

27/10/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 PARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, a questão é de todos conhecida e foi objeto de intenso debate quando discutíamos o caso Roriz.

Mas, como eu tive oportunidade de destacar, este caso ainda é marcado por outras peculiaridades destacadas no voto trazido pelo Ministro Marco Aurélio: renúncia ocorrida em 2001, duas eleições e agora se decide que o então candidato não é elegível, porque uma lei aprovada em junho busca um fato ocorrido em 2001 – 9 anos passados – para lhe atribuir efeitos jurídicos.

Essa é a descrição crassa, pura, grotesca, grosseira dos fatos. E, aí, se diz: “Não, mas não se trata de eficácia retroativa; é apenas uma 'disciplina' para as próximas eleições”.

Presidente, 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 estudentada, ter batido na esposa, ter batido numa criança; sei lá, qualquer desses fatos – e se diz: "Fica inelegível por 20 anos".

Aqui, no caso, nós percebemos inclusive um estratagema, que é o fato de que o legislador conseguiu multiplicar o tempo de inelegibilidade – porque 8 anos após o término do mandato a que renunciou! O que pode chegar a 16 anos.

Difícilmente, Presidente, vai-se encontrar um caso tão explícito, em tempos democráticos, de mais inequívoca retroatividade!

Difícilmente vai se encontrar um caso de mais escancarada, de mais escarrada – desculpem a expressão – retroatividade! E mais do que isso! 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

RE 631.102 / PA

escolher candidato. No caso do Distrito Federal, é evidente. Falou-se muito em emenda ou projeto de iniciativa popular, mas o que se tinha em mente era atingir um dado candidato.

Não posso antever o tipo de imaginação que se vai ter para as próximas eleições, detendo maioria no Congresso – em nome de uma suposta "higidez" moral. E nós devemos ficar advertidos desses acessos de moralismos; em geral eles descambam em abusos, quando eles não são, notória e notavelmente, falsos. Preconiza-se para o outro o que não se faz para si mesmo. É preciso, portanto, que nós estejamos atentos a isso.

Não é o caso, como eu disse, em outra oportunidade, quando julgamos aquele primeiro mandado de segurança. Não é este caso apenas que está jogo, é o tema, é o convite que estamos fazendo para um Congresso em que a maioria pode asfixiar a minoria.

Se há um exemplo notório de lei casuística é esta alínea "k": fez-se recortando o corpo do candidato para atingir determinado objetivo. Só isso bastaria para um repúdio claro – o Tribunal não precisaria se pronunciar sobre isso, bastaria aplicar o artigo 16. É uma situação que enche de constrangimento todos quantos participaram deste processo. E aí se faz uma coisa enviesada, que eu já tive oportunidade de repudiar quando votei naquele outro mandado de segurança: traz-se para cá a discussão sobre o processo penal.

E aí fica a pergunta. Naquele caso anterior, eu perguntava ao Procurador-Geral: Mas por que até agora não se ofereceu a denúncia se os fatos são tão claros? E aqui me pergunto por que o processo criminal não se encerrou passados 8 anos?

Aí nós vamos começar a pegar esses atalhos. Daqui a pouco podemos pensar – veja que é livre a imaginação! – um pai que tenha batido no filho, o espancado num tempo. Quer dizer, agora ele fica sem pátrio poder de forma definitiva, para sempre. E a gente poderia até aditar: "E será inclusive esterilizado para não ter mais filhos". Tudo isso seria legítimo nesse contexto! É livre a imaginação! É um convite para um salão de horrores! É preciso que estejamos atentos a isso.

Por isso, sabedor desse tipo de experiência, é que o constituinte de 88

RE 631.102 / PA

quis poupar o Tribunal desse constrangimento. E colocou esta cláusula, que não trata do direito adquirido, uma cláusula específica de segurança jurídica ao processo eleitoral para evitar essas interveniências indevidas, essa tentação que existe por parte da maioria. E que pode existir também, Presidente, por parte de grupamentos determinados da sociedade.

Eu disse, naquela outra assentada, que sequer um milhão, sequer dois milhões, sequer três milhões de assinaturas me impressionavam. A gente sabe como elas são colhidas; a gente sabe que por trás estão organizações partidárias, e se consegue assinatura para isso e para aquilo. Isto é apenas um índice para um processamento de uma ação; isto não retira a lei do modelo de controle de constitucionalidade.

