

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.212 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
REQTE.(S) : PARTIDO NOVO
ADV.(A/S) : ANTONIO RODRIGO MACHADO DE SOUSA E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
AM. CURIAE. : DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO
TRABALHISTA BRASILEIRO ; PTB
ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo PARTIDO NOVO, em face da Emenda Constitucional 123/2022, que altera “o art. 225 da Constituição Federal para estabelecer diferencial de competitividade para os biocombustíveis; inclui o art. 120 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reconhecer o estado de emergência decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes; autoriza a União a entregar auxílio financeiro aos Estados e ao Distrito Federal que outorgarem créditos tributários do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) aos produtores e distribuidores de etanol hidratado; expande o auxílio Gás dos Brasileiros, de que trata a Lei nº 14.237, de 19 de novembro de 2021; institui auxílio para caminhoneiros autônomos; expande o Programa Auxílio Brasil, de que trata a Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021; e institui auxílio para entes da Federação financiarem a gratuidade do transporte público”.

O requerente sustenta que a EC 123/2022 viola a cláusula pétrea que assegura o voto direto, secreto, universal e periódico (CF, art. 60, § 4º, II), tendo em vista a presença, no caso, de desvio de finalidade, evidenciado pela manifesta intenção de criar benefício eleitoral tendente a restringir a plena liberdade do voto.

ADI 7212 / DF

Narra que o texto constitucional prevê, de forma taxativa, apenas duas modalidades de estado de exceção: (i) o Estado de Defesa (CF, art. 136) e (ii) o Estado de Sítio (CF, art. 137). Segundo o requerente, exatamente em face da excepcionalidade que representam, somente essas duas formas, decorrentes de normas constitucionais originárias, seriam admissíveis, sendo inviável que uma emenda constitucional crie nova hipótese de estado de exceção.

Aduz que, durante a crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19, não foi necessária a criação de nova hipótese de estado de exceção – crise essa de inequívoca e superlativa gravidade –, inexistindo, em razão do aumento de preços do petróleo, combustíveis e seus derivados, qualquer fundamento para concepção de uma nova categoria de estado de exceção.

Alega que a EC 123/2022 foi aprovada como uma forma de burlar a anterioridade eleitoral (CF, art. 16), pois, diante da impossibilidade de uma lei ordinária alterar o processo eleitoral dentro do lapso previsto no referido dispositivo constitucional, foi necessária a promulgação de uma emenda à Constituição para atingir um fim ilícito, porquanto busca, ao fim e ao cabo, afetar o processo eleitoral e turbar a vontade livre e consciente do povo.

Aponta, por fim, a ocorrência de inconstitucionalidade formal, porquanto, no curso do processo legislativo, foi apensada à PEC 15/2022 a PEC 1/2022, que versava sobre matéria totalmente diversa daquela inicialmente em tramitação. Além disso, foram suprimidas prerrogativas parlamentares, como a de apresentação de emendas e de análise de admissibilidade perante a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, tudo a configurar uma manipulação abusiva das regras regimentais.

Requer a declaração de inconstitucionalidade da EC 123/2022.

O Ministro André Mendonça, Relator, em 11.8.2022, adotou o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC. 38).

A CÂMARA DOS DEPUTADOS, ao prestar as informações que lhe foram

ADI 7212 / DF

requisitadas, acentua (i) a observância ao devido processo legislativo, diante do cumprimento das normas constitucionais e regimentais, notadamente frente à autorização regimental para apensamento de propostas de emenda à Constituição; (ii) a existência de um espaço legítimo de conformação outorgado, pela Constituição, ao legislador, sendo dever do Poder Judiciário respeitá-la; (iii) a inexistência, no caso, de transgressão às cláusulas pétreas; e (iv) a ausência de caracterização, na espécie, de abuso de poder ou de desvio de finalidade (eDOC. 49).

O SENADO FEDERAL, por sua vez, em informações, ressalta(i) a tramitação pormenorizada da PEC 1/2022 e da PEC 15/2022; (ii) a carência de amparo das alegações de desrespeito à legislação eleitoral bem como de violação às cláusulas pétreas; e (iii) a inaplicabilidade, na hipótese, da anterioridade eleitoral, porquanto *“a alocação de recursos públicos para o atendimento de direitos sociais é opção político-legislativa que em nada guarda pertinência com o núcleo essencial da proteção do princípio da anualidade eleitoral”* (eDOC. 55).

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO manifesta-se pelo parcial conhecimento desta ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido (eDOC. 58).

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA opina no sentido da improcedência do pedido (eDOC. 63).

O Ministro André Mendonça, Relator, em 13.12.2022, requereu à Presidência desta Corte a convocação de sessão plenária virtual extraordinária (eDOC. 75), o que restou acatado pela Ministra Rosa Weber, então Presidente do STF (eDOC. 77).

Iniciado o julgamento virtual, na sessão extraordinária realizada entre 15.12.2022 e 19.12.2022, o Relator apresentou voto conhecendo, em parte, desta ação direta e, na parte conhecida, julgando improcedente o pedido. Na sequência, o Ministro Edson Fachin pediu destaque.

É o relatório. **Passo a votar.**

1) Inexistência de prejudicialidade

ADI 7212 / DF

Ponto, de início, que a matéria veiculada na presente ação direta de inconstitucionalidade consubstancia tema da maior relevância jurídico-política para adequado funcionamento da democracia brasileira.

Não desconheço que diversos dispositivos da EC 123/2022 possuem caráter eminentemente transitório, cuja vigência se exauriu em 31.12.2022. Entretanto, a mim me parece inviável o reconhecimento da prejudicialidade do feito por uma série de fatores.

Em primeiro lugar, observo que é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer a prejudicialidade da ação quando o diploma normativo tiver sido impugnado em tempo e modo adequados e o feito tiver sido incluído em pauta antes do exaurimento da eficácia temporária das normas questionadas (**ADI 3.146/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 11.5.2006, DJ 19.12.2006; **ADI 4.426/CE**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 9.2.2011, DJe 18.5.2011; **ADI 5.598-MC/DF**, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 27.3.2023, DJe 17.4.2023, por exemplo).

No caso em análise, a presente ação direta foi apresentada, pelo PARTIDO NOVO, em 18.7.2022, ou seja, apenas 4 (quatro) dias após a promulgação da EC 123, de 14 de julho de 2022, de modo que, inequivocamente, o questionamento foi formulado oportunamente – logo após a promulgação do ato e muito antes do exaurimento de seus efeitos. Ainda, o instrumento processual adequado foi utilizado – ADI para impugnar emenda constitucional –, o que bem evidencia o preenchimento do primeiro requisito estipulado pela jurisprudência desta Corte.

Além disso, como visto acima, foi convocada sessão virtual extraordinária do Plenário desta Corte – sessão de 15.12.2022 a 19.12.2022 – para exame da constitucionalidade da EC 123/2022. Assim, o segundo requisito fixado por esta Corte foi igualmente adimplido, tudo a demonstrar a inadmissibilidade de reconhecer a prejudicialidade desta ADI.

Ainda que assim não fosse, compreendo que há de se aplicar ao caso

ADI 7212 / DF

o entendimento segundo o qual é plenamente possível e, até mesmo necessário, superar eventual prejudicialidade desta ação, frente à evidente relevância social, econômica, política e jurídica envolvendo a controvérsia ora veiculada (ADPF 449/CE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 8.5.2019, DJe 2.9.2019; ADPF 623/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 22.5.2023, DJe 18.7.2023, por exemplo).

Não há dúvidas de que os argumentos suscitados na petição inicial são notáveis e devem ser objeto de análise rigorosa e acurada por este Tribunal, especialmente porque se está a examinar a ocorrência, ou não, de uma tentativa abjeta e repugnante de turbação do regime democrático, com induzimento da vontade dos eleitores.

Nesse contexto, é de se esperar do Supremo Tribunal Federal não uma postura leniente e um julgamento tardio, mas, sim, uma resposta imediata capaz de fazer cessar eventuais inconstitucionalidades – caso constatada a pertinência das alegações, capazes, inclusive, de viciar a genuína vontade do eleitorado, comprometendo a normalidade e a legitimidade do pleito – e impedir a consumação de novas empreitadas da mesma espécie.

Ainda que não analisada na vigência da integralidade das normas impugnadas, a presente ação deve ser examinada em sua integralidade, para que se estabeleça uma orientação firme a respeito do sentido e do alcance das normas constitucionais protetoras do regime democrático.

Desse modo, afasto as alegações de prejudicialidade desta ação.

2) Conhecimento integral desta ADI

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, em sua manifestação, suscita preliminar de não conhecimento parcial desta ação direta de inconstitucionalidade. Argumenta que a jurisprudência desta Corte não autoriza a análise de matéria *interna corporis*, de modo que não seria passível de conhecimento o tópico segundo o qual a EC 123/2022 padeceria de inconstitucionalidade formal.

Não há como acolher a preliminar arguida pelo AGU. Observo que todos os julgados mencionados referem-se a mandados de segurança impetrados perante esta Corte no curso da tramitação de propostas de emenda à Constituição – PECs. Nem sequer foram mencionadas decisões exaradas em ações do controle concentrado.

É bem verdade que esta Suprema Corte possui orientação pacífica no sentido da insindicabilidade dos atos legislativos de caráter meramente *interna corporis*, disso não decorre, contudo, a incognoscibilidade da arguição, mas, sim, o conhecimento e a improcedência do pedido.

Isso porque o conhecimento da ação envolve o preenchimento, ou não, dos pressupostos processuais. Aferir a ocorrência de inconstitucionalidade formal, ainda que para tanto seja indispensável perquirir a transgressão às normas regimentais pertinentes, consubstancia matéria eminentemente de mérito, notadamente frente à circunstância de que, em algumas situações, vícios procedimentais podem configurar transgressão direta à Constituição Federal.

