular destas ações, os fundamentos de uma e outra corrente são plausíveis e consubstanciados em interpretações da lei, de precedentes e de teorias jurídicas relevantes no campo. No tocante ao acerto ou desacerto, penso que o tempo se encarregará de dizê-lo, todavia a decisão tomada, em nossa visão, merece destaque por privilegiar a consecução das finalidades do art. 14, § 9º e a vontade da maioria exercida por meio de seus representantes por unanimidade.

Em virtude de estar cumprindo um preceito constitucional, o qual faculta o legislador infraconstitucional estabelecer novas condições de inelegibilidade os ministros da corrente majoritária assumiram a posição de relativização dos mandamentos constitucionais em situações nas quais um artigo da CF não pode obstar aplicação imediata de outros artigos da própria Constituição.

Assim, posições jurídicas positivistas ou moralistas encontram espaços para perfilarem, juntas, uma saída para o melhor resultado. A nosso ver, a postura positivista constitui a base da argumentação do Supremo Tribunal Federal, porque os ministros partem do positivado para criarem argumentos plausíveis. Se o tribunal constitucional existe para preservar a execução da Constituição, é lógico que se estabeleçam argumentos juspositivistas para o cumprimento de sua finalidade.

Não obstante, os fundamentos exploram condições de toda ordem (positivista e moralista) e, neste diapasão, os ministros do STF não revelam preocupação em utilizar um ou outro tipo de fundamento, antes exploram com veemência as características dos dois ao mesmo tempo. Isso acontece devido à característica do texto constitucional de ser antes de jurídico, político e, como tal, deixar em aberto a definição sobre vários conceitos, o que se pode verificar nas discussões dos recursos e ações analisados neste trabalho.

Nas fundamentações, não raras vezes, os ministros utilizaram o discurso de que defendia a interpretação pessoal da leitura da Constituição, ou seja, um texto aberto, que enseja interpretações, pois não é objetivo, e talvez nem possa ser, sob o risco de perder sua funcionalidade em curto período de tempo.

Em que pesem todas as considerações tecidas até o momento, ancoradas no espírito democrático, elas podem sofrer objeções convincentes à luz do positivismo e do moralismo. Todavia, faltar-lhes-á força para, neste momento específico, imporem-se como teses vencedoras. Poderão, é claro e no futuro, demonstrar o erro desta decisão, não obstante e muito possivelmente os efeitos dela não se alterarão.

Deste modo, o direito como instrumento de pacificação, cumpriu com a sua finalidade ao impor, forçosamente, uma solução para o conflito. Por hora, a sociedade de modo geral, encampou o sentimento de pacificação e o Estado se mantém íntegro ao ponto de não suscitar o rompimento da ordem democrática nem tampouco do ordenamento jurídico.

Com essas considerações, reputa-se os acórdãos estudados como convincentes, corretos, justos, equânimes e coerentes com as disposições jurídicas vigentes, bem como com a vontade da maioria e, por oportuno, em consonância com as duas teorias estudadas nos capítulos 1 e 2, o positivismo e o moralismo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta Dissertação têm-se, como considerações finais as colocações a seguir.

A interpretação, aplicação ou construção do direito, segundo o positivismo jurídico, evidencia a busca por limites objetivos postos no ordenamento. Na concepção normativista de Kelsen, a norma⁴⁷ deve ser aplicada porque está positivada no ordenamento jurídico. A norma serve de parâmetro objetivo a ser aplicado ao caso concreto, evitando o subjetivismo valorativo do aplicador do direito.

Na visão de Kelsen, o direito é aplicado quando o tomador da decisão aplica a norma tal como ela é e, desta maneira, não tem importância o conteúdo valorativo assumido por ela. O conteúdo faz parte das discussões políticas, sociais e morais, estabelecido no campo da política e quando positivado passa a ter importância para a ciência do direito. A positividade do direito implica na aplicação não valorativa da norma, assumindo como fim o espírito do ordenamento jurídico posto, ou seja, como ele é e não como deveria ser.

Ross e Hart, de certa forma, ampliam a teoria de Kelsen ao incrementarem a pressão da sociedade para que o direito cumpra com sua finalidade de pacificação social. Em outras palavras, a norma posta deve ser aplicada para concretude dos anseios sociais. Ross propõe a eficácia do direito, como condição ímpar para considerar o direito vigente e, por conseguinte em atendimento à sua finalidade social. E Hart dá ênfase à norma secundária criada pelos aplicadores do direito para pacificar o campo, tendo em vista a mutabilidade social.

Convergem os positivistas estudados nesta dissertação, na busca de argumentos para adequarem o caso real aos estatutos, precedentes ou princípios postos, ou seja, ao direito como ele é. Existe a necessidade de os julgadores atribuírem aos argumentos e suas fundamentações condições objetivas de verificação, para se nortearem no discurso de garantidores do ordenamento jurídico positivado. Os filtros objetivos postos são o alicerce para a construção da tomada de decisão jurídica.

Nos acórdãos analisados nesta dissertação, a teoria positivista se revela a partir do momento em que os ministros do Supremo Tribunal Federal buscam formular argumentos a partir do texto constitucional, dos precedentes do tribunal e das teorias dominantes no campo jurídico. A afirmação primária é a de satisfazer o teste da normatividade, dito de outra maneira, ao lançarem um argumento busca-se afirmá-lo correto, pois é a literalidade ou

⁴⁷ O termo norma foi utilizado em sentido amplo e, por isso, abriga leis, princípios, postulados costumes, enfim todos os tipos de conteúdo jurídico posto na sociedade.

espírito da lei consubstanciada na constituição e interpretada judicialmente ou extrajudicialmente.

Os ministros do STF partem daquilo que está positivado para tomarem decisões coerentes com a Constituição, com os precedentes e com as teorias extrajudiciais. O problema surge, quando se deparam com os casos difíceis, pois a peculiaridade é tamanha que dá ensejo a interpretações e talvez reinterpretações daquilo que está posto. Neste momento, mas sem abandonar a teoria positivista, ganha contornos a criação do direito efetuada pelo ministro.

Para Kelsen, a criação do direito pelo magistrado, embora deva se guiar pela positividade das normas, escapa ao positivismo puro e alcança status de política, retornando ao campo da pureza somente a sentença, que terá valor para o positivismo kelseniano, a partir da sua forma posta e não pelo processo pelo qual se formou. A argumentação a qual se utilizou para chegar àquela conclusão não importa para Kelsen, mas tem valor sua materialização e, conseqüentemente, o status de norma posta.

Para o positivismo de Ross e Hart, a argumentação faz sentido no processo de criação do direito a partir da visão do judiciário, porque aos casos reais deve-se aplicar o direito para se cumprir a sua finalidade social. Para isso, os juízes criam direito explorando a textura aberta das normas e da eficácia que se deseja no ordenamento. Concebe-se para tanto, a extrapolação para a realidade social e a utilização de matérias complementares para elucidação do fim normativo.

A interpretação (aplicação ou construção) do direito, segundo o moralismo jurídico, aparece como situação seguinte para as soluções de casos, intitulados de difíceis no campo jurídico. Em primeira mão, a leitura que cada ministro faz do texto constitucional revela a consciência da formulação do voto a partir da interpretação e argumentação pessoal do texto, quer seja da própria Constituição ou da lei através da qual se dará conformidade à primeira.

O raciocínio estabelecido pelo ministro para formação de sua convicção, na ótica de Perelman, se enquadraria no que ele chamou de “raciocínio jurídico” pela maneira lógica como o ministro desenvolveu seu raciocínio para chegar ao conhecimento do objeto jurídico em análise. Embora se pretenda validar o desenvolvimento do raciocínio por meio da lógica, no mundo jurídico ela será estabelecida por meio da condição própria de pôr fim ao litígio. Dito de outra maneira: existe um indivíduo, o aplicador do direito, que tem competência legal para pacificar a situação de acordo com a maneira como interpreta a situação de modo global.

Essa forma de raciocínio jurídico, de acordo com Perelman, permite uma decisão mais justa do que o raciocínio lógico-formal do positivismo. Esse último conferiria uma única solução baseada na dedução a partir da norma, e, na visão de Perelman, isso não garantiria

justiça e coerência, pois cada pessoa tem um modo particular de desenvolver seu raciocínio jurídico. Essa perspectiva pessoal de interpretação do conteúdo normativo figurou nos votos dos ministros analisados nesta dissertação.