Mas, volto a repisar, porque é bom que o Tribunal saiba e assuma as suas responsabilidades históricas, no caso específico da renúncia, aproveitou-se a carona de um projeto de lei de iniciativa popular e se fez uma emenda parlamentar, com nome e sobrenome, vinculada ao PT e que tinha interesse determinado em obter a exclusão de um candidato. **Lei, portanto, de caráter inequivocamente casuístico.**

Não precisaríamos entrar neste debate, se nós aceitássemos a aplicação do art. 16 da Constituição – e no recente julgamento do RE 630.147 (caso Roriz) eu repassei a jurisprudência deste Tribunal a propósito do artigo 16 – e há, Presidente, uma declaração solene desta Corte na ADI nº 3.685, uma decisão histórica, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se afirma que o artigo 16 compõe o plexo de cláusulas pétreas.

Logo, Presidente, veja Vossa Excelência, nós avançamos para dizer que, naquele caso, não poderia o Congresso Nacional, por emenda constitucional, alterar o modelo de coligações. Mas agora estamos dizendo ou podemos dizer que a escolha de candidatos passa a ser feita por critérios adotados pelo legislador. Aí se pode invocar a cláusula do § 9º, objeto de tantas distorções, e se dizer que ela própria – a Constituição – previu a possibilidade de que se considerasse "a vida pregressa do candidato". E, logo assim, ela mandou que se considerassem fatos da vida passada do candidato, e por isso, a Constituição autorizaria esse desatino.

RE 631.102 / PA

Presidente, veja a falácia que está embutida nessa afirmação. O que o texto manda fazer é levar-se em conta a experiência jurídica dos povos e considerar-se abstratamente fatos que no contexto dessa experiência comumente ocorrem; mas não aplicar retroativamente, porque isto seria realmente mandar violar o texto constitucional!

É aquilo que Geraldo Ataliba dizia: que a gente nem precisa identificar o fundamento da inconstitucionalidade, porque é aquele tipo de cláusula que viola a Constituição "de Deus a Melo Viana", dizia Geraldo Ataliba referindo-se à Constituição de 1946.

Veja, Vossa Excelência, Presidente: "vida progressa" significa dizer "que o indivíduo tenha feito isto". Mas a lei tem que ser anterior! É a experiência jurídica dos povos que sinaliza, e não mandar aplicar retroativamente lei! É disso que se cuida! Não é aqui um cheque em branco para pegar fatos do passado, até porque isso leva a coisas horrendas – absurdas, horripilantes, casuísticas! – como estamos a ver. Certamente, constrangedoras, Presidente!

Imagino que o legislador, nesse contexto, poderia buscar uma renúncia ocorrida há cinquenta anos – não teria nenhum problema. Porque não há limites para o absurdo! Dizer que isso é "aplicação imediata da lei", é alguma coisa que faz corar frade de pedra, Presidente. É alguma coisa realmente constrangedora. Mas tudo isso pode ser evitado com uma simples aplicação – esta é a inteligência constitucional – do artigo 16. Tão somente esta aplicação já evitaria uma série desse quadro horrendo de barbáries.

Já tive oportunidade, num aparte ao Ministro Marco Aurélio, Presidente, de dizer que as consequências dessa decisão em relação à renúncia faz com que aqui haja um tratamento muito mais gravoso do que a aplicação de uma sentença transitada em julgado, com uma pena aplicada por um prazo longuíssimo – 12 anos que fossem – de privação de liberdade, com a suspensão dos direitos políticos. Aqui, veja, mediante um "trick", mediante uma esperteza legislativa, conseguiu-se um resultado que se vai para além dos 8 anos, com o objetivo específico.

Portanto, Presidente, se a aplicação da lei sem a observância do

RE 631.102 / PA

artigo 16 já se revelava, *in genere*, absurdo, este caso realmente tem especificidades.

O Ministro Marco Aurélio, nas suas incursões, fez uma consideração sobre o atual estágio do mandato do parlamentar, ora impetrante: Está ele com os direitos políticos suspensos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Alguém inelegível exercendo mandato!

O SENHOR MINISTRO GILMA MENDES - Como se responde a essa pergunta? Mas veja que essa pergunta mostra que a lei, neste ponto, não passa em um elementar teste de razoabilidade, porque estamos inventando uma nova forma de cassar mandato!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A lei passa. O que não passa é a interpretação que vem sendo dada a essa lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas se é esse o intuito, se é essa a interpretação, veja, Vossa Excelência, o resultado abstruso que se produz. Realmente, é algo que constrange, é algo que nos leva a pensar sobre uma falha sistemática. Eu nem vou entrar, Presidente, nessa análise "*naif*" – desculpe-me – de que: “Ah, houve um apelo popular” – iniciativa popular – e que “o Congresso aquiesceu com esse tipo de manifestação e que, por isso, o Judiciário pouco pode fazer”.