Desse modo, a análise da alegação de inconstitucionalidade formal, no caso, pressupõe amplo exame dos argumentos suscitados, tendo em vista a necessidade de averiguar detidamente se o cumprimento, ou não, do regimento interno encontra vinculação direta à norma de caráter constitucional, o que pode ensejar a procedência ou a improcedência do pedido.

O Ministro André Mendonça, por sua vez, deixou de conhecer desta ação direta quanto aos arts. 2º e 4º da EC 123/2023. Segundo Sua Excelência, em relação a esses dispositivos, em especial, o requerente não teria se desincumbido adequadamente do ônus de impugnação específica e fundamentada imposto pelo art. 3º, I, da Lei 9.868/1999.

Nesse ponto, é necessário fazer uma dissociação entre pedido e causa de pedir. O objeto do processo é o pedido, não a causa de pedir. É por meio dele que o requerente postula – no caso, a declaração de inconstitucionalidade –, sendo esta a tutela pretendida. Os fundamentos expostos – a causa de pedir – buscam a construção de um raciocínio

condutor ao que se pretende.

Com efeito, não obstante seja impassível de conhecimento um pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade destituído de causa de pedir, a inabilidade nos fundamentos elaborados não configura motivo suficiente para o não conhecimento da ação, especialmente diante da dissociação entre pedido e causa de pedir.

O reconhecimento da inépcia da inicial se dá quando ausente, na inicial, impugnação específica com fundamentos jurídicos substanciais, requisito que constitui ônus imposto ao requerente. No entanto, a presença de fundamentos jurídicos embasadores do pedido, salvo caso de manifesta improcedência, impede a declaração de inépcia da inicial.

Na espécie, com a devida vênia, compreendo que a petição inicial mostra-se apta a conhecimento, tendo o requerente se desincumbido do ônus a ele imposto com apresentação de causa de pedir devidamente articulada e fundamentada, a embasar os pedidos formulados.

Conheço integralmente desta ação direta.

3) Devido processo de formação da emenda constitucional

A parte requerente, como visto, alega a ocorrência de inconstitucionalidade formal ao fundamento de que o apensamento da PEC 1/2022 à PEC 15/2022, ocorrido na Câmara dos Deputados, configura manipulação abusiva de regras regimentais.

A jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de deferir às Casas do Congresso Nacional ampla liberdade de conformação quanto à sua organização interna. Como preleciona o Ministro Alexandre de Moraes, “*não é possível ao Poder Judiciário, em relação às regras internas das Casas Legislativas, substituindo-se ao próprio Legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto interna corporis, sob pena de ostensivo desrespeito à Separação de Poderes, por intromissão política do Judiciário no Legislativo*” (MS 36.243/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 7.2.2019).

ADI 7212 / DF

Com efeito, é tradicional o posicionamento da doutrina que vislumbra relativamente aos parlamentos, por um lado, uma autonomia normativa, materializada na competência para produzir atos normativos primários e, por outro lado, uma autonomia organizacional, referente à atribuição para determinar seu funcionamento interno, seus procedimentos e suas próprias estruturas (MIDIRI, Mario. *L'autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*. Pádua: Cedam, 1999, p. 93-95). Trata-se de um poder instrumental, no sentido de que é funcionalmente orientado a servir às competências finalísticas do Poder Legislativo, mas nem por isso menor em dignidade constitucional. (CHAFETZ, Josh. *The Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*. New Haven: Yale University Press, 2017, p. 267 e ss.).

Coerentemente, a autonomia da Casa de Leis, portanto, deve abranger não apenas o “*momento normativo*”, em que se expede uma norma regimental, mas também o “*momento de sua aplicação*”, consoante bem delineado em decisão da Corte Constitucional da Itália, a *Ordinanza* 17/2019:

“Também a intervenção desta Corte encontra um limite no princípio da autonomia das Câmaras, constitucionalmente garantido, em particular, nos artigos 64 e 72 da Constituição.

A jurisprudência constitucional já reconheceu que a autonomia dos órgãos constitucionais ‘não se exaure na normatização, porquanto compreende – coerentemente – o **momento aplicativo das próprias normas**, incluídas as escolhas pertinentes à concreta adoção das medidas apropriadas a assegurar sua observância’ (por último, Sentença n. 262, de 2017). Tal momento aplicativo compreende ‘os remédios contra os atos e os comportamentos que incidem negativamente sobre as funções de cada um dos parlamentares e que prejudicam o correto desenvolvimento dos trabalhos.’” (Sentença n. 379, de 1996) (**Corte Constitucional da Itália**, *Ordinanza* 17/2019, de 10.1.2019, Relatora Marta Cartabia, consideração de direito n.

3.5)

Na mesma trilha, o Supremo Tribunal Federal tem decidido não ser passível de conhecimento a pretensão que busca revisar a aplicação de normas afetas a procedimentos das Casas do Congresso Nacional, mormente quando a causa de pedir articula com suposta incorreção dos critérios interpretativos adotados (RE 1.297.884/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 14.6.2021, DJe 4.8.2021).

Na hipótese, o apensamento promovido no âmbito da Câmara dos Deputados não violou diretamente nenhum dispositivo constitucional, limitando-se a insurgência a recorrer à inobservância do regimento interno daquela Casa, sendo defeso ao STF examinar o cumprimento, ou não, de preceitos regimentais. Desse modo, o pedido de inconstitucionalidade formal deve ser julgado improcedente.

4) Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

As questões suscitadas na presente ação direta de inconstitucionalidade estão estritamente vinculadas à problemática dos limites da reforma constitucional em face das denominadas cláusulas pétreas ou garantias de eternidade.

Se é certo que o constituinte de 1988, ao estabelecer a possibilidade de reforma constitucional, impôs limites formais rígidos para tal processo (CF, art. 60, I, II, III, §§ 1º, 2º e 3º e 5º), por outro lado, deixou a cargo do intérprete constitucional a tarefa de delimitar quais os princípios que conformariam a identidade material da Constituição, ao estabelecer um rol relativamente aberto de cláusulas de imutabilidade (CF, art. 60, § 4º).

Tem sido intensa a discussão sobre a aplicação das chamadas cláusulas pétreas. Muitos afirmam que determinado princípio ou disposição não pode ser alterado sem afronta às cláusulas pétreas. Outros sustentam que determinada proposta afrontaria uma decisão fundamental do constituinte e não poderia, por isso, ser admitida.

ADI 7212 / DF

Uma concepção decorrente da ideia de soberania popular deveria admitir que a Constituição pudesse ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes (MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 79, III, n. 21). Evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para uma eventual mudança. Fica evidenciada, nesse ponto, a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. II, p. 151).

Com efeito, as cláusulas pétreas devem impedir não só a supressão da ordem constitucional [BVerfGE, 30:1 (24)], mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 262). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel, 2018, p. 192).

Disso não resulta, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais devam manter-se inertes; pelo contrário, devem buscar evitar a ocorrência de tais golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (BRYDE, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden, 1982, p. 227).

Otto-Brun Bryde destaca que as ideias de “*limites materiais de revisão*” e de “*cláusulas pétreas*” expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os

ADI 7212 / DF

princípios fundamentais (*Ibid.*, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas garantias de eternidade. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (*Ibid.*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais” (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), necessário admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions – und Verfassungsbeseitigungsverbot*).

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (*Ibid.*, p. 242).

A Corte constitucional alemã analisou essa questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao Tribunal Constitucional, em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), formulado, dentre outros, por advogados e juízes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, § 2º, e 19, § 4º) não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).

Nessa decisão, de 1970, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental visa a

ADI 7212 / DF

impedir que “a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário” (BVerfGE, 30:1 (24); BVerfGE, 34:9 (19); HESSE, *op. cit.*, p. 262-264).

Essa interpretação minimalista das garantias de eternidade foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

“Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o *Bundesverfassungsgericht* suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derogados.” (BRYDE, *op. cit.*, p. 240)

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais” (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e o derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (*Ibid.*, p. 242).

5) A anterioridade eleitoral

No julgamento da ADI 3.685/DF (Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 22.3.2006, DJ 10.8.2006), o Plenário desta Corte analisou a

possibilidade de aplicação da EC 52/2006. Na ocasião, ao passo em que atribuída interpretação conforme à Constituição à alteração constitucional promovida, **este Tribunal acentuou que a anterioridade eleitoral (CF, art. 16) consubstancia um direito fundamental, sendo, por isso mesmo, passível de utilização como parâmetro de controle, inclusive, diante das emendas constitucionais.**

Assim, o julgamento da ADI 3.685/DF representa um marco na evolução jurisprudencial sobre a anterioridade eleitoral. Foi a primeira vez que esta Corte aplicou o art. 16 da Constituição Federal para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral. O objeto da ação era a EC 52/2006, que deu plena autonomia aos partidos para formarem coligações partidárias nos planos federal, estadual e municipal, revogando a legislação infraconstitucional que estabelecia a denominada “*verticalização*” das coligações.

Em primeiro lugar, o Tribunal compreendeu que o conteúdo semântico do vocábulo “*lei*” contido no art. 16 da Constituição Federal é amplo o suficiente para abarcar (i) a lei ordinária; (ii) a lei complementar; (iii) a emenda constitucional; ou (iv) qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, por exemplo, uma resolução do TSE.

Em segundo lugar, a Corte adotou compreensão no sentido de que a anterioridade eleitoral (CF, art. 16) configura um direito fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Na ocasião, a Ministra Ellen Gracie fez uma analogia com a anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “*b*”). Dessa forma, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939/DF (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993, DJ 18.3.1994), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos.

Nesse sentido, o Tribunal firmou entendimento de que o art. 16 da Constituição Federal é garantia de um “*devido processo legal eleitoral*”, expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro

ADI 7212 / DF

Sepúlveda Pertence nos julgamentos das ADIs 354/DF e 2.628/DF.

Desse modo, o alinhamento das premissas permite vislumbrar que a anterioridade eleitoral (CF, art. 16) constitui cláusula pétrea e, portanto, é oponível inclusive em relação ao exercício do poder constituinte derivado.