Na perspectiva dworkiniana, a solução é alcançada com base nos discursos travados pelos julgadores, que assim vão formando consenso em torno das discussões e põem fim à pelega exercendo a força estatal do direito. Os magistrados têm a força legal para terminarem um litígio após a formação de consenso a respeito do objeto jurídico em análise. No estabelecimento do consenso, resolvem-se as divergências teóricas sobre o direito, esgotando os alcances sociais, culturais, políticos e morais da norma.

Ao se interpretar as questões de direito buscando equacionar norma e finalidade ter-se-á na visão de Dworkin o que ele chama de integridade do direito. Ou seja, a resposta ao problema com base na legitimidade da interpretação efetuada pelo tomador de decisão, a partir da combinação dos vários fatores que envolvem a disputa. O direito como integridade, revela-se pela interpretação do juiz na procura de adesão à finalidade da lei em seus vários aspectos.

No mesmo sentido de Perelman e Dworkin, Alexy acredita ser a fundamentação dos argumentos essencial para se verificar a correção da decisão. A fundamentação deve ser balizada por uma metodologia capaz de impor limites ao exercício do raciocínio. Segundo Alexy, os limites são estatuídos pela lei, precedentes, dogmática jurídica e normas procedimentais, aliados à legitimidade do exercício da força para o estabelecimento de uma decisão racional e justificável juridicamente.

Sabedores desta condição, os ministros do STF geralmente discursam sobre as finalidades do tribunal constitucional, as quais, dentre outras citam a postura contra majoritária e a responsabilidade única e exclusiva de serem guardiães da Constituição a qualquer preço. O discurso serve como escudo para refletir eventuais ataques a respeito de suas interpretações.

Neste cenário, percebe-se o espaço para atuarem em conjunto as concepções jurídicas positivistas e moralistas. Na maioria dos votos os ministros tendem a lançar mão de argumentos positivistas, ou seja, calcados na objetividade da norma jurídica, independentemente da interpretação a qual lhes confere. Não obstante, os fundamentos se enveredam pelo subjetivismo da percepção moralista, na busca para equilibrar maioria e minoria.

Ao longo da análise dos acórdãos percebeu-se a necessidade de equalizar as situações de maioria e minoria sobre vários aspectos. Chamou atenção os embates entre os direitos

políticos coletivos e os individuais; a petrificação ou a flexibilidade das interpretações constitucionais; e o objetivismo positivista com o subjetivismo moralista. Nesta seara o discurso dialético ganha força na justificação dos argumentos e fundamentos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na questão temporal da “Lei da Ficha Limpa” foi correta.

- A uma porque não desmereceu nem a Constituição e nem a Lei Complementar.
- A duas porque a interpretação afirmou a literalidade da lei e fez valer a lógica do art. 16 da Constituição, que serve de filtro para eventuais alterações no pleito eleitoral no ano da publicação de nova lei.
- A três porque permitiu a conclusão do processo eleitoral com base nas discussões e acertos políticos já entabulados para aquele ano.
- A quatro porque, ao permitir o alcance da lei a fatos pretéritos, se aproximou da finalidade constitucional do art. 14, § 9º da Constituição e, por conseguinte o desenvolvimento da democracia.
- A cinco pelo prestígio estendido ao legislativo ao considerar a alteração do tempo verbal, promovido pelo Senado como emenda redacional e mantendo-se a possibilidade de se apanhar fatos passados para melhor análise e compreensão da vida pregressa do candidato.

À luz do positivismo jurídico a decisão a cerca da questão temporal foi certa porque observou a necessidade de objetividade do sistema jurídico. Neste caso, considerou o insculpido no art. 16 da Constituição em relação ao art. 5º da Lei Complementar n. 135/2010. Esta percepção denota o respeito pelo caráter hierárquico das normas e, portanto, a supremacia das constituições em face das normas infraconstitucionais. Parece certo que, a disposição se adequa aos ensinamentos de Kelsen em relação à hierarquia das normas, ou seja, norma superior regula norma inferior.

A Constituição, para impedir casuísmos em períodos de eleição, não aceita vigência de norma que altere o processo eleitoral do mesmo ano. Neste caso em específico a norma constitucional (superior) prescreve que normas ordinárias (inferiores) poderão criar, alterar ou excluir cláusulas de inelegibilidade. Portanto, a lei que dispuser sobre elas estará em concordância com a norma superior e, nas palavras de Kelsen, será válida no ordenamento, observadas as demais condições da Constituição, a exemplo do art. 16.

A decisão de fazer incidir o art. 16 da Constituição para não dar eficácia à lei nova declara a necessidade de se excluir das análises os aspectos valorativos. A ciência jurídica, de acordo com Kelsen, deve estudar somente as normas postas e não se ocupar da discussão

subjetiva de seus conteúdos. Desta maneira alcançar-se-ia a condição de análise objetiva e isenta de possíveis arbitrariedades ou casuísmo, conforme expõe o referido artigo constitucional.

A decisão alinha-se ao pensamento de Ross, o qual predispõe a norma e sua análise com base na realidade social, ter-se-ia, portanto, uma norma posta com a finalidade clara de não possibilitar registro de candidato “improbo”. Na visão de Ross o positivismo deve se pautar pela norma, mas também pelos efeitos sociais, porque entende que o direito é dinâmico e as leis são destinadas ao controle da sociedade, todavia devem ser observados os critérios objetivos estatuídos na Constituição.

Há evidências substanciais para afirmar que, as decisões preenchem os requisitos do positivismo hartiniano porque nas fundamentações, os ministros exploraram a textura aberta do dispositivo constitucional e do texto da lei complementar. Hart chama atenção para a textura aberta das normas, ou seja, em certa medida as leis são produzidas, intencionalmente ou não, de maneira não clara e não específica e isso remete às interpretações as quais devem explorar o significado dos termos.

Ao explorar o significado dos termos deve-se preocupar em alinhar as análises em função de outros artigos da Constituição e do ordenamento como um todo. Ao avaliarem a sua aderência aos precedentes⁴⁸, princípios e sistema moral, o que revela a busca pela integridade da decisão ao contexto constitucional, o interprete parte em busca de critérios objetivos postos.

E por fim, a observância da norma posta do art. 16 da Constituição em detrimento ao conteúdo da Lei Complementar n. 135/2010 firma o propósito positivista. Isso, porque, tem lugar no mundo jurídico a norma positivada e conseqüentemente válida. As teorias de Ross e Hart relativizam o posicionamento radical de Kelsen ao exporem que, em determinada circunstância, há de se atentar para a finalidade da norma. Elas desempenham o papel de controle social e, por este motivo, ao aplica-la ao caso concreto o julgador deverá ter em mente tal condição.

À luz do moralismo jurídico, a decisão foi acertada, pois é nítida a intenção de explorar a coerência da análise atual com outras do passado. A percepção jusmoralista defende que os julgados sejam, em alguma medida, justos, coerentes, aceitáveis e pacificadores. Pretende, para isso, apresentar técnicas para minimizar as decisões arbitrárias.

⁴⁸ Deve-se entender por precedentes os julgamentos ocorridos em sede de tribunais superiores e as obras jurídicas publicadas sobre o assunto.

O raciocínio lógico de Perelman, pautado na técnica argumentativa dialética, a integridade do sistema na visão realista de Dworkin e a metodologia da fundamentação de Alexy são exemplos de que o juspositivismo, em algum momento, necessita extrapolar suas concepções para resolver casos jurídicos.

Na complexidade da questão temporal analisada nos acórdãos, a realidade jurídica foi pautada sobre o prisma de ser um caso difícil, alinhando preceitos normativos, morais, de justiça, equidade e políticos. As técnicas expostas ajudaram a transpor, ou melhor, fundir as interpretações positivistas às moralistas na busca de uma decisão justa e justificável em última instância.

Quanto à lei da Ficha Limpa em si, julgada na ADI n. 4.578, nas ADC n. 29 e n. 30, a decisão foi correta levando-se em consideração as duas correntes apresentadas.

Segundo o positivismo, cumpriu-se a prescrição normativa, neste caso o art. 16 da Constituição, o qual impede a eficácia da norma eleitoral publicada no período de um ano antes das eleições. Cumpre ressaltar que a avaliação finalística da norma não se revela, na perspectiva positivista, avaliação valorativa do conteúdo da norma, em nossa visão, torna-se uma complementação daquilo que Kelsen não se preocupou em explorar na “Teoria Pura do Direito” a interpretação judicial⁴⁹.