Nem vou perscrutar as razões dos movimentos, mas quem acompanha a cena política, como fazemos já há muitos anos, sabemos bem – muito bem – em que estágio e em que situação o Congresso aprovou esta lei: sob uma pressão enorme, com o temor de ter que enfrentar a renovação dos mandatos no momento seguinte. Tanto é que as próprias emendas de redação eram amplamente discutidas e censuradas!

RE 631.102 / PA

A fórmula adotada tinha que ser aceita – apresentada no Congresso, o Congresso tinha que votar – sob pena de estar cometendo um crime de lesa-"majestade"; no caso, o povo.

Em democracia constitucional, o povo não é soberano.

Mas há esse tipo de *insights* para justificar qualquer barbárie. Veja, Presidente, que nós já tivemos situações, já se pretendeu, que penas já aplicadas, de inelegibilidade, de 3 anos, se convolassem em penas de 8 anos, dizendo-se que isso não era aplicação retroativa!

Isso não faz mal, apenas, à biografia dos partícipes deste processo. Isso faz muito mal, Presidente, é para a democracia constitucional, porque mostra que os controles são extremamente falhos.

No recente julgamento do RE 630.147 (o caso Roriz), já falei sobre a *igualdade de chances*. Evidente que este é um princípio, hoje, referendado pela Corte como um princípio constitucional, e ele vai restar prejudicado, porque agora passamos a selecionar quem são os adversários, a partir deste modelo.

Aí se disse: “Ah, mas as condições foram estabelecidas em junho, quando já todos sabiam e os partidos escolheram, assim mesmo, os candidatos”. Na discussão passada, nós vimos que o processo eleitoral é muito mais complexo. Não se constrói um candidato de uma hora para outra. A nulificação de um candidato, obviamente, tem efeitos definitórios de uma eleição, Presidente. Não sejamos ingênuos. É disso que se cuida quando se faz lei de teor casuístico. É disso que se cuida quando se afronta essa ideia – básica – da igualdade.

É fundamental, portanto, que estejamos atentos a essas consequências das decisões que tomamos: nós podemos estar comprometendo o modelo de democracia constitucional, estimulando essas aventuras, a feitura dessas leis de caráter casuístico e oportunístico. É preciso ter muito cuidado.

O Ministro Marco Aurélio já invocou aqui, Presidente, o precedente do Tribunal a propósito da irretroatividade, talvez uns dos patrimônios mais caros desta Corte, em que ela pode se colocar no cenário das Cortes mundiais, que diz respeito exatamente ao controle da aplicação da lei

RE 631.102 / PA

retroativa, a partir da riquíssima jurisprudência do Tribunal sobre ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.

E nós todos já rememoramos as lições do nosso Mestre Moreira Alves a propósito desse tema. Veja que o Tribunal não cedeu às conveniências, de ordem econômica e financeira, em relação a planos econômicos – toda vez que havia intervenção em contratos –, e a pressão era enorme, e a racionalidade dos apelos era imensa. O Tribunal não cedeu a esses apelos e a esse tipo de pressão quando lidou com esses diplomas, que eram, muitas vezes, intervencionistas nas relações contratuais.

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

"Normalmente as leis dispõem para o futuro, não olham para o passado. Em consequência, os atos anteriores à vigência da lei nova, regulam-se não por ela, mas pela lei do tempo em que foram praticados - *tempus regit actum*. Entretanto, algumas leis afastam-se, excepcionalmente, dessa regra e retrocedem no tempo, alcançando fatos pretéritos ou os seus efeitos. Tais leis chamam-se retroativas. Mas a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade. Desse ponto de vista, distinguem-se, em direito civil – dizia Matos Peixoto, citado por Moreira Alves – três graus de retroatividade: máxima, média e mínima."

Isso já foi referido no voto do Ministro Marco Aurélio. E Matos Peixoto, então, dizia:

"Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consumados. Está nesse caso, por exemplo, a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres, os juros já recebidos. Também o era a lei francesa de 12 de brumário, do ano II (3 de novembro de 1793), que admitiu esses naturais à sucessão paterna e materna em igualdade de condições com os filhos legítimos, desde 14 de

julho de 1789, data em que, segundo as leis revolucionárias da época, *les droits de la nature ont repris leur empire*. A retroatividade operava radicalmente no passado, até a data referida, refazendo mesmo as partilhas definitivamente julgadas. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos.