Adiante, na ADI 3.741/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 6.8.2006, DJ 23.2.2007), o Tribunal entendeu que a Lei 11.300/2006, que operou uma minirreforma eleitoral para o pleito de 2006, não violou o disposto no art. 16 da Constituição Federal. Segundo a compreensão da Corte, o diploma normativo questionado (i) não acarretou rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; (ii) não introduziu deformação que afetasse a normalidade das eleições; (iii) não constituiu fator de perturbação do pleito; (iv) não adotou motivação por propósito casuístico.

Esses, portanto, são vetores importantes a serem considerados na interpretação do art. 16 da Constituição Federal.

De outro lado, no julgamento da ADI 4.307-MC-Ref/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 11.11.2009, DJe 5.3.2010), o Tribunal, adotando as razões firmadas na ADI 3.685/DF, suspendeu a aplicação da EC 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais. Posteriormente, no exame de mérito, a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da EC 58/2009, confirmando a cautelar anteriormente deferida (ADI 4.307/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 11.4.2013, DJe 1º.10.2013).

Em síntese: é possível atestar que o princípio da anterioridade eleitoral, qualificado como cláusula pétrea, tem como escopo impedir a *deformação* eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma *casuística* que interfiram na *paridade de armas* de partidos políticos e de seus candidatos, devendo ser interpretado de forma ampla, para abarcar (i) a

lei ordinária; (ii) a lei complementar; (iii) a emenda constitucional; ou (iv) qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato.

6) *Paridade de armas e liberdade de voto*

Penso que a questão constitucional ora em análise exige perspectiva que valorize a **dimensão objetiva e institucional do processo eleitoral**, que já foi objeto de importante definição por parte do Ministro Ricardo Lewandowski:

“O processo eleitoral, com efeito, numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade ao seu resultado final.” (ADI 3.741/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 6.8.2006, DJ 23.2.2007)

A passagem evidencia a dependência insuperável que a ambiência democrática tem de procedimentos eleitorais imunes a “*deformações e desequilíbrios*”; isso gera “*legitimidade*” e “*credibilidade ao seu resultado final*”. De fato, tais são as condições de geração e reprodução do poder democrático, como ensina Hans Kelsen, “*na medida em que os indivíduos submetidos à ordem do Estado participam da criação dessa mesma ordem*” (KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 32), o que pressupõe não apenas o direito ao voto, mas também a higidez do próprio processo eleitoral e o direito à participação nos certames eleitorais, em condições de igualdade.

O princípio da igualdade é fundamental para a adequada atuação das instituições do Estado no complexo processo democrático. A importância do princípio da igualdade está no fato de que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de ser estabelecida uma

ADI 7212 / DF

concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático (GRIMM, Dieter. Politische Parteien. *In*: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, p. 599 (626)).

No direito alemão, sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a igualdade de chances entre as forças políticas – especialmente os partidos – foi introduzida por Ernst Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28) (FORSTHOFF, Ernst. *Die politischen Parteien im Verfassungsrecht*. Tübingen, 1950, p. 6 e 12).

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de igualdade de chances, derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*) (LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*. DJT, p. C. 2). Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, Leibholz passou a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I), bem assim no princípio geral de igualdade (art. 3º, I).

Em sede doutrinária, o Ministro Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão destacam a importância da igualdade de oportunidades como exigência de uma postura neutra por parte do Estado “*em face dos players da competição eleitoral i.e., partidos, candidatos e coligações, de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros*” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 119).

É preciso lembrar que Konrad Hesse há muito ressaltava a conexão entre a paridade de armas e o regime democrático, sendo, pois, a igualdade de oportunidades um elemento essencial para realização de

ADI 7212 / DF

eleições livres, pois permite que uma minoria, a partir do voto, converta-se na maioria (HESSE, *op. cit.*, p. 187).

Nesse sentido, o princípio da paridade de armas vincula-se à democracia e à legitimidade do processo eleitoral, o qual exige a garantia de um pleito legítimo, dotado de lisura, higidez e credibilidade pública, com a atribuição de plena liberdade para que o eleitor possa concretizar suas opções de voto e, ainda, para que o certame ocorra livre de fraudes, manipulações e outros constrangimentos que alterem o resultado do processo.

A liberdade de voto, por sua vez, pressupõe o exercício de influência e condicionamento mútuo entre os eleitores, de modo que é resultado de um processo dialógico livre entre eleitores-candidatos e eleitores-eleitores, o que possibilita a liberdade de formação da decisão eleitoral. Essa liberdade pode ser violada tanto em um aspecto subjetivo quanto em um aspecto objetivo.

Sob o ângulo subjetivo, a transgressão ocorre no plano individual, sobretudo quando o eleitor é alvo de ameaças ou coerções, ou seja, o eleitor opta por uma das alternativas sem que isso seja fruto de sua livre escolha, o que evidencia uma decisão viciada. O desrespeito ao vértice objetivo, por outro lado, ocorre quando, no processo de formação da decisão eleitoral, um dos candidatos não gozou das mesmas oportunidades do(s) outro(s), por ter usufruído de vantagens ilegítimas (MUÑOZ, Óscar Sánchez. *La igualdad de oportunidades en la competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42-43).

É fácil vislumbrar que os aspectos subjetivo e objetivo interconectam-se, não sendo tarefa fácil distingui-los na prática, mesmo porque inexistente uma vontade eleitoral apta a ser analisada como a vontade geral do corpo eleitoral, tendo em vista que a eleição é fruto da soma de decisões individuais. Assim, é difícil estabelecer distinção entre o que afeta subjetivamente a formação da decisão de cada eleitor e o que impacta difusamente nos eleitores. Nesse ponto, cabe trazer à colação a

lição de Óscar Sánchez Muñoz, que bem descortina o aparente paradoxo existente:

“Pode parecer paradoxal primeiro afirmar que, na ausência de respeito ao princípio da igualdade de oportunidades, o processo de formação da vontade do corpo eleitoral como um todo é afetado de alguma maneira e depois afirmar que não existe uma vontade que realmente possa ser vista como a vontade do corpo eleitoral como um todo. Portanto, pode ser necessário introduzir algumas nuances aqui. A vontade do corpo eleitoral não pode ser única, pois é uma vontade coletiva e, como tal, é uma soma de vontades individuais. **No entanto, em sua formação, é possível distinguir entre o processo de formação da vontade individual de cada eleitor, sujeito a vícios subjetivos como ameaças e coerções, e o quadro geral no qual as decisões do conjunto dos indivíduos que compõem o coletivo são formadas, um quadro que consiste em um processo comunicativo no qual influências de várias origens se sucedem e afetam de maneiras diferentes cada eleitor, mas do qual se pode dizer, sem medo de errar, que condiciona todos os eleitores como um todo.**

A diferença mencionada anteriormente fica mais clara no seguinte exemplo: Se o Prefeito de um pequeno município envia uma carta aos seus concidadãos com o timbre da Prefeitura para adverti-los sobre as consequências desastrosas que a vitória de uma determinada opção política pode ter para a economia local, ele está claramente violando a liberdade do sufrágio em um sentido objetivo, pois está usando o poder público de forma parcial, em benefício de uma opção específica e em detrimento das demais. Não está claro, por outro lado, que esteja violando a liberdade subjetiva de qualquer eleitor, uma vez que não exerce ameaça ou coerção sobre nenhum deles para forçar sua decisão. Se esse Prefeito também é proprietário de

uma empresa que emprega uma parcela significativa da mão de obra local, então essa mesma ação poderia estar indo além das ameaças, afetando assim a liberdade do sufrágio não apenas em um sentido objetivo, mas também subjetivo, pois a vontade individual de cada eleitor economicamente dependente do Prefeito poderia ser indevidamente condicionada.” (MUÑOZ, Óscar Sánchez. *La igualdad de oportunidades en la competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 43-44; tradução nossa)

Desse modo, inequivocamente, o que se percebe é que a liberdade de voto, notadamente sob o aspecto objetivo, está intimamente vinculada à paridade de armas, sendo possível asseverar que ambos são duas faces de uma mesma moeda.

No julgamento da **ADI 1.805/DF** (Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 23.11.2020, DJe 10.12.2020), o Plenário desta Suprema Corte apreciou a constitucionalidade da Emenda Constitucional 16/1997, que autorizou a reeleição no âmbito do Poder Executivo. Uma vez reconhecida a conformidade da figura da reeleição com a Constituição Federal, sem necessidade de desincompatibilização, o Tribunal teve a oportunidade de destacar a importância dos mecanismos de controle quanto à utilização da máquina pública em benefício daqueles que já se encontravam no exercício de mandatos eletivos. Na ocasião, foi apontada a importância das normas infraconstitucionais restritivas e do controle jurisdicional sobre as práticas eleitorais como meio de garantir a legitimidade e a normalidade das eleições, preservando a paridade de armas e a liberdade de voto.

Naquela assentada, a Ministra Rosa Weber bem examinou alguns dos mecanismos, previstos na legislação, aptos a impedir a indevida utilização da máquina pública em favor de determinadas candidaturas, dentre as quais se encontram as vedações previstas no art. 73, IV e § 10, da Lei 9.504/1997. Sua Excelência pontuou que, em anos eleitorais, os gastos públicos tendem a aumentar justamente “*para atrair a simpatia do*

eleitor, seja com o intuito de se reeleger, seja para conduzir aliado político ao poder”, e na sequência consignou, invocando lição doutrinária de José Jairo Gomes, que a finalidade de tais normas é precisamente impedir a manipulação de eleitores com a instituição de programas oportunistas e de cunho meramente eleitoreiro e circunstancial.