As normas prescrevem a conduta no campo eleitoral e no caso específico da Lei Complementar n. 135/2010, ela seguiu os trâmites exigidos pelas normas superiores, mesmo as elaboradas com a finalidade de avaliar a conduta individual para aferir a elegibilidade ou inelegibilidade de um candidato. Não se discute, nesta concepção, o acerto ou erro do legislador em razão da necessidade de extirpação da corrupção eleitoral, mas sim, que tais condições foram disciplinadas de acordo com a norma hipotética fundamental brasileira.

Para Ross as normas são elementos delineadores que, em última análise, são dirigidos aos juízes na aplicação do direito, o qual tem uma finalidade determinada. Deve-se, portanto, observar o formalismo, mas, antes ainda, a aplicabilidade aos casos concretos, em especial aqueles chamados de difíceis. Os ministros, nas decisões em relação à Lei da Ficha Limpa se pautaram pelo formalismo normativo e pela aplicabilidade realista da norma.

Ainda sobre a perspectiva positivista, a decisão foi acertada porque os ministros partem da existência de norma constitucional prescrevendo a verificação da vida pregressa do candidato. Se existe norma cuja prescrição exige a verificação da vida pregressa, em casos de

⁴⁹ Não o fez porque o propósito da obra a pureza do direito ao desconsiderar os processos de legiferação (criação do direito) e aplicação (julgamento), os quais são eminentemente políticos, de acordo com suas conclusões.

enquadramento às condições de inelegibilidade, a situação deverá ser solucionada conforme a previsão estipulada. A Constituição, ao tratar das questões eleitorais o fez com a finalidade, dentre outras, de moralizar o exercício do mandato público.

Segundo o jusmoralismo a decisão também foi correta porque se verificou que as normas têm uma finalidade específica, e percorreu-se, além da esfera jurídica as condições, culturais, éticas, políticas e sociológicas para solucionar o litígio. Averiguou-se as condições eleitorais terem enraizamento desde a Constituição de 1824 na condição de Império. Avaliaram a história eleitoral e os anseios da sociedade na procura de uma fórmula para correção da corrupção predominante na esfera estatal.

Verificou-se, por oportuno, o esforço dos ministros para conseguir a adesão do plenário aos argumentos discutidos. Com base em suas afirmações, pretenderam induzir o auditório ao mesmo raciocínio, conforme teoria perelmaniana. Trouxeram à luz condições reais que demonstram problemas em casos de aceitação de uma alternativa em detrimento de outra. Enfim, argumentaram e fundamentaram racionalmente com base em perspectivas jurídicas, históricas, sócias, éticas, morais, e políticas na intenção de tomarem uma decisão justa.

A conotação de justiça levou em conta os anseios da comunidade em moralizar o exercício do mandato. Nesta esteira, o raciocínio discursivo dos ministros pretende convencer o auditório para que compartilhe do seu argumento, recorrendo, para isso, a expedientes morais alicerçados no desejo da sociedade de eliminar, ou pelo menos reduzir, os casos de políticos corruptos.

Os ministros exploram a conexão de um objeto jurídico com o todo e não somente com a norma, com a intenção verificar a integridade com o sistema. Ou seja, de demonstrar a razoabilidade e a proporcionalidade de o fato não destoar daquilo praticado no ordenamento. Que tal situação é adequada à realidade jurídica e, portanto, mantém a integridade do direito alinhada a matérias não jurídicas.

Na perspectiva alexyana, o argumento encontra aceitação ao demonstrar o raciocínio do julgador ao optar por um ou outro valor. Nesta oportunidade, os ministros puderam argumentar em busca de acordos em relação aos aspectos subjetivos controversos da questão. Devemos ressaltar que não se discute, neste momento, a eficácia da técnica alexyana, o intuito momentâneo é o de estabelecer uma relação do argumento com a respectiva teoria.

Ao decidirem sobre questões valorativas, tais como vida pregressa, moralidade, probidade, os ministros pretendem prolatar uma sentença justa, portanto um pressuposto moralista, para garantir igualdade aos iguais e desigualdade aos desiguais. Não há reflexão em

torno da validade ou da hierarquia da norma, mas sim a necessidade de dar conotação equitativa às sentenças. À medida que fundamentavam estes argumentos os ministros buscavam estabelecer limites para a aplicação ou não do princípio.

Quando os argumentos enveredam pelo campo valorativo, sem apoio dos supostos critérios objetivos da norma, preocupados em estabelecer condições de justiça às decisões, os ministros procuram conciliar moral, justiça e política na prática jurídica. O núcleo de atuação dos moralistas não está na norma e, talvez, nem no argumento, mas sim na fundamentação das decisões. Por isso, esforçam-se em propor argumentos que possam delimitar o exercício subjetivo de sentenciamento e apresentam limites aos quais os julgamentos devem ser pautados.

A corrente majoritária pauta seu entendimento em prol da coletividade e não dos interesses individuais de um pretense candidato. Esta corrente acredita que o bem maior a ser protegido é a sociedade como um todo e não os direitos individuais dos pretensos candidatos, embora não seja descartada a importância desses direitos para o ordenamento jurídico, pois é o caso real que expõe o desejo da comunidade de não permitir indivíduos ímprobos participem dos pleitos eleitorais.

Ao final desta exposição, parece não restar dúvidas de como o STF enxerga e utiliza as teorias positivista e moralista. No desenvolver da atividade do julgamento, percebe-se a mescla das teorias como forma de complementariedade. Ou seja, não se discute a necessidade de adequação dos casos à norma constitucional posta; contudo os fundamentos pretendem dar conotação de justiça aos argumentos formulados.

Com estas observações, espera-se que as discussões no campo jurídico caminhem para a verificação da plausibilidade de junção dessas duas correntes, o que poderá facilitar o desenvolvimento da prática judicial ao assumir uma perspectiva de conciliação entre as teorias. Pois, parece, até o presente momento, é o que se colhe de informações da realidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora. 2001.

ARNALDO VERSIANI (Arnaldo Versiani Leite Soares). In: BRASIL. **Informativo TSE**. Ano XII – n. 28. Publicado em Brasília, 6 a 12 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/informativo-xii-28>>. Acesso em 26/06/2012.

AYRES BRITTO (Carlos Augustos Ayres de Freitas). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei Complementar n. 168, de 23 de outubro de 1993**. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23OUT1993.pdf#page=6>>. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei Complementar n. 518 de 2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=452953>. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25, de março de 1824**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 04/04/2012.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18, de setembro de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 04/04/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24, de janeiro de 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 04/04/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5, de outubro de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 4, de 14 de setembro de 1993.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc04.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei Complementar n. 5, de 19 de abril de 1970.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp05.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 129.392-6 Distrito Federal. Recorrente: Eduardo Marques de Oliveira. Recorrida: Procuradoria Regional Eleitoral. Relator: Sepúlveda Pertence. Acórdão em 17/06/1992. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207568>. Acesso em 27/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno:** [atualizado até março de 2011]. – Consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Brasília. Recurso Ordinário n. 1616-60 Distrito Federal. Recorrentes: Joaquim Domingos Roriz e Coligação Esperança Renovada. Recorridos: Ministério Público Eleitoral; Antônio Carlos de Andrade; Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) Regional e Júlio Pinheiro Cardia. Relator Ministro Arnaldo Versiani. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/ro-161660-recurso-joaquim-roriz-decisao.pdf>. Acesso em 27/02/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Registro de Candidatura n. 4995-41/Minas Gerais. Requerentes: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Candidato: Leonídio Henrique Correa Bouças. Relator: Juiz Maurício Soares. Acórdão em 30/07/2010. Disponível em

<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=MG&processoNumero=499541&processoClasse=RCAND&decisaoData=20100730&decisaoNumero=&protocolo=424122010&noCache=0.6292864558740596>>. Acesso em 27/02/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Registro de Candidatura 645-80 Pará. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Candidato: Jader Fontenelle Barbalho. Relator: Juiz José Rubens Barreiros de Leão. Acórdão em 04/08/2010. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS/TRE-PA/IT/RCAND_64580_PA_1281736763377.pdf>. Acesso em 27/02/2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 4.995-41/Minas Gerais. Agravante: Leonídio Henrique Correa Bouças. Agravados: Ministério Público Eleitoral, Fabrício Souza Duarte e outros. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Acórdão em 26/10/2010. Disponível em <http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=499541&processoClasse=RO&decisaoData=20101026&decisaoNumero=&protocolo=303232010&noCache=0.07049179653369997>>. Acesso em 27/02/2012.