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

E prosseguia, então, o Ministro Moreira Alves:

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

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

“Quando uma lei atinge os efeitos dos atos jurídicos praticados ou as situações jurídicas constituídas, ou os direitos subjetivos adquiridos sobre o império da lei caduca, diz-se que é retroativa. Os princípios de direito intertemporal têm por escopo indagar em que casos ocorre a retroatividade da lei, e formular as regras, segundo as quais o aplicador se informa de quando o efeito imediato

da lei não envolve uma atuação retrooperante. Noutros termos, sob a rubrica Direito Intertemporal, a Ciência Jurídica formula os princípios que devem nortear o intérprete na conciliação daqueles dois cânones fundamentais do ordenamento jurídico, que são a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas.”

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

“Se esse fato foi inteiramente exaurido na lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito pode gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem, necessariamente, sobre eles um império absoluto.

O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àquelas situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhados pela nova lei revogadora.”

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

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

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

O argumento de que a lei pretérita só pode ser tomada em consideração, pelo juiz, tanto quanto lhe autorize ou lhe dê força a lei vigente e obrigatória, é

RE 631.102 / PA

possível em países onde a irretroatividade da lei não for princípio constitucional.”

Vejam essa observação, portanto, de Serpa Lopes:

“Mas onde quer que, como acontece entre nós, a irretroatividade constituir um princípio constitucional, a lei pretérita tem força de aplicação em se cogitando de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída, ou de um julgado de que não caiba mais recurso.”

Presidente, são tantos os magistrários a propósito dessa questão que ela é, de fato, pacífica entre nós. O artigo 16, nesse sentido, é uma norma especial de reforço, tendo em vista a nossa experiência constitucional, a experiência do nosso constitucionalismo em relação aos abusos tradicionais. Há tentação majoritária de interferir no processo eleitoral. Por isso, o artigo 16 como norma especial neste quadro magno de segurança jurídica.

É isto que precisa ser ressaltado, Presidente. E é isto que precisa ser observado: O artigo 16 seria suficiente para encerrar essa controvérsia. Porque não há dúvida de que nós estamos tratando, sim, de processo eleitoral. Sobre essa questão, teci longas considerações no recente julgamento do RE 630.147 (o caso Roriz), as quais incorporo a este caso.

Eu fico a imaginar que, agora, o legislador será convidado, daqui a pouco não será mais suficiente a condenação em segundo grau. Aí bastará a condenação em primeiro grau. Depois, vai ocorrer um outro sentimento de necessidade de "depuração" do ambiente político. E é bom ver, Presidente, que esse tipo de mensagem começa a namorar com pensamentos autoritários, quando se começa a tentar tutelar a sociedade e o próprio eleitor; nós já temos um namoro com pensamentos que gravitam em torno do nazifacismo. Aí a gente pode pensar: “Ah, quem sabe apenas a denúncia recebida”. O governo militar teve esse ímpeto, não é, Ministro Celso?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Veja, Vossa

RE 631.102 / PA

Excelência, a que tipo de retrocesso e de sandice nós podemos estar submetidos. O regresso a uma lei odienta e hedionda foi proposto nessa iniciativa popular! Veja que tipo de sandice se pode propor ao Congresso Nacional em nome de iniciativa popular! Em nome dessa chamada "higidez" moral.

Mas aí se pode, também, fazer seleção nesta sequência de absurdos. Pode-se imaginar, por exemplo, a denúncia, por determinados crimes, para selecionar quem deve ser o adversário da maioria nas eleições; como ocorreu neste caso específico! É bom que se saiba que, aqui, se teve este desígnio! Lei casuística para ganhar eleição no tapetão! Esse tipo de covardia que faz a maioria contra a minoria! Isso não tem nada que ver com o princípio da moralidade! Ela, em si mesma, é uma imoralidade!!! É disso que nós estamos a falar!!!

E é preciso que nós assumamos as consequências dos nossos atos!

Mas vamos prosseguir no teatro dos absurdos. Vamos, agora, imaginar que já não é bastante a denúncia recebida. Inquérito. Inquérito determinado. Inquérito com determinados tipos processuais. Também pode impedir. Porque não há limite. É "vida pregressa", segundo esse critério. Ocorreu no passado. Não há freios para isto!!!