Nesse sentido, as normas infraconstitucionais em questão materializam uma ponderação realizada pelo próprio legislador: de um lado, o princípio da continuidade administrativa, de outro, o princípio da igualdade de chances. Assim, como forma de resolver esse aparente conflito, erigiram-se condicionantes para execução de determinados atos administrativos e para, ao mesmo tempo, salvaguardar a paridade de armas. Pertinente, quanto ao ponto, a lição de Rodrigo López Zilio:

“A cláusula normativa do § 10 do art. 73 da LE traz à baila um conflito aparente entre o princípio da continuidade administrativa e o princípio da isonomia de oportunidades entre os candidatos. (...) As restrições impostas ao administrador público na esfera eleitoral devem coexistir com as regras da administração pública, não podendo – sem justo motivo – haver a paralisação ou modificação da execução (seja quantitativa seja qualitativa) na prestação dos serviços públicos, com prejuízo à coletividade. Configura-se como justo motivo – para restringir, em ano eleitoral, a distribuição de bens, valores e benefícios pela administração pública – a quebra do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos. Com base nessa premissa, o legislador estabeleceu condicionantes para a continuidade de determinados atos administrativos, por meio da distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, exigindo autorização legal, com programa em execução orçamentária no exercício anterior ou a comprovação da situação de excepcionalidade. Diante da aparente antinomia dessas regras, incumbe ao intérprete reconhecer a vigência do princípio da continuidade administrativa em ano eleitoral, já que a prestação do serviço

público deve ser perene, preservando intangível a igualdade de oportunidades entre os candidatos. **Ainda que sob o pretexto da continuidade administrativa, não é possível permitir a quebra na paridade de armas entre os candidatos, porquanto é função do Direito Eleitoral a preservação da higidez na manifestação de vontade do corpo eleitoral.**” (ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 793-794)

A interpretação da legislação eleitoral evidencia que se mostra desimportante se existe, ou não, uma correlação direta entre os programas de transferência de renda e os resultados eleitorais, **o fato preponderante** – talvez aí resida sua fundamentalidade – **é que o ordenamento jurídico brasileiro presume objetivamente que a prática do assistencialismo de véspera e circunstancial configura abuso de poder político violador da paridade de armas e da liberdade de voto, além de tumultuador da normalidade e legitimidade das eleições.**

Vale dizer, os Poderes Executivo e Legislativo, na interpretação constitucional que promoveram a respeito das cláusulas pertinentes, compreenderam – tanto assim que o Parlamento aprovou e o Chefe do Executivo sancionou – que a instituição de programas assistenciais em ano eleitoral configura prática abusiva e, por conseguinte, viola a paridade de armas e a liberdade de voto.

Em outros termos, embora não seja possível utilizar a Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) como parâmetro para o controle de constitucionalidade de atos normativos, notadamente para efeito de controle de uma emenda à Constituição, **não se pode desconsiderar que ela consubstancia um importante elemento na interpretação das cláusulas constitucionais da liberdade de voto e da paridade de armas.**

Isso significa que – em um ato de deferência à hermenêutica constitucional promovida pelos demais Poderes da República – devemos adotar como **pressuposto da interpretação da paridade de armas e da liberdade de voto que a distribuição de bens, valores ou benefícios em**

ano eleitoral configura ato impróprio e desrespeita os direitos mencionados, ressalvadas as hipóteses de continuidade de programas previamente em execução orçamentária no exercício anterior ou casos excepcionais previstos nos instrumentos normativos pertinentes. Esse é o elemento basilar, estabelecido pelo legislador, que esta Suprema Corte deve utilizar para nortear sua interpretação.

Assim, tratando-se, no caso, de emenda à Constituição, cumpre perquirir se a implementação ou a ampliação de programas sociais **em ano eleitoral** desrespeita o núcleo essencial da paridade de armas e da liberdade de voto, considerando que, em alguma medida, já foi estabelecida, pelo legislador, a ocorrência de uma espécie de violação.

A igualdade de oportunidades e a liberdade de voto, como visto, consubstanciam elementos centrais do processo eleitoral hígido e legítimo. Extraídos diretamente do direito ao sufrágio e, o primeiro, também do princípio da isonomia, **estão estreitamente vinculados à própria legitimidade democrática do processo eleitoral**.

A paridade de armas pressupõe a ampla participação das mais variadas alternativas políticas e a existência de uma legislação regulamentadora do processo eleitoral como um todo, em especial, uma disciplina a respeito da atuação dos partícipes e dos intervenientes da competição eleitoral.

A paridade de armas igualmente apresenta duplo aspecto: (i) aspecto negativo cujo objetivo é impossibilitar a utilização abusiva de situações fáticas de proeminência por algum dos candidatos, sendo um fundamento para restringir a atuação dos competidores; (ii) aspecto positivo que busca neutralizar as circunstâncias de desequilíbrio fático entre os candidatos por meio da adoção de medidas prestacionais (MUÑOZ, Óscar Sánchez. *La igualdad de oportunidades en la competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 72).

Em relação ao aspecto negativo, a paridade de armas impõe que se proíba a utilização da máquina pública como instrumento voltado a

influenciar a decisão do eleitorado a favor ou contra qualquer candidato. Assim, a paridade de armas constrange o Estado a adotar uma postura de neutralidade.

O dever de neutralidade (*Neutralitätspflicht*) tem forte ligação com o princípio do Estado de Direito, porquanto funciona como vetor para uma maior diferenciação entre Estado e governo. Vale lembrar, assim, a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, em sede de processo de conflito entre órgãos (*Organstreitverfahren*), pontificou que o Ministério Federal do Governo Federal alemão “*não pode invocar a autoridade do Governo Federal para realizar trabalhos de informação e relações públicas e assim justificar a divulgação de entrevista no site do ministério que dirige*”. A entrevista do Ministro do Interior, no caso, funcionava como réplica a partido político rival, que anteriormente criticara a Grande Coalizão (*GroKo*). A Corte Constitucional alemã estimou que a ação de comunicação continha declarações políticas gerais que não se enquadravam no contexto das ações oficiais de um ministério federal, ferindo por isso o dever de neutralidade, independentemente de se estar, ou não, no transcurso de eleições gerais: “*o princípio da igualdade de oportunidades para os partidos exige o cumprimento da exigência de neutralidade do Estado fora dos períodos de campanha eleitoral*” (n. 39) (BVerfG, Segundo Senado, em 9 de junho de 2020, 2 BvE 1/19).

Desse modo, as condutas vedadas aos agentes públicos ganham superlativa importância, pois são vocacionadas a impedir desigualdades exacerbadas, provenientes, sobretudo, dos cargos ocupados. Assim, dentre outras razões, a legislação eleitoral criou uma série de mecanismos voltados à coibição do uso abusivo do poder e à garantia da moralidade no exercício do mandato eletivo como meios viabilizadores da legitimidade e normalidade do pleito eleitoral, mas também como instrumentos de equiparação entre os candidatos.

Com efeito, a indevida utilização da máquina pública como meio para obtenção de vantagens eleitorais, de modo geral, caracteriza o abuso de uma circunstância fática de proeminência e, por conseguinte,

evidencia ofensa ao núcleo essencial da liberdade de voto e paridade de armas, tendo em vista o emprego abusivo, arbitrário e injustificado de instrumentos que acentuam o desequilíbrio entre os candidatos.

Assim, é possível assinalar, em razão do dever de neutralidade, extraído diretamente da paridade de armas e da liberdade de voto, que o uso, por aquele que concorre à reeleição, de ferramentas à disposição do Estado, em exclusivo proveito de determinado candidato, representa violação ao núcleo essencial de tais direitos.

De igual forma, constatado que a implementação ou ampliação de programas sociais em ano eleitoral configura um elemento de impacto nas eleições e transgressor da paridade de armas e da liberdade de voto, vislumbro, da mesma forma, violação ao núcleo essencial da anterioridade eleitoral, que, conforme anteriormente exposto, visa a impedir *deformações* eleitorais.

Como visto, a legislação infraconstitucional – que, reitero, inspira a hermenêutica constitucional – fixa presunção de que a instituição ou a expansão de programas assistenciais em ano eleitoral caracteriza a utilização do instrumental próprio do Estado como meio de desequilíbrio abusivo da competição eleitoral.

É certo que, **em determinadas hipóteses imprevisíveis**, será necessária a adoção de medidas, em ano eleitoral, que poderiam ser tidas, ordinariamente, como abusivas. O ordenamento brasileiro, logicamente, não é refratário à autoridade dos fatos. Tanto é assim que a legislação eleitoral alberga exceções à impossibilidade de distribuição gratuita de bens, valores e benefícios mesmo em anos eleitorais: (i) continuidade de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior; (ii) nos casos de calamidade pública; e (iii) nos casos de estado de emergência.

Na primeira hipótese, o legislador concede um tratamento diferenciado ao gestor que adota como política de governo programas assistenciais às classes menos favorecidas, cujo projeto não envolve um estratagema governamental meramente eleitoreiro. Nesse ponto,

ADI 7212 / DF

conforme pontificou a Ministra Rosa Weber, na **ADI 1.805/DF**, aludindo à precedente de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso no TSE (**AI 28.353/RJ**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, TSE, j. 23.4.2019, DJe 31.5.2019), em determinadas circunstâncias, é possível vislumbrar a caracterização de abuso de poder político quando existentes traços de intensificação de programas assistenciais previamente em execução, com “*quebra da rotina administrativa*”.

Nos outros dois casos autorizados em lei – calamidade pública e estado de emergência –, o legislador adota como pressuposto a necessidade de resposta imediata do Poder Público aos eventos excepcionais e imprevisíveis que atinjam a população de modo geral. A decretação de calamidade pública e o reconhecimento do estado de emergência devem, por imperativo constitucional e legal, vir acompanhados da devida e imprescindível justificativa calcada em elementos fáticos substanciais e idôneos para sua formalização. Daí porque não se revela admissível a mera alegação de circunstâncias extraordinárias desacompanhada de fundamentos fáticos legitimadores e fidedignos.