CÂNDIDO. Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 4ª ed. Bauru: Edipro, 1994.

CÁRMEN LÚCIA (Cármem Lúcia Antunes Rocha). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010a. Diário da Justiça Eletrônico DJe - 230 -. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe - 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe - 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

CELSO DE MELLO (José Celso de Mello Filho). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010a. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

CEZAR PELUSO (Antonio Cezar Peluso). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB-. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. In **Estud. av.** [online]. 2000, v. 14, n. 38, p. 307–320. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100018&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000100018>. Acesso em: 27/04/2012.

DIAS TOFFOLI (José Antonio Dias Toffoli). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB-. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELLEN GRACIE (Ellen Gracie Northfleet). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010a. Diário da Justiça Eletrônico - DJe - 230 Publicado em 05/12/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/eleitoral.html#3>>. Acesso em 27/04/2012.

GILMAR MENDES (Gilmar Ferreira Mendes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010a. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator:

Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

IBGE. **Sinopse do Censo Demográfico 2010**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf>. Acesso em 27/03/2012.

JOAQUIM BARBOSA (Joaquim Benedito Barbosa Gomes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010a. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB-. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

LUIZ FUX. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

MALTAROLLO, Adriano de Sousa. **Sistema eleitoral brasileiro**: um estudo do caso da Lei das Inelegibilidades. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

MARCO AURÉLIO (Marco Aurélio Mendes de Farias Mello). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.102 Pará. Recorrente: Jader Fontenele Barbalho. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Sentença em 27/10/2010b. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 117. Publicado em 20/06/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional.

Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

MARTINS, Jaime. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Projeto de Lei Complementar n. 168, de 1993** (Apenso: PLC n. 22/99). Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>>. Acesso em: 27/02/2012.

PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito eleitoral**. 6ª ed. Goiânia: IEPEC, 2003.

RICARDO LEWANDOWSKI (Enrique Ricardo Lewandowski). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 630.147 Distrito Federal. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Sentença em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico DJe – 230. Publicado em 05/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703 Minas Gerais. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219. Publicado em 18/11/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB-. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

ROSA WEBER (Rosa Maria Weber Cadiota da Rosa). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB -. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 16/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico – DJe -. Publicado em 29/06/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 02/07/2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro. 2000.

VALE, Teresa Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e história da justiça eleitoral. In: **Anais**. XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH. São Paulo, 2011. Disponível em <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1297170363_ARQUIVO_prehistoriaehistoraje.pdf>. Acesso em 27/04/2012.

Anexo A - Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010

LEI COMPLEMENTAR N. 135, DE 4 DE JUNHO DE 2010

Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º Esta Lei Complementar n. altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.

Art. 2º A Lei Complementar n. 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

I –

.....

c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, 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 nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

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, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

.....
j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

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

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

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

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

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

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

.....

§ 4º A inelegibilidade prevista na alínea *e* do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.

§ 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com o objetivo de candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.” (NR)

“Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado 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.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput**, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.” (NR)

“Art. 22.

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; XV – (revogado);

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.” (NR)

“Art. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições.”

“Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de **habeas corpus** e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar n. sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares.

§ 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização.”

“Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de **habeas corpus**.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no **caput**, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”

Art. 3º Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar n. poderão ser aditados para o fim a que se refere o **caput** do art. 26-C da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar.

Art. 4º Revoga-se o inciso XV do art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

Art. 5º Esta Lei Complementar n. entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, 4 de junho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Luis Inácio Lucena Adams

ANEXO B – Projeto de Lei Complementar 168/1993

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 168, DE 1993

(Do Poder Executivo)

MENSAGEM N. 616/93

Dá nova redação das alíneas “d”, “e” e “h” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

À COMISSÃO ESPECIAL DO SISTEMA ELEITORAL E PARTIDÁRIO

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As alíneas “d”, “e”, e “h” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

.....
d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, 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 nos três anos seguintes;

e) os que forem condenados criminalmente pela prática de crimes 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 três anos, após o cumprimento da pena;

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

.....
Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília.

ANEXO C – Lei Complementar n. 64 de 1990 (Redação original)

LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 18 DE MAIO DE 1990

Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

- a) os inalistáveis e os analfabetos;
 - b) os membros do Congresso Nacional, das assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto no art. 55, I e II, da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 3 (três) anos subsequentes ao término da legislatura;
 - c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 3 (três) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;
 - 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;
 - f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 4 (quatro) anos;
 - 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;
 - i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, ao passo que não forem exonerados de qualquer responsabilidade;
- II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

- a) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos e funções:
1. os Ministros de Estado;
 2. os chefes dos órgãos de assessoramento direto, civil e militar, da Presidência da República;
 3. o chefe do órgão de assessoramento de informações da Presidência da República;
 4. o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas;
 5. o Advogado-Geral da União e o Consultor-Geral da República;
 6. os chefes do Estado-Maior da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
 7. os Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica;
 8. os Magistrados;
 9. os Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público;
 10. os Governadores de Estado, do Distrito Federal e de Territórios;
 11. os Interventores Federais;
 12. os Secretários de Estado;
 13. os Prefeitos Municipais;
 14. os membros do Tribunal de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal;
 15. o Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal;
 16. os Secretários-Gerais, os Secretários-Executivos, os Secretários Nacionais, os Secretários Federais dos Ministérios e as pessoas que ocupem cargos equivalentes;
- b) os que tenham exercido, nos 6 (seis) meses anteriores à eleição, nos Estados, no Distrito Federal, Territórios e em qualquer dos poderes da União, cargo ou função, de nomeação pelo Presidente da República, sujeito à aprovação prévia do Senado Federal;
- c) (Vetado);
- d) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direta, indireta ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades;
- e) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tenham exercido cargo ou função de direção, administração ou representação nas empresas de que tratam os arts. 3º e 5º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, quando, pelo âmbito e natureza de suas atividades, possam tais empresas influir na economia nacional;
- f) os que, detendo o controle de empresas ou grupo de empresas que atuem no Brasil, nas condições monopolísticas previstas no parágrafo único do art. 5º da lei citada na alínea anterior, não apresentarem à Justiça Eleitoral, até 6 (seis) meses antes do pleito, a prova de que fizeram cessar o abuso apurado, do poder econômico, ou de que transferiram, por força regular, o controle de referidas empresas ou grupo de empresas;
- g) os que tenham, dentro dos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, ocupado cargo ou função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo poder Público ou com recursos arrecadados e repassados pela Previdência Social;
- h) os que, até 6 (seis) meses depois de afastados das funções, tenham exercido cargo de Presidente, Diretor ou Superintendente de sociedades com objetivos exclusivos de operações financeiras e façam publicamente apelo à poupança e ao crédito, inclusive através de cooperativas e da empresa ou estabelecimentos que gozem, sob qualquer forma, de vantagens asseguradas pelo poder público, salvo se decorrentes de contratos que obedeçam a cláusulas uniformes;
- i) os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com

órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes;

j) os que, membros do Ministério Público, não se tenham afastado das suas funções até 6 (seis) meses anteriores ao pleito;

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

III - para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresas que operem no território do Estado ou do Distrito Federal, observados os mesmos prazos;

b) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos ou funções:

1. os chefes dos Gabinetes Civil e Militar do Governador do Estado ou do Distrito Federal;

2. os comandantes do Distrito Naval, Região Militar e Zona Aérea;

3. os diretores de órgãos estaduais ou sociedades de assistência aos Municípios;

4. os secretários da administração municipal ou membros de órgãos congêneres;

IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;

b) os membros do Ministério Público e Defensoria Pública em exercício na Comarca, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, sem prejuízo dos vencimentos integrais;

c) as autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito;

V - para o Senado Federal:

a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresa que opere no território do Estado, observados os mesmos prazos;

b) em cada Estado e no Distrito Federal, os inelegíveis para os cargos de Governador e Vice-Governador, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos;

VI - para a Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa, no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos;

VII - para a Câmara Municipal:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização;

b) em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização .

§ 1º Para concorrência a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até 6 (seis) meses antes do pleito.

§ 2º O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular.

§ 3º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de

Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade.

Parágrafo único. A arguição de inelegibilidade será feita perante:

I - o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital;

III - os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Art. 4º A partir da data em que terminar o prazo para impugnação, passará a correr, após devida notificação, o prazo de 7 (sete) dias para que o candidato, partido político ou coligação possa contestá-la, juntar documentos, indicar rol de testemunhas e requerer a produção de outras provas, inclusive documentais, que se encontrarem em poder de terceiros, de repartições públicas ou em procedimentos judiciais, ou administrativos, salvo os processos em tramitação em segredo de justiça.

Art. 5º Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

§ 1º As testemunhas do impugnante e do impugnado serão ouvidas em uma só assentada.

§ 2º Nos 5 (cinco) dias subsequentes, o Juiz, ou o Relator, procederá a todas as diligências que determinar, de ofício ou a requerimento das partes.

§ 3º No prazo do parágrafo anterior, o Juiz, ou o Relator, poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa.

§ 4º Quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, o Juiz, ou o Relator, poderá ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito.

§ 5º Se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, poderá o Juiz contra ele expedir mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência.

Art. 6º Encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

Art. 8º Nos pedidos de registro de candidatos a eleições municipais, o Juiz Eleitoral apresentará a sentença em cartório 3 (três) dias após a conclusão dos autos, passando a correr deste momento o prazo de 3 (três) dias para a interposição de recurso para o Tribunal Regional Eleitoral.

§ 1º A partir da data em que for protocolizada a petição de recurso, passará a correr o prazo de 3 (três) dias para a apresentação de contrarrazões.

§ 2º Apresentadas as contrarrazões, serão os autos imediatamente remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral, inclusive por portador, se houver necessidade, decorrente da exiguidade de prazo, correndo as despesas do transporte por conta do recorrente, se tiver condições de pagá-las.

Art. 9º Se o Juiz Eleitoral não apresentar a sentença no prazo do artigo anterior, o prazo para recurso só começará a correr após a publicação da mesma por edital, em cartório.

Parágrafo único. Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o Corregedor Regional, de ofício, apurará o motivo do retardamento e proporá ao Tribunal Regional Eleitoral, se for o caso, a aplicação da penalidade cabível.

Art. 10. Recebidos os autos na Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral, estes serão autuados e apresentados no mesmo dia ao Presidente, que, também na mesma data, os distribuirá a um Relator e mandará abrir vistas ao Procurador Regional pelo prazo de 2 (dois) dias.

Parágrafo único. Findo o prazo, com ou sem parecer, os autos serão enviados ao Relator, que os apresentará em mesa para julgamento em 3 (três) dias, independentemente de publicação em pauta.

Art. 11. Na sessão do julgamento, que poderá se realizar em até 2 (duas) reuniões seguidas, feito o relatório, facultada a palavra às partes e ouvido o Procurador Regional, proferirá o Relator o seu voto e serão tomados os dos demais Juízes.

§ 1º Proclamado o resultado, o Tribunal se reunirá para lavratura do acórdão, no qual serão indicados o direito, os fatos e as circunstâncias com base nos fundamentos do Relator ou do voto vencedor.

§ 2º Terminada a sessão, far-se-á a leitura e a publicação do acórdão, passando a correr dessa data o prazo de 3 (três) dias, para a interposição de recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, em petição fundamentada.

Art. 12. Havendo recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, a partir da data em que for protocolizada a petição passará a correr o prazo de 3 (três) dias para a apresentação de contrarrazões, notificado por telegrama o recorrido.

Parágrafo único. Apresentadas as contrarrazões, serão os autos imediatamente remetidos ao Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 13. Tratando-se de registro a ser julgado originariamente por Tribunal Regional Eleitoral, observado o disposto no art. 6º desta lei complementar, o pedido de registro, com ou sem impugnação, será julgado em 3 (três) dias, independentemente de publicação em pauta.

Parágrafo único. Proceder-se-á ao julgamento na forma estabelecida no art. 11 desta lei complementar e, havendo recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, observar-se-á o disposto no artigo anterior.

Art. 14. No Tribunal Superior Eleitoral, os recursos sobre registro de candidatos serão processados e julgados na forma prevista nos arts. 10 e 11 desta lei complementar.

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.

Art. 16. Os prazos a que se referem o art. 3º e seguintes desta lei complementar são peremptórios e contínuos e correm em secretaria ou Cartório e, a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados.

Art. 17. É facultado ao partido político ou coligação que requerer o registro de candidato considerando inelegível dar-lhe substituto, mesmo que a decisão passada em julgado tenha sido proferida após o termo final do prazo de registro, caso em que a respectiva Comissão Executiva do Partido fará a escolha do candidato.

Art. 18. A declaração de inelegibilidade do candidato à Presidência da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeito Municipal não atingirá o candidato a Vice-Presidente, Vice-Governador ou Vice-Prefeito, assim como a destes não atingirá aqueles.

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 20. O candidato, partido político ou coligação são parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade; a nenhum servidor público, inclusive de autarquias, de entidade paraestatal e de sociedade de economia mista será lícito negar ou retardar ato de ofício tendente a esse fim, sob pena de crime funcional.

Art. 21. As transgressões a que se refere o art. 19 desta lei complementar serão apuradas mediante procedimento sumaríssimo de investigação judicial, realizada pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais, nos termos das Leis n. 1.579, de 18 de março de 1952, 4.410, de 24 de setembro de 1964, com as modificações desta lei complementar.

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

I - o Corregedor, que terá as mesmas atribuições do Relator em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotará as seguintes providências:

a) ordenará que se notifique o representado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível;

b) determinará que se suspenda o ato que deu motivo à representação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente;

c) indeferirá desde logo a inicial, quando não for caso de representação ou lhe faltar algum requisito desta lei complementar;

II - no caso do Corregedor indeferir a reclamação ou representação, ou retardar-lhe a solução, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 (vinte e quatro) horas;

III - o interessado, quando for atendido ou ocorrer demora, poderá levar o fato ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias;

IV - feita a notificação, a Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova da entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo;

V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação;

VI - nos 3 (três) dias subsequentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes;

VII - no prazo da alínea anterior, o Corregedor poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito;

VIII - quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Corregedor poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;

IX - se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processo s por crime de desobediência;

X - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias;

XI - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;

XII - o relatório do Corregedor, que será assentado em 3 (três) dias, e os autos da representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subsequente;

XIII - no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do Relatório;

XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Art. 24. Nas eleições municipais, o Juiz Eleitoral será competente para conhecer e processar a representação prevista nesta lei complementar, exercendo todas as funções atribuídas ao Corregedor-Geral ou Regional, constantes dos incisos I a XV do art. 22 desta lei complementar, cabendo ao representante do Ministério Público Eleitoral em função da Zona Eleitoral as atribuições deferidas ao Procurador-Geral e Regional Eleitoral, observadas as normas do procedimento previstas nesta lei complementar.

Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé:

Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua.

Art. 26. Os prazos de desincompatibilização previstos nesta lei complementar que já estiverem ultrapassados na data de sua vigência considerar-se-ão atendidos desde que a desincompatibilização ocorra até 2 (dois) dias após a publicação desta lei complementar.

Art. 27. Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 28. Revogam-se a Lei Complementar n. 5, de 29 de abril de 1970 e as demais disposições em contrário.

Brasília, 18 de maio de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

ANEXO D – Ementa do Recurso Extraordinário n. 129.392

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 129392-6 DISTRITO FEDERAL

RECORRENTE: EDUARDO MARQUES DE OLIVEIRA

RECORRIDA: PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL

EMENTA – I. Processo eleitoral: vacatio legis (CF, art. 16): inteligência.

1. Rejeição pela maioria – vencidos o relator e outros Ministros – da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da LC n. 64/90 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição.

II. Inelegibilidade: abuso do exercício do poder (CF, art. 14, § 9º): inteligência.

2. “O abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta que é causa de inelegibilidade é o que contém a nota de improbidade exigida pelo § 4º do art. 37, da Constituição, para que se cogite da suspensão dos direitos políticos, tal como prevista na alínea “g”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n. 64/90” (Célio Borja): entendimento acolhido pelo TSE que não ofende as únicas normas constitucionais invocadas pelo recorrente (CF, arts. 15, V e 37, § 4º).