Qual o limite que se está estabelecendo? E aí se responde, num positivismo odiento também: estamos aplicando a lei que o Congresso aprovou.

Ora bolas! As cortes constitucionais e as cortes de justiça existem para controlar o que a maioria, num desatino, faz; e não para aplicar cegamente a lei!

É evidente que este argumento da "vida pregressa" serve para uma série de práticas subservientes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Até aqui ele teria, pelo que sei, simples imputações contra si.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E há uma mescla, no caso da renúncia. Porque, quando se discute a renúncia, vem com um argumento de que: "Ah, mas havia, subjacente, fatos criminais". E aí

RE 631.102 / PA

passam-se os anos e o processo também não se conclui.

No outro caso, eu chamava a atenção para esse fato e repito: “Ah, há um inquérito”. Mas e aí? Quatro anos não foram suficientes para o Ministério Público oferecer a denúncia?

Inclusive, Presidente – e isso já foi objeto de discussão, já conversei até mesmo com o Procurador-Geral, Gurgel –, é preciso encerrar esse ciclo do "ao ao" (ao PGR, à PF, ao STF...), dos inquéritos que tramitam aqui por doze anos sem definição. Porque fica o inquérito tramitando: vai à Procuradoria, vai à Polícia Federal, as diligências são inconclusas. O processo político, por definição, é um processo dialético. As pessoas estão em confrontação. E como que o adversário age em relação ao outro? Ele age contra o outro fazendo acusações. Hoje ele faz também denúncias ao Ministério Público; naturalmente, isso faz parte do processo.

Naturalmente, isso faz parte do processo. Aí, tem lá amanhã um inquérito civil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E, muitas vezes, Ministro Gilmar, nas próximas eleições, eles estão juntos disputando uma eleição, mas o inquérito ainda está rodando os gabinetes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade, por conta das composições e coalizões; mas é natural. Na Câmara de Vereadores se dirige ao promotor; o promotor instaura um inquérito civil, daqui a pouco convola numa investigação criminal ou numa denúncia, e assim por diante. E aí nós começamos a valorar esses fatos retroativamente.

Presidente, veja Vossa Excelência, portanto, que, de fato, em termos de aplicação, nós podemos realmente estar vivendo um quadro de teatro dos absurdos. E este caso serviu para mostrar bem. Porque, se estamos diante de um caso específico em que não há direitos políticos suspensos, veja o que diz o artigo 15 da Constituição, voltando então ao argumento do Ministro Marco Aurélio:

"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

RE 631.102 / PA

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 - que tem previsão expressa no texto constitucional*".

Agora, nós temos que acrescentar mais uma cláusula quando o Congresso aprovar uma lei de inelegibilidade e a Justiça Eleitoral decidir aplicá-la a um candidato que tenha mandato. Também haverá cassação do mandato político. Porque, senão, nós não vamos ser coerentes. Porque teremos alguém que não tem direito político exercendo mandato.

Só esta pergunta já constrange um aluno do primeiro ano de Direito: Como aceitar esta premissa e não cassar o mandato?

Presidente, estamos, realmente, vivendo dias singulares, heterodoxos, em termos de Direito. Sem dúvida nenhuma, cancelar a aplicação da lei, neste caso, nove anos, oito anos decorridos, é, com as vênias de estilo, a barbárie da barbárie.

Inclusive eu tenho outras preocupações. Alguém poderá dizer: "Ah, por que está tão preocupado com as leis, se nós temos os tribunais para evitar os seus excessos, os excessos de sua aplicação?" Nós estamos a ver que não é assim, que, infelizmente, as coisas ocorrem, Presidente.

Mas eu temo, também, Presidente, inclusive pelo poder dos tribunais na aplicação desse tipo de lei. É melhor que eles não tenham o poder de aplicar esse tipo de lei, porque isso gera distorções muito sérias, como a experiência histórica recente está a assinalar.

Eu me lembro de que, creio, quando Presidente do TSE, participei de um seminário coordenado pelo TRE do Rio de Janeiro sobre essa questão – antes, portanto, desta lei – da aplicação desse ideário da ficha limpa. E havia, então, os mais diversos teóricos sobre este tema. O grande defensor da aplicação da ficha limpa era o desembargador Roberto Wider.

RE 631.102 / PA

Presidente do TRE, gozava de um enorme prestígio. Cheguei a perguntar aos juízes, alguns jovens juízes, que integravam a sua grei, como eles identificavam um candidato com ficha limpa, de outro, sem os critérios. Eles pareciam que percebiam pelo DNA, identificavam pelo “jeitão”.