Os pressupostos caracterizadores da calamidade pública e do estado de emergência estão sujeitos à apreciação política dos Poderes Executivo e Legislativo, a depender da modalidade normativa empregada. Disso não resulta, tal como sucede em relação aos pressupostos formais das medidas provisórias, a sua absoluta insindicabilidade pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, sendo plenamente admissível a verificação, *in concreto*, do preenchimento dos requisitos fáticos autorizadores da decretação de calamidade pública e de estado de emergência.

Na realidade, quando a decretação de calamidade pública ou de estado de emergência envolver severos e incontornáveis efeitos eleitorais, o preenchimento fático de seus pressupostos deve estar submetido ao escrutínio jurisdicional mais rigoroso e intenso possível, principalmente quando se considera a presunção erigida pelo ordenamento de que, em

ADI 7212 / DF

ano eleitoral, a criação de novos benefícios assistenciais configura indevida aplicação dos meios estatais e, portanto, transgride a paridade de armas e a liberdade de voto.

É bom que relembremos: a maioria de ontem é a minoria de hoje; e a maioria de hoje pode ser a minoria do amanhã. Nesse sentido, Hans Kelsen preconizava que a essência da Democracia longe de se identificar com onipotência da maioria, deveria ser vista como um compromisso permanente entre a maioria e a minoria, consubstanciando a jurisdição constitucional o mecanismo para impedir a violação aos direitos fundamentais (KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 35, p. 197-257, 1928).

Desse modo, quando reconhecida uma situação excepcional com premente efeito eleitoral, o Poder Judiciário deve avaliar com maior severidade a presença dos pressupostos fáticos legitimadores da adoção de medidas de caráter excepcional, como meio de salvaguardar os direitos das minorias.

Em síntese: no exame da presente controvérsia constitucional devemos partir do pressuposto constitucional de que a criação ou potencialização de programas sociais, **em ano eleitoral**, configura violação ao núcleo essencial da paridade de armas, da liberdade de voto e da anterioridade eleitoral, sendo necessário analisar minuciosamente a presença dos elementos fáticos legitimadores da decretação de estado de emergência.

7) Análise quanto à presença de situação excepcional

A análise da constitucionalidade de atos normativos, mesmo na hipótese de controle normativo abstrato, não se realiza mediante um simples contraste entre a disposição impugnada e os princípios constitucionais. Ao revés, o controle de constitucionalidade não prescinde do exame quanto à relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta

ADI 7212 / DF

em face do parâmetro constitucional.

Nesse sentido, esta Suprema Corte vem superando cada vez mais e de forma incisiva antiga jurisprudência no sentido da inviabilidade de qualquer incursão fática em sede de processos do controle abstrato (ADI 1.292-MC/MT, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 23.8.1995, DJ 15.9.1995, por exemplo).

É que, com o passar dos anos, se tornou cada vez mais evidente que a avaliação da dimensão fática não é uma instância heterogênea à normatividade, mas, sim, etapa necessária no processo de concretização da Constituição, consoante nos demonstra a hermenêutica constitucional contemporânea. Assim, como leciona Friedrich Müller, “no direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante do seu âmbito de regulamentação”. A prescrição jurídica é integrada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma, este último traduz um recorte da realidade social cujo nexos com os fatos passam pela atividade de estruturação que é a normatividade (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42-43).

Desse modo, afirma-se que “*não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada*” (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), de modo que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (Orgs). *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 312-313).

Por essa razão, justamente como forma de interpretar os atos normativos no tempo, integrando-os à realidade pública, tem-se acentuado, no âmbito desta Corte, a admissibilidade de avaliação do contexto e dos elementos fáticos envolvendo a controvérsia constitucional submetida, em abstrato, a esta Corte (ADPF 763/DF, Rel. Min. André Mendonça, Tribunal Pleno, j. 3.11.2022, DJe 18.11.2022, v.g.).

Essas considerações mostram-se importantes na medida em que

ADI 7212 / DF

evidenciam a necessidade de o Supremo Tribunal Federal manter-se atento às circunstâncias político-jurídicas nas quais editada a emenda constitucional ora questionada, tudo a viabilizar o adequado exercício de sua competência primordial de tutela da Constituição.

É preciso, pois, examinar o contexto no qual promulgada e EC 123/2022, para que possamos avaliar, em toda sua extensão, a sua compatibilidade com a Constituição Federal. Assim, passo a expor alguns fatos que a mim me parecem relevantes para o deslinde da presente controvérsia.

O então Presidente da República Jair Bolsonaro editou a **MP 1.105, de 17 de março de 2022**, possibilitando o **saque extraordinário, até 15.12.2022**, de recursos, até o limite de R\$ 1.000,00 (mil reais), vinculados à conta do FGTS de cada trabalhador. A medida provisória, entretanto, não foi apreciada no tempo adequado, motivo pelo qual editado o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 57/2022 por meio do qual explicitada que a MP teve seu prazo de vigência encerrado em 15.7.2022. No entanto, em razão da força de lei ostentada pelas medidas provisórias, parcela dos efeitos desejados foram efetivamente concretizados.

Em 17 de março de 2022, o então Presidente da República editou a **MP 1.106/2022**, posteriormente convertida na Lei 14.431/2022. A medida provisória em questão, dentre outros, acrescentava o art. 6º-B à Lei 10.820/2003, autorizando a realização, pelos beneficiários de programas federais de transferência de renda, de empréstimos consignados, com descontos limitados a 40% (quarenta por cento) do valor do benefício.

Não desconheço que, recentemente, o Plenário desta Corte, na **ADI 7.223/DF** (Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, j. 12.9.2023, DJe 9.10.2023), reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal supramencionado. Contudo, a sua menção tem absoluta vinculação ao contexto ora narrado.

Semelhante medida foi implementada, mediante a edição da **MP 1.132, de 3 de agosto de 2022**, em relação aos servidores públicos federais

ADI 7212 / DF

ativos e inativos e, na ausência de leis ou regulamentos específicos, aos militares ativos e inativos das Forças Armadas e do Distrito Federal, aos pensionistas de servidores e de militares das Forças Armadas e do Distrito Federal, aos empregados públicos federais. Revogando a disposição pertinente da Lei 8.112/1990, a medida provisória autorizou a consignação de 40% (quarenta por cento) da remuneração mensal das pessoas acima mencionadas, o que representa um aumento em relação ao percentual então vigente de 35% (trinta e cinco por cento). Convertida na Lei 14.509/2022, o percentual foi incrementado no curso do processo legislativo, passando a 45% (quarenta e cinco por cento).

A **Medida Provisória 1.107, de 17 de março de 2022**, instituiu o Programa de Simplificação do Microcrédito Digital para Empreendedores – SIM Digital, vinculado ao Ministério do Trabalho e da Previdência. A MP, dentre outros, (i) autorizava a utilização de recursos do FGTS “*para a aquisição de cotas em fundo garantidor de microfinanças, destinado a mitigar os riscos das operações de microcrédito concedidas a pessoas naturais e a microempreendedores individuais*” (MP 1.107/2022, art. 5º, *caput*); (ii) possibilitava a adesão de quaisquer instituições financeiras admitidas a funcionar pelo Banco Central, autorizando operações no âmbito do programa, desde que (a) a taxa de juros correspondesse a 90% (noventa por cento) da taxa máxima permitida pelo CMN para operações de microcrédito e (b) fosse estabelecido prazo de 24 (vinte e quatro) meses para o pagamento (MP 1.107/2022, 6º, I e II); (iii) dispensava, para efeito de concessão de crédito na ambiência do SIM Digital, **somente até 31.12.2022**, (a) o comprovante de regularidade eleitoral a que se referia o art. 7º, § 1º, IV, do Código Eleitoral; (b) a apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND), prevista no art. 10 a Lei 8.870/1994; (c) a obrigatoriedade de consulta prévia ao Cadin (Lei 10.522/2002, art. 6º); e (d) a prova de regularidade com o FGTS (MP 1.107/2022, art. 8º). Posteriormente, a MP em questão foi convertida na Lei 14.438/2022, sendo certo que, após a promulgação, passou a ser possível a utilização do FGTS futuro como forma de caução no financiamento habitacional (Lei

8.036/1990, art. 20, § 27, incluído pela Lei 14.438/2022).

A **Portaria 1.189, de 14 de abril de 2022, do Ministério do Desenvolvimento Regional** atualizou os valores de renda bruta familiar para efeito do Programa Casa Verde e Amarela, o que aumentou o acesso ao crédito no financiamento de moradias populares. Posteriormente, por meio da **Portaria 2.290, de 14 de julho de 2022, do Ministério do Desenvolvimento Regional** foram novamente atualizados os valores de renda bruta familiar dos grupos 2 e 3.

Além disso, conforme divulgado pelo próprio Governo Federal, o Ministério do Desenvolvimento Regional reduziu temporariamente, **até 31.12.2022**, a taxa de juros das famílias mutuárias de financiamentos habitacionais com recursos do fundo no programa Pró-Cotista. De igual sorte, na mesma oportunidade, foi anunciada a ampliação dos subsídios para financiamento da casa própria por meio do Programa Casa Verde e Amarela. No entanto, tal ampliação somente perdurou **até 31.12.2022**¹.

A **Medida Provisória 1.116/2022**, em 4.5.2022, criou o Programa Emprega + Mulheres e Jovens, com a estipulação de pagamento de reembolso-creche pelos empregadores; com a liberação de valores do FGTS para auxílio no pagamento de despesas com creche; com a manutenção ou subvenção de instituições de educação infantil pelos serviços sociais. Possibilitou, ainda, o saque de valores do FGTS para custeio de despesas com qualificação pessoal.

No período pós-primeiro turno das eleições de 2022, mas anterior ao segundo turno, as movimentações com vieses nitidamente eleitoreiros continuaram a todo vapor. Foram de antecipações de benefícios até a criação de novos programas de crédito por meio da Caixa Econômica Federal.