III. RE: âmbito de devolução.

3. No julgamento do recurso extraordinário, ao menos, no tocante ao juízo preliminar de seu conhecimento, é incontroverso que o STF há de circunscrever-se às questões federais – hoje, exclusivamente, questões constitucionais -, expressamente aventadas na sua interposição.

4. Se, ao interpor o RE, o recorrente não invocou a contrariedade às normas dos arts. 31, §§ 1º 2º, e 71, I, da Constituição, não o beneficia o entendimento do Tribunal (RE 132.747) de que, por força delas, cuidando-se de chefes do Executivo, incluídos os Prefeitos, só a rejeição de suas contas pelo Legislativo – e não os pareceres ou decisões sobre atos específicos, do Tribunal de Contas – é que podem gerar a inelegibilidade do art. 1º, I, “g” da LC n. 64/90.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria de votos, em rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Complementar n. 64, de 1990, e, também majoritariamente, não conhecer do recurso.

Brasília, DF, 17 de junho de 1992.

SYDENEI SANCHES – PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENDE – RELATOR

ANEXO E – Ementa da Ação de Registro de Candidato n. 1616-60

Ementa Registro de Candidato n. 161660/DF

REGC - REGISTRO DE CANDIDATO n. 161660 - Brasília/DF

Acórdão n. 3627 de 04/08/2010

Relator(a) LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS

Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 04/08/2010

Ementa: PEDIDO DE REGISTRO - PRODUÇÃO DE PROVA ORAL - DESNECESSIDADE - INDEFERIMENTO - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA - EXISTÊNCIA - QUITAÇÃO COM A JUSTIÇA ELEITORAL - EXISTÊNCIA - RENÚNCIA A CARGO DE SENADOR - CAUSA DE INEXIGIBILIDADE - ATO JURÍDICO - RESPEITO - LEI CUMPRIMENTO - INDEFERIMENTO.

1) - Não exigindo o ponto controverso a produção de prova oral, seja porque ele envolve somente questão de direito, seja porque, se fático, documentos que o elucidam se tem nos autos, deve ela ser indeferida, nos exatos termos do artigo 40, da Resolução TSE 23.221/2010.

2) - Tem candidato ao cargo de deputado distrital legitimidade para apresentar ação de impugnação de candidatura, que lhe é dada pelo artigo 37 da Resolução TSE 23.221/2010.

3) - Não se dando trânsito em julgado da decisão que impôs multa, havendo recurso que a questiona, presente não se faz a causa de inexigibilidade prevista no § 7º, do artigo 11, da Lei 9.504/97.

4) - Quem renuncia a cargo de Senador da República, depois de apresentação de Representação que pode levar à abertura de processo capaz de levar à cassação do mandato, está alcançado pelo artigo 1º, I, k, da Lei Complementar n. 64/90, com as alterações sofridas em razão da Lei Complementar n. 135/2010.

5) - Não fere o artigo 16 da Constituição Federal lei que entra em vigor antes da realização de convenções partidárias, porque são elas que marcam o termo inicial do processo eleitoral.

6) - Não fere ato jurídico perfeito a exigência de cumprimento de lei em vigor quando do pedido de registro de candidatura, não se podendo esquecer que leis devem ser cumpridas, como quer o artigo 3º, da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro.

7) - Pedido de registro indeferido. Preliminares rejeitadas.

Decisão: Rejeitadas as preliminares de necessidade de prova testemunhal e de não quitação eleitoral por unanimidade, nos termos do voto do Relator. No mérito, julgou-se procedente a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e indeferiu-se o pedido de registro de candidatura ao cargo de governador pelo candidato Joaquim Domingos Roriz, nos termos do voto do Relator. Decisão por maioria.

Indexação: PROCEDÊNCIA, IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATO, INDEFERIMENTO, PEDIDO, REGISTRO DE CANDIDATO, GOVERNADOR.

REJEIÇÃO, PRELIMINAR, DESNECESSIDADE, PROVA TESTEMUNHA, INCORRÊNCIA, PRESENÇA, IMPUGNADO, REUNIÃO, AUSÊNCIA, CONHECIMENTO, DECISÃO, MESA, SENADO FEDERAL, EXISTÊNCIA, CERTIDÃO, FATO, SECRETARIA, MESA.

EXISTÊNCIA, LEGITIMIDADE ATIVA, IMPUGNANTE, CANDIDATO, DEPUTADO DISTRITAL.

INEXISTÊNCIA, DÉBITO ELEITORAL, IMPUGNADO, AUSÊNCIA, TRÂNSITO EM JULGADO, MULTA.

INCIDÊNCIA, HIPÓTESE, INELEGIBILIDADE, LEI DE INELEGIBILIDADE (1990), RENÚNCIA, CARGO, SENADOR, POSTERIORIDADE, REPRESENTAÇÃO, PARTIDO

SOCIALISMO E LIBERDADE, EXAME, INFRAÇÃO, DECORO PARLAMENTAR, POSSIBILIDADE, ABERTURA, PROCESSO, DESRESPEITO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PERDA DE MANDATO ELETIVO, ALTERAÇÃO, LEI DE INELEGIBILIDADES (1990), APLICAÇÃO, ELEIÇÕES (2010), INOCORRÊNCIA, DESRESPEITO, CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIO DA ANUALIDADE DA LEI ELEITORAL, AUSÊNCIA, PROCESSO ELEITORAL, INÍCIO, CONVENÇÃO, PARTIDO POLÍTICO, INEXISTÊNCIA, OFENSA, PRESUNÇÃO, INOCÊNCIA, APLICAÇÃO, ÂMBITO, DIREITO PENAL, AGRESSÃO, ATO JURÍDICO PERFEITO, EXAURIMENTO, ATO, PARTICIPAÇÃO, ELEIÇÕES, RELAÇÃO JURÍDICA, DIVERSIDADE, NECESSIDADE, CANDIDATO, PREENCHIMENTO, CONDIÇÕES, CANDIDATURA.

Voto Vencido:

DEFERIMENTO, PEDIDO, REGISTRO DE CANDIDATO, ÉPOCA, RENÚNCIA, ATO LEGAL, EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO, ESTABILIZAÇÃO, TEMPO, PRODUÇÃO, EFEITO JURÍDICO, IMPOSSIBILIDADE, POSTERIORIDADE, RESTRIÇÃO, DIREITOS POLÍTICOS.

Referência Legislativa:

leg.: federal Constituição Federal n.: 1988 ano: 1988 (cdf - Constituição federal democrática)
art.: 16

art.: 55 - inc.: 2

art.: 5 - inc.: 57

art.: 5 - item: cap

art.: 55 - par.: 1

leg.: federal lei complementar n.: 64 ano: 1990 (lc - lei de inelegibilidades)

art.: 1 - inc.: 1 - let.: k

leg.: federal lei complementar n.: 135 ano: 2010

leg.: federal lei ordinária n.: 9504 ano: 1997 (lne - lei eleitoral normas para as eleições)

art.: 11 - item: cap

art.: 11 - par.: 10

art.: 11 - par.: 7

leg.: federal lei ordinária n.: 12034 ano: 2009

leg.: federal decreto-lei n.: 4657 ano: 1942 (licc - lei de introdução ao código civil)

art.: 3

leg.: federal resolução do tribunal superior eleitoral n.: 23221 ano: 2010

art.: 40 - item: cap

art.: 37 - item: cap

leg.: federal emenda constitucional de revisão n.: 4 ano: 1993

Ver Também:

Vide: RCAND N.: 161660 (EREGC) - DF, AC. N. 3748, DE 10/08/2010, Rel.: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS - Embargos de declaração conhecidos e negado provimento.

Observação: 45 fls.

ANEXO F – Ementa do Recurso Ordinário n. 1616-60 do TRE/MG

Ementa extraída dos autos do Recurso Ordinário n. 1616-60/DF

Pedido de registro – Produção de prova oral – Desnecessidade – Indeferimento – Ação de impugnação – Legitimidade ativa – Existência – Quitação com a Justiça Eleitoral – Existência – Renúncia a cargo de senador – Causa de inexigibilidade – Ato jurídico – Respeito – Lei cumprimento – Indeferimento.