Eu até compreendi, à falta de outros critérios jurídicos, que aquela era uma tentativa desesperada de dar uma resposta à população do Rio de Janeiro, em relação à criminalidade na política. Mas manifestei, publicamente, a minha desconfiança em relação a tudo aquilo que eu via, porque esse tipo de poder subjetivo a gente não deve querer, nem para si mesmo!

Isso faz parte da *democracia crítica*. Sobre esse tema, lembro a fascinante passagem da obra de Zagrebelsky sobre a cruxificação e a democracia. Diz Zagrebelsky:

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

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

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

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

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma

forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

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

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

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

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

vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.

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

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

É preciso criar critérios gerais. E aqui o melhor é que a Justiça Eleitoral intervenha menos no processo, e não mais!!!

Quase que, por constrangimento, eu não contava o final dessa história. Mas vou contar onde isso foi parar.

Matéria de "O Globo", deste ano, sobre essas várias questões, diz o seguinte:

“Enquanto o desembargador ocupava a presidência do TRE-RJ, em campanha contra os chamados candidatos de ficha suja, nas eleições de 2008, Raschdovsky” - um advogado ou lobista - “atuou nos bastidores para oferecer blindagem aos políticos mais problemáticos. Um ano após as eleições, cinco deles e um advogado de candidato contaram, em caráter reservado, que o lobista pediu quantias variando de R\$ 200 mil a R\$ 10 milhões para limpar as fichas, livrando-os do risco de impugnação ou cassação do diploma.”

RE 631.102 / PA

Presidente, nem o Judiciário deve desejar ter esse tipo de poder de fazer esse tipo de juízo, porque isso vai se prestar a artificialismo desta sorte.

Veja Vossa Excelência, Presidente, que não se trata, portanto, de ser a favor ou não da lei da ficha limpa; trata-se apenas de buscar uma aplicação adequada e de fazer as correções devidas.

Outro episódio sobre o julgamento de ontem a que me referi – o Ministro Marco Aurélio também se referiu – , que provocou a réplica da Ministra Cármen Lúcia, ressalta a distorção a não mais poder desta lei, o seu caráter casuístico. Quem renunciou no contexto de uma CPI não está inelegível, mas quem renunciou com uma representação numa comissão de ética está. Por quê? Porque a lei diz assim e não nos cabe perscrutar quais são as razões "soberanas" do legislador. Não há legislador soberano no estado constitucional.

E é este o problema: o tipo de poder que se está dando ao Congresso Nacional, os grupamentos de pressão. Porque, se nós, que temos diálogo com muitos parlamentares, conversarmos com os parlamentares, saberemos que, muito provavelmente, num quadro de normalidade, num ambiente pós-eleitoral, o Congresso faria uma outra lei, com as devidas cautelas. É preciso, portanto, ter muito cuidado com todos esses "ismos".

A própria aplicação do princípio da moralidade, pelo Judiciário, precisa de ter respaldo em norma específica, sob pena de cair num subjetivismo e, por isso, em arbitrariedade. E excessivamente motivada, não às vezes, por razões escusas, abjetas; mas que seja apenas por uma vontade de punir, por um acerto de contas político – já será susceptível de repúdio.

Por isso, Presidente, pelas razões que eu já expendi, aqui, longamente, no meu voto proferido no Recurso Extraordinário sobre o mesmo tema (RE 630.147), considerando que esta lei apanha fato anterior – e, neste caso, como estamos vendo, muito anterior! – e veja, como nós não estamos julgando apenas o caso, mas estamos julgando a tese, é fundamental, nós vamos assentar que não há limites ao legislador; que o

RE 631.102 / PA

legislador poderá apanhar fatos de cem anos!

Como eu disse, isso é digno do mais veemente repúdio. Mais veemente repúdio do ponto de vista constitucional. Mais veemente repúdio do ponto de vista hermenêutico! Mais veemente repúdio do ponto de vista político!

Lembraram bem os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que esta Corte repudiou claramente este "apanhar fato passado para atribuir-lhe consequência jurídica", na ADI referida. E lá nós estávamos a falar de consequências, talvez, até menores em relação à repercussão para o direito subjetivo do que ocorre aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Direito inerente à cidadania é fundamental, de início é fundamental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós estamos a falar da organização dos partidos políticos e de sua representação. Veja que isso ficou muito claro nos votos vencedores de então, por exemplo, o voto vencedor do Ministro Marco Aurélio:

"Frise-se, por oportuno, que o inciso IV do artigo 17 da Carta em vigor, no que preceitua o funcionamento parlamentar de acordo com a lei não diz respeito, em si, à legitimidade para a indicação de candidatos a concorrerem a pleito eleitoral. Junge isto, sim, à atuação político-partidária no âmbito de cada Casa Legislativa ao que previsto em lei.