Nesse ponto, é necessário lembrar a auditoria realizada pela

¹ v. <https://www.gov.br/mdr/pt-br/ultimas-noticias/casa-verde-e-amarela-atualiza-faixas-de-renda-e-reduz-juros-para-financiamento-de-imoveis#:~:text=Redu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20juros%20aos%20cotistas%20do%20fundo&text=A%20medida%20diminui%20em%20um,8%2C16%25%20ao%20ano.>

Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevidência) do Tribunal de Contas da União (TC 007.871/2022-8), em que se constatou um incremento substancial no número de famílias beneficiárias do Auxílio Brasil. Segundo o relatório divulgado e acolhido pelo Plenário do TCU, **entre março de 2022 e outubro de 2022, mais de 3 milhões de famílias passaram a ser beneficiárias do programa governamental, sendo “provável um erro de inclusão”**. Dentre as várias causas apontadas, destaca-se a fragilidade no cadastramento no CadÚnico (Lei 8.742/1993, art. 6º-F), a possibilitar distorções na composição familiar.

Para que tenhamos a devida dimensão da problemática, segundo dados divulgados pelo então Ministro da Cidadania Ronaldo Bento², apenas em outubro de 2022, foram incluídas mais de 500 mil (quinhentas mil) famílias no programa Auxílio Brasil.

Apesar desse aumento exponencial – em março de 2022, eram pouco mais 18 (dezoito) milhões de famílias beneficiárias e, em outubro de 2022, o número passou a ser superior a 21 (vinte e um) milhões de famílias –, suficiente para indicar a possível existência de falhas sistêmicas e comprometedoras de recursos públicos escassos, o Ministério da Cidadania, então responsável pela execução do programa, **somente determinou a averiguação dessa situação após o segundo turno das eleições gerais de 2022** (Instrução Normativa Conjunta 5/MC/SE/SECAD-SEDS/SENARC, de 4 de novembro de 2022).

Ou seja, a então alta Administração Federal, somente após a derrota nas eleições presidenciais de 2022, adotou as providências necessárias para desvendar situação cujos indícios de fraude saltavam aos olhos. É possível, assim, inferir que não o fez antes em face do benefício eleitoral

² v. <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2022/10/quase-500-mil-familias-passam-a-integrar-o-programa-auxilio-brasil-em-outubro#:~:text=Quase%20500%20mil%20fam%C3%ADlias%20passam%20a%20integrar%20o%20programa%20Aux%C3%ADlio%20Brasil%20em%20outubro,-O%20programa%20garante&text=Neste%20m%C3%AAs%20de%20outubro%2C%20cerca,transfer%C3%Ancia%20de%20renda%20Aux%C3%ADlio%20Brasil.>

que almejava auferir diante dessa circunstância espúria.

Ao final, o Tribunal de Contas da União expediu uma série de recomendações ao Ministério da Cidadania, nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria de Natureza Operacional realizada no Programa Auxílio Brasil (PAB) com o objetivo de avaliar os aspectos relacionados à focalização, equidade e custo-efetividade, bem como os desafios enfrentados para a implementação do referido programa, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar ao Ministério da Cidadania, com fundamento nos arts. 71, inciso IV, da Constituição Federal, 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno, que:

9.1.1. considere, nos estudos para ajustes e normatização do Programa Auxílio Brasil ou de programa que o venha a substituir, promover pagamentos per capita mais equitativos entre as famílias beneficiárias, de forma a obter melhor equidade e custo-efetividade;

9.1.2. investigue e saneie possíveis distorções na composição familiar dos integrantes do CadÚnico, principalmente em relação aos beneficiários do Auxílio Brasil ou a outro benefício que o venha a suceder;

9.1.3. promova a atualização cadastral do CadÚnico por meio de cronograma mais célere de revisões, focalizações, averiguações cadastrais e ações de administração de benefícios, prezando pela integralidade e tempestividade na gestão dos benefícios previstos na Portaria MC 746/2022;

9.1.4. promova e incremente a atuação da rede SUAS no cadastramento e revisão dos dados no CadÚnico;

9.1.5. cesse a sugestão de composição familiar advinda do Auxílio Emergencial no cadastramento eletrônico atual do

Programa Auxílio Brasil;

9.1.6. desenvolva estudos complementares para identificar indivíduos que estão recebendo benefício indevidamente ou que fazem jus ao auxílio, mas não o estão recebendo;

9.1.7. em relação ao Auxílio Criança Cidadã, adote, se ainda não o fez, exceto na superveniência de norma que determine a descontinuidade do benefício, as seguintes providências:

9.1.7.1. ultime providências visando propor a revisão do texto legal instituidor do Auxílio Criança Cidadã, visando a exequibilidade do benefício;

9.1.7.2. vencida a providência do subitem 9.1.7.1 retro, elabore o devido documento formal de planejamento para implementação do Auxílio Criança Cidadã, nos termos da Portaria MC 2.368/2019, alterada pela Portaria MC 716/2021;

9.1.8. elabore o devido documento formal de planejamento para implementação do Auxílio Inclusão Produtiva Urbana, exceto na superveniência de norma que determine a descontinuidade do benefício, nos termos da Portaria MC 2.368/2019, alterada pela Portaria MC 716/2021;" (Acórdão-TCU 2.725/2022, Rel. Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti)

Um dia após a realização do primeiro turno das eleições gerais de 2022, **3.10.2022**, o Governo Federal anunciou, **única e exclusivamente em relação ao mês de outubro de 2022**, a antecipação do calendário de pagamento de benefícios financeiros do Auxílio Brasil (**Instrução Normativa 21/SEDS/SENARC/MC, de 30 de setembro de 2022**, publicada no DOU 3.10.2022).

Antes previsto para ser pago entre 18 e 31 de outubro, o pagamento do Auxílio Brasil foi antecipado para 11 a 25 de outubro. Chega a ser curioso que, no calendário original, a última data seria após a realização do segundo turno das eleições de 2022. **Talvez essa tenha sido uma das causas determinantes da antecipação promovida pelo Poder Executivo federal, uma tentativa indisfarçável de obter maior suporte dentre os**

eleitores beneficiários.

Ainda no interstício compreendido entre o primeiro e o segundo turno das eleições de 2022, em **6.10.2022**, a Caixa Econômica Federal, com ampla divulgação pelo Governo Federal, anunciou o relançamento do programa de renegociação de dívidas “*Você no Azul*”. A campanha tinha por objetivo a renegociação de dívidas de pessoas físicas e jurídicas com a possibilidade de quitação com até 90% (noventa por cento) de desconto.

Ponto importante de ser mencionado é que o programa foi anunciado pelo então Presidente da República Jair Bolsonaro, em evento realizado no Palácio da Alvorada, antes mesmo do lançamento oficial pela Caixa Econômica Federal³.

Mais uma vez, em 17.10.2022, a Caixa Econômica Federal lançou o programa “*Caixa pra Elas Empreendedora*”, com expectativa de conceder 1 bilhão (um bilhão) de reais em crédito até 19.11.2022, em favor de mulheres microempreendedoras individuais (MEI).

Por sua vez, a **MP 1.139, de 27 de outubro de 2022**, flexibilizou as condições de contratação e renegociação das operações do Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – PRONAMPE.

Todo esse breve retrospecto, **sem qualquer juízo especial quanto ao mérito das medidas implementadas**, é capaz de revelar a adoção escancarada e ostensiva de medidas facilitadoras de crédito e de outorga direta de valores aos brasileiros de renda mais baixa. Não causa espanto que essas políticas tenham ganhado forte impulso em ano de eleições no qual o então ocupante do Palácio do Planalto postulava sua reeleição.

O conjunto da obra permite asseverar, sem qualquer medo de errar, que vários dos instrumentos empregados pelo Governo Federal tinham escopo puramente eleitoral, o que pode ser comprovado, inclusive, pela temporalidade de parcela significativa das medidas. **A desfaçatez era tamanha que inúmeros benefícios criados visando o período eleitoral**

³ <https://www.estadao.com.br/economia/eleicoes-bolsonaro-campanha-caixa-dividas-renegociacao/>

tinham vigência limitada ao término do ano de 2022, isso quando não iniciados e findados entre o primeiro e o segundo turno das eleições.

É nesse contexto de manifesto e nítido abuso da máquina pública como mecanismo de obtenção de vantagens competitivas nas eleições gerais de 2022 que deve ser lida a Emenda Constitucional 123, de 14 de julho de 2022.

Superado esse retrospecto, é necessário fazer um breve esclarecimento a respeito do trâmite legislativo das propostas de emenda à Constituição que resultaram na EC 123/2022.

Em 8.6.2022, foi apresentada a PEC 15/2022, que tinha por objetivo alterar o art. 225 da Constituição Federal, para estabelecer diferencial de competitividade para os biocombustíveis. Em 14.6.2022, o Senado Federal aprovou a proposta e, em 17.6.2022, encaminhou a PEC para apreciação pela Câmara dos Deputados.

A PEC 1/2022, por sua vez, havia sido apresentada em 3.2.2022, cujo escopo inicial era *“Altera a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, para dispor sobre a concessão temporária de auxílio diesel a caminhoneiros autônomos, de subsídio para aquisição de gás liquefeito de petróleo pelas famílias de baixa renda brasileiras e de repasse de recursos da União com vistas a garantir a mobilidade urbana dos idosos, mediante a utilização dos serviços de transporte público coletivo, e autorizar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a reduzirem os tributos sobre os preços de diesel, biodiesel, gás e energia elétrica, bem como outros tributos de caráter extrafiscal”*.

Até 28.6.2022, a PEC 1/2022 não tinha qualquer movimentação. No entanto, após o Requerimento 503/2022, o Presidente do Senado Federal determinou a tramitação conjunta da PEC 1/2022 e da PEC 16/2022. Esta última, apresentada em 8.6.2022, pretendia alterar o ADCT, *“para estabelecer que a União prestará auxílio financeiro aos Estados e ao Distrito Federal, com o objetivo de compensar perdas de arrecadação decorrentes da redução das alíquotas relativas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, incidente sobre o óleo diesel combustível e o gás liquefeito*

de petróleo, derivado de petróleo e de gás natural”.