1 – Não exigindo o ponto controverso a produção de prova oral, seja porque ele envolve somente questão de direito, seja porque, se fático, documentos que o elucidam se tem nos autos, deve ela ser indeferida, nos exatos termos do artigo 40, da Resolução TSE 23.221/2010.

2 – Tem candidato ao cargo de deputado distrital legitimidade para apresentação ação de impugnação de registro de candidatura, que lhe é dada pelo artigo 37 da Resolução TSE 23.221/2010.

3 – Não se dando trânsito em julgado da decisão que impôs multa, havendo recurso que a questiona, presente não se faz a causa de inexigibilidade prevista no § 7º, do artigo 11, da Lei 9.504/97.

4 – Quem renuncia a cargo de Senador da República, depois de apresentação de Representação que pode levar à abertura de processo capaz de levar à cassação do mandato, está alcançado pelo artigo 1º, I, k, da Lei Complementar n. 64/90, com as alterações sofridas em razão da Lei Complementar n. 135/2010.

5 – Não fere o artigo 16 da Constituição Federal lei que entra em vigor antes da realização de convenções partidárias, porque são elas que marcam o termo inicial do processo eleitoral.

6 – Não fere ato jurídico perfeito a exigência de cumprimento de lei em vigor quando do pedido de registro de candidatura, não se podendo esquecer que leis devem ser cumpridas, como que o artigo 3º, da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro.

7 – Pedido de registro indeferido. Preliminares rejeitadas.

ANEXO G - Ementa do Acórdão do Recurso Ordinário n. 1616-60/DF do TSE

Recurso Ordinário n. 1616-60/DF

Relator: Ministro Arnaldo Versiani

Inelegibilidade. Renúncia.

Qualquer candidato possui legitimidade e interesse de agir para impugnar pedido de registro de candidatura, seja a eleições majoritárias, seja a eleições proporcionais, independentemente do cargo por ele disputado.

Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta n. 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido).

As inelegibilidades da Lei Complementar n. 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.

Tendo renunciado ao mandato de Senador após o oferecimento de representação capaz de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição Federal, é inelegível o candidato para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura, nos termos da alínea *k* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, acrescentada pela Lei Complementar n. 135/2010.

Recursos ordinários não providos.

ANEXO H – Ementa do Recurso Extraordinário n. 630.147/DF do STF

Ementa do Recurso Extraordinário n. 630.147

29/09/2010 PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 630.147 DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. AYTES BRITTO

REDATOR DO:MIN. MARCO AURÉLIO

ACÓRDÃO

RECTE.(S) :JOAQUIM DOMINGOS RORIZ

ADV. (A/S) :ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS(A/S)

RECTE.(S) :COLIGAÇÃO ESPERANÇA RENOVADA

(PSC/PP/PR/DEM/PSDC/PRTB/PMN/PSDB E PT DO B)

ADV.(A/S) :ELÁDIO BARBOSA CARNEIRO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :ANTÔNIO CARLOS DE ANDRADE

RECDO.(A/S) :DIRETÓRIO REGIONAL DO PARTIDO SOCIALISMO E
LIBERDADE NO DISTRITO FEDERAL

RECDO.(A/S) :JÚLIO PINHEIRO CARDIA

ADV.(A/S) :NUARA CHUEIRI

RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ACÓRDÃO – REDAÇÃO – ÓPTICA VENCIDA – PROCLAMAÇÃO. Ante proclamação do redator na assentada de julgamento, fica em plano secundário o fato de o designado haver vencido em determinadas matérias, no que se tornaram prejudicadas em face da perda de objeto do recurso.

REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO – PROCESSO ELEITORAL – LEI – RETROAÇÃO. Surge a repercutir, além dos muros subjetivos do processo, controvérsia sobre aplicar-se lei que, de alguma forma, altere o processo eleitoral a certame realizado antes de decorrido um ano da respectiva edição, presente ainda eficácia retroativa impugnada na origem. Considerações.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO – CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE FUNDO. Na dicção da ilustrada maioria, descabe, mesmo que na apreciação de fundo do recurso, adentrar a análise da harmonia, ou não da lei – da qual se argui certo vício – com a Constituição Federal. Considerações.

REGISTRO – CANDIDATURA – LEI DE REGÊNCIA – CONTROLVÉRSIA – RENÚNCIA – PREJUÍZO DO EXAME. Vindo o candidato a renunciar à candidatura, acaba prejudicado o exame do recurso voltado ao deferimento.

ANEXO I – Ementa do Recurso n. 645-80 TRE/PA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARÁ

ACÓRDÃO N. 23.195

REGISTRO DE CANDIDATURA N. 645-80.2010.6.14.0000 – PARÁ (Município de BELÉM)

Relator: Juiz JOSÉ RUBENS BARREIROS DE LEÃO

Requerente: PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO – 15

Candidato: JADER FONTENELLE BARBALHO, CARGO SENADOR. NÚMERO 151

Advogado: SÁBATO GIOVANI MEGALE ROSSETTI

2-646-65.2010.6.14.

Candidato: FERNANDO DE CASTRO RIBEIRO. CARGO 1º SUPLENTE SENADOR. NÚMERO 151

Advogado: SÁBATO GIOVANI MEGALE ROSSETTI

3-647-50.2010.6.14.0000

Candidato: FRANCISCO WILSON RIBEIRO, CARGO 2º SUPLENTE SENADOR, NÚMERO 151

Advogado: SÁBATO GIOVANI MEGALE ROSSETTI

REGISTRO DE CANDIDATURA. PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO – PMDB. CARGO SENADOR, 1º e 2º SUPLENTE. EXIGÊNCIAS LEGAIS ATENDIDAS. IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 1º, I, LETRA K, DA LC n. 64/90 INTRODUZIDO PELA LC n. 135/10. PRELIMINAR. 1º E 2º SUPLENTE. INELEGIBILIDADE. NOVA CAUSA. RENÚNCIA AO MANDATO. ANO DE 2001. PRINCÍPIOS DA ANUALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. FATO CONSUMADO. ATO JURÍDICO PERFEITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INAPLICABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. REGISTROS DEFEERIDOS.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SUPLENTE-

1. Eventual sanção de inelegibilidade que vier a ser impingida ao candidato a senador jamais resvalará na pessoa dos suplentes, eis que referida sanção, neste momento processual não contamina a chapa. Vale ressaltar, nesse particular, que à hipótese se aplica, por analogia a regra prevista no art. 62 da Resolução-TSE 23.221/2010 segundo a qual a declaração de inelegibilidade do candidato a presidência da República e aos Governos Estaduais e do Distrito Federal não atingirá o candidato a Vice-Presidente ou Vice-Governador, assim como a destes não atingirá daqueles.

2. Preliminar acolhida.

MÉRITO.

1. O princípio da irretroatividade das leis erige-se em garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º XXXVI).

2. A LC n. 135/2010 introduziu nova causa de inelegibilidade, até então inédita no sistema legislativo brasileiro. Subsumir essa nova penalidade, ou sanção como alguns defendem, aos fatos havidos anteriormente à sua vigência, implica em ofensa à garantia constitucional da irretroatividade.

3. A lei que alterar o processo eleitoral somente será aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (CF, art. 16).

4. O processo eleitoral a que alude o dispositivo constitucional não se refere à norma em sentido processual, instrumental, mas à disputa eleitoral em si, cuja largada é a captação de eleitores e a linha de chegada a diplomação dos eleitos.
5. A atipicidade do fato resulta na circunstância de o ato praticado não estar previsto na LC n. 135/2010 como apta a gerar a inelegibilidade do candidato.
6. A contrário do entendimento esposado pelo TSE, há direito adquirido a registro desde que o obstáculo à pretensão decorra de fato anteriormente reconhecido pela Justiça Eleitoral como inapto ao indeferimento.
7. Impugnação julgada improcedente.
8. Registros deferidos, vez que os respectivos processos encontram-se devidamente instruídos com os documentos exigidos pela legislação vigente.