O dispositivo não tem o condão de abrir ao legislador ordinário a possibilidade de limitar a participação nos certames eleitorais dos pequenos partidos, afastando, assim, a representação das minorias."

Vossa Excelência, Min. Marco Aurélio, falava exatamente sobre a função desta Corte na defesa das minorias.

"Nítida é a diferença entre a atual Carta e a anterior. Na de 1969, dispôs-se mediante a regra do inciso II do § 2º do artigo 152, minimizando-se o princípio da autonomia partidária e o desempenho e igualdade de condições, que o funcionamento dos partidos políticos ficava jungido à filiação de pelo menos 10% (dez por cento) dos representantes da Câmara dos

Deputados e do Senado Federal, que tivessem como fundadores, assinados os atos constitutivos, ou o apoio expresso em votos de 5% (cinco por cento) do eleitorado que participara da última eleição geral da Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles. Nota-se, isto sim, que o legislador ordinário, em última análise, revelado pela atuação dos grandes partidos, considerado os dados fáticos já conhecidos, diante da extirpação das condições fixadas na Carta pretérita pelo legislador constituinte de 88, resolveu reeditá-las, colocando em segundo plano os pequenos partidos registrados definitivamente no Tribunal Superior Eleitoral, alguns deles tendo apresentando candidatos nas últimas eleições. Olvidar-se tratar-se de matéria incompatível com as novas regras constitucionais, e somente poderia estar compreendido e disciplinado na própria Carta, como ocorria com a anterior.

O conflito com a Constituição Federal, em vigor, no que se mostra diversa da pretérita que previa a limitação, é conducente ao acolhimento do pedido inicial (...)”

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

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

Não vejo no *caput* do artigo 5º, nas expressões que estão sendo consideradas inconstitucionais ('desde que, nesse último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei'), falta razoabilidade, nem mesmo ferido o princípio da isonomia. Vejo diferença, e muita, entre partido com registro provisório e partido com registro definitivo, porque só este último já demonstrou seu caráter nacional.

RE 631.102 / PA

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

O que me chocou, porém, durante todo o debate, foi o argumento de que não consigo superar, no sentido de que a lei está partindo de fatos já ocorridos..."

Presidente, chamo atenção para essa passagem do voto do Ministro Sydney Sanches:

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

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vou até chegar lá, mas Vossa Excelência pode citar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Verdade. Vou chegar até esse ponto para tratar de um outro aspecto, que é da lei arbitrária.

"Considerarei esse argumento" - dizia então o Ministro Sydney Sanches - "irrespondível, tanto mais porque, durante o debate, não o vi devidamente rebatido. Lamento ter de tomar essa posição, porque na verdade sou simpático à causa da limitação da atuação dos partidos políticos, para que não se chegue ao caos e aos notórios abusos da prática partidária e eleitoral, no Brasil, mas não vejo, nesta lei, a solução correta para o problema. A lei não é razoável, quando leva em conta o passado dizendo quais os partidos que não podem concorrer."

Agora estamos dizendo, valendo-nos do passado, quais os candidatos que não podem concorrer. Continua Sydney Sanches:

"Isso de certa forma é um casuísmo."

Presidente, repito, dizia Sydney Sanches: "*Isso, de certa forma, é um casuísmo.*" Veja que tem jurisprudência na Corte sobre o tema, Presidente.

"Estaria disposto, com muito prazer, a acompanhar as posições dos Srs. Ministros FRANCISCO REZEK, CARLOS VELLOSO e SEPÚLVEDA PERTENCE fossem outros os critérios da lei, se voltada, apenas, para o futuro."

Daí ter declarado também inconstitucional o conjunto normativo.

Na mesma linha, o Ministro Néri da Silveira dizia:

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

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

processo eleitoral.

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

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

Presidente, de novo, com palavras idênticas, o Ministro Néri da Silveira a apontar o casuísmo da legislação de então e a sua incompatibilidade, por isso, com a Constituição: adoção de critério existente no passado para vincular o futuro.