Designado Relator, o Senador Fernando Bezerra Coelho apresentou, em Plenário, proposta substitutiva que restou aprovada em 30.6.2022, de modo a incluir o art. 120 no ADCT, reconhecendo estado de emergência, no ano de 2022, decorrente do aumento do preço dos combustíveis e seus derivados, autorizando a expansão do Auxílio Gás e do Auxílio Brasil, bem como a instituição de auxílio para caminhoneiros autônomos e auxílio aos entes federados financiarem a gratuidade no transporte público.

Na Câmara dos Deputados, de outro lado, conforme narrado na petição inicial e nas informações prestadas por aquela Casa Legislativa, a PEC 15/2022 e a PEC 1/2022 foram apensadas e, em 13.7.2022, definitivamente aprovada a PEC 15/2022 com a incorporação das disposições da PEC 1/2022. Em 14.7.2022, foi promulgada a EC 123/2022.

A PEC 15/2022 equivale ao que consta dos arts. 2º e 4º da EC 123/2022. Já as disposições da PEC 1/2022 correspondem aos arts. 3º, 5º e 6º, além da parcela do art. 1º na qual se reconhece o estado de emergência.

Com efeito, a análise jurisdicional de fatos e prognoses legislativos consiste em tópico tão delicado quanto antigo no desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira. Sobre o tema, registrei, em sede doutrinária, que a discussão referente à possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma constitui questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais:

“Questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais diz respeito à possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma.

Em muitos casos, as dificuldades acentuam-se em razão

de não ser admissível, em variados processos especiais, a produção adicional de provas ou a realização de perícias.

De qualquer sorte, ainda que se aceite uma instrução processual ampla, coloca-se sempre a indagação sobre os limites dos poderes de que se encontra investido o Tribunal para rever os fatos e prognoses legislativos adotados e, assim, chegar à conclusão de que a norma não se mostra compatível com a Constituição.

No que concerne à relação da Corte Constitucional com os tribunais ordinários, especialmente no contexto do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), reitera-se a orientação segundo a qual a verificação e a apreciação de fatos (*Tatbestand*) são da competência da jurisdição ordinária. Enfatiza-se, nessa linha, que o Tribunal não é uma simples Corte de Revisão. Na prática, identificam-se, porém, vários casos em que o Tribunal Constitucional relativiza esse postulado, procedendo a uma reavaliação ou a uma nova avaliação dos fatos apreciados pelas instâncias ordinárias. Tal prática tem gerado algumas críticas por parte da doutrina, que vislumbra nesse aspecto uma tendência de usurpação das atribuições da justiça criminal e da justiça cível.

É verdade, entretanto, que essa crítica é mitigada, como observa Bryde, caso se aceite que, no tocante à (re)avaliação dos elementos fáticos, cuida-se de um critério de divisão de trabalho com o fito de proteção dos direitos fundamentais. Tal postulado poderá ser afastado se assim o exigir a defesa dos direitos fundamentais.

(...)

Philippi observa que o Tribunal procura basear as suas investigações sobre os fatos legislativos em análises das mais diversas, muitas vezes de índole empírica. Em alguns casos, o Tribunal socorre-se de argumentos relacionados com a experiência comum (não empírico).

Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises

de peritos ou *experts*.

(...)

Restou demonstrado, então, que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Cumpra indagar sobre quando eventual déficit na análise dos fatos verificados por parte do órgão legislativo acarreta a ilegitimidade da lei.

Se se constata que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta numa decisão de caráter restritivo, então o Tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade da medida questionada.

(...)

Com relação aos eventos futuros, entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um determinado evento.

Segundo Philippi, a Corte Constitucional alemã utilizar-se-ia de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos:

a) o processo-modelo (*Modellverfahren*), que se refere a um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis;

b) a análise de tendências (*Trendverfahren*), no qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento

em função do tempo;

c) o processo de teste (*Testverfahren*), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro;

d) o processo de indagação (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.

Esses processos seriam, em geral, utilizados de forma isolada ou combinada, predominando, segundo Philippi, o *Modellverfahren*. A utilização desses procedimentos não exclui as formulações intuitivas, ainda que estas, para terem algum poder de convicção de terceiros, devam ser traduzidas para um processo racional.

(...)

Tal como visto, a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de analisar como o Legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou.

(...)

No tocante a falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início (*'im Ansatz verfehlt'*) ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente pode ser constatado *a posteriori*, depois de uma continuada aplicação da lei.

No primeiro caso, o déficit de prognose há de ensejar a nulidade da lei.

Na segunda hipótese, quando se verifica a falha na prognose legislativa após o decurso de certo tempo, o Tribunal considera irrelevante, do prisma constitucional, o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. No chamado

'*Mühlen-Beschluss*', deixou assente o Tribunal que 'erros sobre a evolução do desenvolvimento econômico devem ser admitidos, até porque o legislador está obrigado no limite do possível, para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de fatores variados e que, por isso, podem ter desenvolvimentos não desejados (ou diversos daqueles desejados)'.

Nesse caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária." (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 1.218-1.225)

Essa incursão teórica revela a importância da análise dos fatos e prognoses para a hígida prestação da jurisdição constitucional, incrementando não apenas a profundidade da análise da Corte, mas sobretudo conferindo legitimidade democrática ao que decidido nesta seara.

O reconhecimento da necessidade de um mergulho no acervo fático que cerca a produção normativa controvertida, com efetivo diálogo com as nuances e percepções que ensejaram a escolha de determinado caminho ou estrutura, redimensiona a tarefa deste Tribunal.

Nesses termos, inequivocamente a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do processo de controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Assim, existindo déficit na análise dos fatos verificados por parte do Poder Legislativo, ou seja, constatado que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta, numa decisão de caráter restritivo, então o Tribunal deve declarar a inconstitucionalidade da medida questionada.

É preciso registrar que a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e

não do processo (*Verfahrenskontrolle*), de modo que não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de analisar como o Legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou.

É disso que cuida a questão controvertida nesta ação direta: identificar os fatos tomados pelo constituinte derivado e, a partir deles, examinar a correção do que foi constatado.

No caso em análise, o parecer elaborado no Senado Federal consente com as razões utilizadas como justificativa da PEC 1/2022, assim aponta-se (i) aumento do valor internacional do barril de petróleo; (ii) alta do valor do dólar; (iii) alta inflacionária; (iv) aumento de preço do gás de cozinha; (v) persistência dos efeitos econômicos resultantes da pandemia e efeitos gerados pela guerra entre Rússia e Ucrânia. Na sequência, é possível extrair do Parecer 228, de 2022-PLEN/SF, a necessidade de declaração de estado de emergência para adequar-se à legislação eleitoral:

“Em primeiro lugar, é essencial reconhecer que o País passa por uma situação de emergência provocada pelo forte aumento no preço dos combustíveis, com seus impactos diretos sobre o custo de vida, e indiretos, via efeitos de segunda ordem sobre a inflação. O reconhecimento do estado de emergência é importante para dar o necessário suporte legal às diferentes políticas públicas, focadas nos mais vulneráveis, que o substitutivo propõe. Isso porque a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504, de 1997) proíbe, em seu art. 7º, § 10 [*sic*], a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais já em execução no ano anterior à eleição.

Como será visto adiante, o substitutivo aprimora os Programas Auxílio Gás dos Brasileiros e Auxílio Brasil, programas já existentes. Mas também cria o benefício aos transportadores autônomos. Não resta dúvidas de que esse benefício e o aumento dos valores transferidos para as

populações de menor renda não são políticas com fins eleitorais; são nada menos que as respostas necessárias que a população espera do Congresso Nacional para fazer frente a essa situação de forte aumento de preço de combustíveis.

Por esse motivo, o substitutivo começa por reconhecer o estado de emergência para 2022.”

O parecer apresentado na Câmara dos Deputados igualmente adota as justificativas apresentadas pelo Senado Federal e explicita que o emprego de uma proposta de emenda à Constituição decorre das vedações impostas pela legislação eleitoral:

“A PEC 01/2022 vem exatamente instituir o estado de emergência para ampliar o pagamento de benefícios, pois, em face das eleições, isso não seria possível sem que se infringisse o ordenamento jurídico e os mandamentos constitucionais.

Assim, com o escopo de resguardar a população brasileira de condições ainda mais precárias de vida, é que a PEC prevê a expansão do Auxílio Brasil e do vale gás de cozinha; a criação de auxílios aos caminhoneiros e aos taxistas; o financiamento da gratuidade de transporte coletivo para idosos; a compensação aos estados que concederem créditos tributários para o etanol; e o reforço ao programa Alimenta Brasil.”

Ora, a legislação eleitoral não impõe que se veicule estado de emergência por meio de emenda à Constituição, tampouco o texto constitucional previa essa figura. Na realidade, a Lei 9.504/1999 apenas exige que a sua decretação ocorra mediante ato formal do Poder Público, sendo, por outro lado, uma obrigação constitucional a explicitação adequada de fatos idôneos justificadores da adoção de medidas excepcionais. Esse encargo ganha ainda maior vigor em caso de nítido e presumido impacto eleitoral.

Tenho por evidente que a motivação levada a efeito pelo Congresso

ADI 7212 / DF

Nacional não se revela apta e idônea ao reconhecimento de situação extraordinária, que autorizaria o acionamento de cláusulas excepcionais com a finalidade de implementação de medidas assistenciais em ano eleitoral.

A mim me parece que a veiculação do estado de emergência mediante emenda à Constituição demonstra que seus próprios autores estavam cientes das fragilidades dos motivos que levaram à decretação de referida medida excepcional. Afinal, se da própria legislação eleitoral consta exceção à regra, por qual razão adotar uma emenda para implementação de medida autorizada pela lei pertinente? Em havendo verdadeiros fundamentos fáticos, o procedimento dificultoso de emenda seria apenas um entrave para o rápido desenlace da situação extraordinária. Por outro lado, inexistindo argumentos substanciais relevantes, a emenda seria um instrumento que imporá ao STF um âmbito de análise diminuto.