ACORDAM os Juízes Membros do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, à unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade de parte e deferir os registros dos suplentes Fernando Ribeiro e Francisco Ribeiro. No mérito, por maioria, julgar improcedente a impugnação e, via de consequência, deferir o registro de Jader Fontenelle Barbalho, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º, i, k da Lei n. 64/1990, com redação alterada pela LC n. 135/2010, nos termos do voto do Relator. Vencido o Desembargador Ricardo Ferreira Nunes e os Juízes Paulo Gomes Jussara Júnior e Daniel Santos Rocha Sobral.
Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Pará.
Belém, 04 de agosto de 2010.

Desembargador JOÃO JOSÉ DA SILVA MAROJA
Presidente

Juiz JOSÉ RUBENS BARREIROS DE LEÃO
Relator

Dr. DANIEL CÉSAR AZEREDO AVELINO
Procurador Regional Eleitoral

ANEXO J – Ementa do Recurso Ordinário n. 645-80 TSE

**TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
ACÓRDÃO**

RECUSO ORDINÁRIO N. 645-80.2010.6.14.0000 – CLASSE 37 – BELÉM – PARÁ

Relator: Ministro Arnaldo Versiani

Recorrente: Ministério Público Eleitoral

Recorrido: Jader Fontenelle Barbalho

Advogados: Sábado Giovani Megale Rossetti e outros

Inelegibilidade. Renúncia.

Aplicam-se às eleições de 2010 as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010, porque não alteram o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta n. 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. Hamilton Carvalhido).

As inelegibilidades da Lei Complementar n. 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei.

Tendo renunciado ao mandato de Senador após o oferecimento de denúncias capazes de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição Federal, é inelegível o candidato para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura, nos termos da alínea *k* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, acrescentada pela Lei Complementar n. 135/2010.

Não compete à Justiça Eleitoral examinar a tipicidade do fato que deu origem à renúncia, para verificar se o Senador sofreria, ou não, a perda de seu mandato por infração a dispositivo da Constituição Federal.

Recurso ordinário provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 1º de setembro de 2010

ARNALDO VERSIANI – RELATOR

ANEXO K – Ementa do Recurso Extraordinário n. 631.102 PARÁ

27/10/2010 PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.102 PARÁ

RELATOR :MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECTE.(S) :JADER FONTENELE BARBALHO
ADV.(A/S) :JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) :FRANCISCO WILSON RIBEIRO
INTDO.(A/S) :FERNANDO DE CASTRO RIBEIRO

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART. 14, § 9º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE, PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E VIDA PREGRESSA. INELEGIBILIDADE. REGISTRO DE CANDIDATURA. LEI COMPLEMENTAR 135/2010. FICHA LIMPA. ALÍNEA K DO § 1º DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR 64/1990. RENÚNCIA AO MANDATO. EMPATE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO DESPROVIDO.

O recurso extraordinário trata da aplicação, às eleições de 2010, da Lei Complementar n. 135/2010, que alterou a Lei Complementar n. 64/1990 e nela incluiu novas causas de inelegibilidade. Alega-se ofensa ao princípio da anterioridade ou da anualidade eleitoral, disposto no art. 16 da Constituição Federal.

O recurso extraordinário objetiva, ainda, a declaração de inconstitucionalidade da alínea k do § 1º do art. 1º da LC n. 64,1990, incluída pela LC n. 135/2010, para que seja deferido o registro de candidatura do recorrente. Alega-se ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da presunção de inocência, bem como contrariedade ao art. 14, § 9º da Constituição, em razão do alegado desrespeito aos pressupostos que autorizariam a criação de novas hipóteses de inelegibilidade.

Verificado o empate no julgamento do recurso, a Corte decidiu aplicar, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para manter a decisão impugnada, proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Recurso desprovido. Decisão por maioria.

ANEXO L – Ementa do Registro de Candidatura n. 4995-41

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS

Registro de Candidatura n. 4995-41.2010.6.13.00000

Procedência: Belo Horizonte/MG

Requerente(s): Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB

Candidato: Leonidio Henrique Correa Bouças, cargo Deputado Estadual, n. 15130

Relator: Juiz Maurício Soares

ACÓRDÃO

Registro de candidatura. Deputado Estadual. Eleições 2010. Ação de Impugnação de Registro de Candidatura - AIRC. Ação Civil Pública. Condenação por órgão colegiado em improbidade administrativa. Preliminares:

Alegação de Inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04/06/2010 por violação da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF/88). Rejeitada.

Inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa para as eleições 2010 verificada. Rejeitada.

Mérito. Inelegibilidade. Ausência de Certidão Negativa negativa de débito expedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN - ou do Juízo Eleitoral respectivo. Multa pendente. DARF's apresentados não são aptos a comprovar quitação, tendo em vista a possível incidência de juros moratórios. Falta de quitação junto a justiça eleitoral. Ausência de condição de elegibilidade. Ação Civil Pública. Condenação por órgão colegiado.

Impugnação procedente.

Registro indeferido.

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima identificado, ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, em rejeitar as preliminares, julgar procedente a impugnação e indeferir o registro, nos termos dos votos que integram a presente decisão.

Belo Horizonte, 30 de julho de 2010.

Juiz Maurício Soares
Relator

PUBLICADO EM SESSÃO

ANEXO M – Ementa do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 4995-
41.2010.6.13.0000

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO N. 4995-41.2010.6.13.0000 – CLASSE 37 – BELO HORIZONTE – MINAS GERAIS

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Agravante: Leonídio Henrique Correa Bouças
Advogados: Fabrício Souza Duarte e outros
Agravado: Ministério Público Eleitoral

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. ART. 1º, I, I, DA LC N. 64/90, COM REDAÇÃO DA LC N. 135/2010. CONSTITUCIONALIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONSTITUI PENA. INOVAÇÃO DAS TESES RECURSAIS. NÃO PROVIMENTO.

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

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover o agravo regimental, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 26 de outubro de 2010.

ALDIR PASSARINHO JUNIOR – RELATOR

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23/03/2011 PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 633.703 MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : LEONÍDIO HENRIQUE CORREA BOUÇAS

ADV.(A/S) : ARNALDO SILVA JÚNIOR

ADV.(A/S): RODRIGO RIBEIRO PEREIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DEMONINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).

I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC n. 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

II. O PRINCÍPIO DA ANTEIRIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação eleitoral.

III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições gerais de 2010.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e preliminarmente, em reconhecer a repercussão geral da questão relativa à aplicação da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições gerais de 2010; por maioria, em dar provimento ao recurso extraordinário e autorizar os relatores a, monocraticamente, aplicarem o art. 543-B, do Código de Processo Civil, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de março de 2011.

Ministro GILMAR MENDES
Relator

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**16/02/2012 PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.578 DISTRITO FEDERAL****RELATOR: MIN. LUIZ FUX****REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS-CNPL****ADV.(A/S): ADRIANA COSTA ALVES DOS SANTOS E OUTRO(A/S)****INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL****ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO****INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA****ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR N. 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXÉGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao *regime jurídico* – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.
4. Não é violado pela Lei Complementar n. 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.
5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.
6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n. 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*.
7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n. 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.
8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.
9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.
10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 53, § 6º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.
11. A *inelegibilidade* tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em *condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer*, e não se confunde com a *suspensão ou perda dos direitos políticos*, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.
12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.
13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas

“c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE n. 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a ação direta.

Brasília, 16 de fevereiro de 2012.

LUIZ FUX - Relator

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**16/02/2012 PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 29 DISTRITO FEDERAL****RELATOR: MIN. LUIZ FUX****REQTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA****ADV.(A/S): FABRÍCIO DE ALENCASTRO GAERTNER E OUTRO(A/S)****INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA****ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO****INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL****ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR N. 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao *regime jurídico* – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de

modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar n. 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n. 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*.

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n. 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 53, § 6º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A *inelegibilidade* tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em *condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer*, e não se confunde com a *suspensão ou perda dos direitos políticos*, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8

(oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE n. 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação.

Brasília, 16 de fevereiro de 2012.

LUIZ FUX - Relator

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**16/02/2012 PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 30 DISTRITO FEDERAL****RELATOR: MIN. LUIZ FUX****REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB****ADV.(A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)****INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL****INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA****ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR N. 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao *regime jurídico* – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda

ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar n. 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n. 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*.

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n. 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 53, § 6º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A *inelegibilidade* tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em *condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer*, e não se confunde com a *suspensão ou perda dos direitos políticos*, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8

(oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE n. 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação.

Brasília, 16 de fevereiro de 2012.

LUIZ FUX – Relator