Mas isso já foi observado pelo Ministro Celso de Mello. O enquadramento em termos de dogmática constitucional se deu com a observação – um voto curtíssimo – do Ministro Moreira Alves, que mostrou, Presidente, que a questão se punha – de novo volto a repetir – a apanhar fatos passados para atribuir-lhes efeitos no processo eleitoral. Dizia ele:

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

Parece que estava falando hoje, Presidente, para este caso, para nos constranger, e constranger a todos que entendem que essa lei pode ser

RE 631.102 / PA

aplicada. E continuava o Min. Moreira Alves:

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

Como lembraram os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, portanto, a Corte, Presidente, já enfrentou esse tipo de questão, especialmente na seara político-partidária, para dizer não a esse tipo de aplicação.

E, no caso específico, nós estamos a ver, não se trata de uma aplicação para o fato ocorrido na imediatidade da aprovação da lei. Não. Nós estamos a falar de algo que se deu há quase dez anos e, sem nenhum outro critério, nós não temos limite. O legislador poderá apanhar fatos de vinte e de trinta anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma surpresa terrível para aquele que exerceu um direito potestativo, sabendo à época as consequências jurídicas desse exercício.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, sobretudo, um sobressalto para o futuro, porque quem detiver a maioria poderá definir critérios para...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Afastar este ou aquele candidato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Afastar; cassar mandatos, Presidente. Nós não estamos falando apenas de inelegibilidade, porque, quando se estabelece esse tipo de critério, se está introduzindo uma nova cláusula de cassação de mandatos. Não estabelecer que a lei se aplica para o futuro gera esses absurdos constrangedores.

Veja, portanto, não é só essa a jurisprudência cautelosa do Tribunal nesta matéria eleitoral. Vossa Excelência mesmo, Ministro Marco Aurélio, foi Relator daquele histórico caso da ADI sobre a cláusula de barreira

RE 631.102 / PA

(ADI 1.351), em que também a maioria estabeleceu, e ainda que era para o futuro, restrições tão angustas que dizimavam a representação parlamentar. E nós, seguindo o voto de Vossa Excelência, declaramos a inconstitucionalidade em respeito à minoria.

Eu finalizo, Presidente, e peço desculpas por ter me estendido, mas não é por conta apenas deste caso, mas é da tese, Presidente. É que, na outra assentada, eu não tive tempo de preparar um voto mais completo e eu tive que fazer essas mal alinhavadas linhas – eu peço desculpas ao Tribunal –, não consegui fazer um voto mais articulado, porque sabem os senhores toda a azáfama, todo o trabalho que nós temos; mas, na outra assentada, eu me concentrei no artigo 16 porque achei que era suficiente para resolver a questão e dei uma palavra apenas de consideração sobre o tema da eficácia retroativa.

Mas, neste caso, o absurdo é tão gritante que salta aos olhos e reclama um posicionamento, não apenas para o caso, mas para um posicionamento histórico desta Corte; para que nós saibamos, no futuro, quais são as nossas responsabilidades, que porta nós estamos abrindo para abusos, para eventuais autocracias, para eventuais namoros e flertes, inclusive com propostas autoritárias ou totalitárias.

O Ministro Celso de Mello lembrava que a proposta de iniciativa parlamentar, de iniciativa popular, resgatava um odioso dispositivo da ditadura: inelegibilidade com denúncia recebida. Portanto, nós não estamos muito distantes de, daqui a pouco, uma *notitia criminis* ser causa de inelegibilidade, sobre um determinado crime, para atingir determinado candidato – a governador ou a senador – num Estado determinado!!!

É esse o constrangimento que nós temos que assumir perante o país! É essa a responsabilidade histórica que cai sobre o Supremo Tribunal Federal!!! Em nome de um moralismo, cancelar fórmulas que podem flertar com o nazifacismo!!!

É preciso ter muito cuidado, Presidente; é por isso que eu me estendi, porque não se trata de estar julgando este caso. Nós podemos estar abrindo as portas para abusos ilimitados!!!

RE 631.102 / PA

Que é uma lei casuística, já não se precisa falar!!! Foi lei feita para resolver eleição no Distrito Federal!!! E atingiu, de resvalo, alguns candidatos que inclusive eram da base de governo! Não constava, inclusive, da iniciativa popular! Bastaria isso para termos um constrangimento histórico!

Mas, nós podemos abrir cancelas para abusos notórios nesta área! Passarmos a selecionar adversários a partir do critério de inelegibilidade!

Presidente, com todas essas razões e com toda essa ênfase, eu provejo o recurso!!!