O que se observa, a bem da verdade, é que a EC 123/2022, promulgada a menos de 90 (noventa) dias do primeiro turno das eleições gerais de 2022, tinha um propósito muito claro: permitir a distribuição massiva de recursos públicos com finalidade precipuamente eleitoral. Ou seja, insere-se dentro daquele rol de medidas anteriormente elencadas que tinham objetivos essencialmente eleitoreiros.

A emenda constitucional em questão, portanto, exatamente por não possuir substrato fático legítimo, implicou nítida e incontornável violação ao núcleo essencial da paridade de armas e da liberdade de voto.

Se qualquer elevação dos preços de mercado de *commodities* e flutuações cambiárias, por exemplo, fosse capaz de atrair a excepcionalidade prevista na regra, a instrumentalização do Estado pelos ocupantes de cargos eletivos estaria legitimada de forma muito elementar e corriqueira, e nem sequer seria possível visualizar, na prática, a incidência da paridade de armas e da liberdade de voto. Estaríamos diante de exceções que, de tanto serem aplicadas, se tornariam verdadeiras regras.

ADI 7212 / DF

A responsabilidade fiscal, almejada pela Constituição Federal, poderia ser facilmente flexibilizada em anos eleitorais tendo por pressuposto a ocorrência de “*situação excepcional*”. O necessário equilíbrio nas contas públicas jamais seria alcançado, pois, a cada 4 (quatro) anos, surgiriam circunstâncias “*extraordinárias*”, legitimadoras da inobservância dos postulados do direito financeiro, o que acarretaria, findo o processo eleitoral, a imprescindibilidade de cortes orçamentários nas mais diversas áreas, em um ciclo tendente ao infinito.

O desmantelamento de políticas públicas estruturadas e voltadas ao médio e longo prazo seria legitimado, dando lugar a políticas públicas imediatistas e pouco efetivas, mas que buscam tão somente a obtenção de benefícios eleitorais.

De toda forma, alguns dos argumentos utilizados no processo de elaboração da EC 123/2022 guardam fragilidades intrínsecas.

O que se observou no ano de 2022 foi que um dólar iniciou o ano (3.1.2022) valendo R\$ 5,68, sendo certo que, já no mês de janeiro, experimentou uma queda significativa, passando a R\$ 5,30, finalizando o semestre em R\$ 5,26. Ao longo de todo o segundo semestre, manteve-se dentro da casa R\$ 5,20 – R\$ 5,40⁴.

O barril do petróleo Brent, apesar de ter atingido níveis recordes no primeiro semestre de 2022, iniciou um processo de declínio já no mês de junho de 2022 – antes, portanto, da aprovação da EC 123/2022 – até o final do ano. Ilustrativamente, em maio fechou o mês em aproximadamente \$ 123,00, já no mês de junho encerrou em \$ 115,00, passando no mês de julho a \$ 110,00, atingindo no mês de agosto \$ 96,00, finalizando o ano em \$ 86,00⁵.

Se no mês de maio de 2022 o barril de petróleo Brent atingiu nível elevadíssimo, ocorreu uma valorização do real frente ao dólar. A *commodity* iniciou o mês em \$ 107,58 e finalizou em \$ 122,84. O dólar, por sua vez, começou o mês em R\$ 5,08 e terminou em R\$ 4,73.

⁴ <https://br.investing.com/currencies/usd-brl-historical-data>

⁵ <https://br.investing.com/commodities/brent-oil-historical-data>

ADI 7212 / DF

A variação do barril de petróleo no primeiro semestre de 2022 chegou a algo próximo de \$ 40,00, ao passo que o real passou por um processo de valorização em relação ao dólar, tendo iniciado o ano (3.1.2022) em R\$ 5,68 e finalizado o semestre (30.6.2022) em R\$ 5,26.

Apenas a título comparativo, no mês de outubro de 2021, o petróleo Brent chegou, no dia 26.10.2021, a aproximadamente \$ 87,00 e se manteve acima de \$ 80,00 durante todo mês de outubro até o final de novembro. No mesmo período, um dólar rondava a marca de R\$ 5,60. Vale destacar que, no começo de 2021 (4.1.2021), o barril de petróleo Brent girava em torno de \$ 51,00 e o dólar valia R\$ 5,29.

Se o IPCA acumulado no primeiro semestre de 2022 atingiu a marca de 5,49% (1º.1.2022 a 30.6.2022), no segundo semestre de 2021 (1º.7.2021 a 31.12.2021) a marca chegou a 5,92%⁶.

Ou seja, no ano de 2021, mesmo quando se observou uma alta no valor do barril de petróleo, uma desvalorização do real frente ao dólar e uma inflação ainda mais elevada, não foram realizadas movimentações no sentido de implementar programas assistenciais.

Não chega a causar estranheza que medidas desse jaez somente foram gestadas no curso do ano eleitoral e a menos de 90 (noventa) dias da realização do primeiro turno das eleições.

De outro lado, no julgamento do **MI 7.300/DF** (em que fui designado redator do acórdão, Tribunal Pleno, j. 27.4.2021, DJe 23.8.2021), o Plenário desta Corte, a partir do voto que proferi, determinou que o Presidente da República fixasse, para o exercício fiscal de 2022, *“o valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza - renda per capita inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente – Decreto 5.209/2004)”*, bem como que adotasse *“todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o PPA, além de previsão na LDO e na LOA de 2022”*; e, ainda, realizou *“apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas*

⁶ <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7236>

ADI 7212 / DF

e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível”.

No julgamento dos embargos de declaração (MI 7.300-ED/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 23.11.2021, DJe 7.12.2021), o Plenário desta Corte esclareceu que o cumprimento da decisão de mérito exarada nos autos do mandado de injunção em referência não esbarrava na vedação constante do art. 73, § 10, da Lei 9.504/1997.

Não é disso que se cuida a EC 123/2022. A emenda constitucional em questão não veio a adimplir com a determinação jurisdicional emanada desta Corte. Em nenhum momento, no curso do processo de formação da emenda, foram realizadas menções ao MI 7.300/DF. A EC 123/2022 (i) não fixa o valor da renda básica da cidadania (Lei 10.835/2004); (ii) não consubstancia uma atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), tampouco do Auxílio Brasil (Lei 14.284/2021); (iii) não configura um aprimoramento dos programas sociais de transferência de renda em vigor, muito menos significa uma unificação dos programas existentes. Quando muito, a EC 123/2022 representa ampliação **temporária** de programas já existentes e criação **temporária** de novos programas.

Assim, qualquer alusão ao MI 7.300/DF como fundamento legitimador da EC 123/2022, com a devida vênia, não encontra respaldo jurídico idôneo.

Não se pode brincar com o processo eleitoral. Este é pressuposto da legitimidade das eleições e da própria Democracia, devendo ser respeitado em sua completude.

É importante que recordemos, nesse ponto, a teoria procedimental do controle de constitucionalidade formulada por John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980). Embora passível de críticas, muitas das quais

procedentes, a teoria elaborada pelo professor norte-americano oferece ensinamentos substanciais para compreensão da jurisdição constitucional e para engendramento de técnicas decisórias.

Segundo Ely, a função primordial do controle de constitucionalidade, portanto, deste Supremo Tribunal Federal, é o fortalecimento do regime democrático, resguardando a realização do processo eleitoral, possibilitando, desse modo, a inclusão politicamente igualitária do maior número de partícipes. Assim, o autor assinala que o Tribunal – no exercício dessa abordagem de reforço da representatividade (*representation-reinforcing*) – deve fiscalizar o procedimento democrático adotado (*Ibid.*, p. 102).

Ao explicar esse ponto em específico, Ely recorre a duas metáforas: (i) a primeira referente aos mecanismos antitrustes, por meio dos quais o Estado não intervém diretamente no mercado, mas tão somente nos casos de mau funcionamento; (ii) a segunda concernente a um árbitro de futebol, este somente deve interferir no jogo quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time “errado” faz um gol. Desse modo, aplicando essa lógica ao Poder Judiciário, o STF somente poderia interceder nos casos de preservação do regime político pela não realização do regime democrático, ou seja, nas hipóteses de mau funcionamento do “mercado político” (*Ibid.*, p. 102-103).

O mau funcionamento do “mercado político”, segundo referido professor, é evidenciado pelo fato de que o *processo* não merece confiança, notadamente

“(1) quando os de dentro bloqueiam os canais de mudança para assegurar que os de fora irão permanecer fora; ou (2) quando, embora a ninguém seja efetivamente negado voz ou voto, representantes comprometidos com uma maioria efetiva estão sistematicamente prejudicando uma minoria por mera hostilidade ou recusa preconceituosa em reconhecer interesses comuns, assim negando a essa minoria a proteção concedida a outros grupos por um sistema representativo.” (*Ibid.*, p. 103)

Não obstante John Hart Ely limite o exercício da jurisdição constitucional a essa perspectiva meramente procedimental, ponto com o qual não se pode concordar, a teoria acima exposta tem a virtude de evidenciar um relevante papel – **um dos papéis** – desempenhado pela Suprema Corte: **desobstrução dos canais da Democracia representativa**. Nesse sentido, **este Tribunal tem de zelar com ênfase e rigor pelos pressupostos de realização da Democracia**, impedindo que os atuais ocupantes de cargos eletivos obstaculizem os canais de mudança e atuem como cúmplices de uma tirania da maioria.

É exatamente o que precisa, com a devida vênia, ser feito neste caso. Este Tribunal tem o dever de impedir que a maioria, ainda que eleita, empregue meios que, em maior ou menor medida, impeçam ou dificultem desproporcionalmente a mudança, mediante eleições livres, no corpo de representantes, notadamente porque utilizam dos próprios instrumentos do Estado para embaraçar alterações políticas.

A criação artificializada de um pretenseo “estado de emergência” insere-se nesse contexto (i) de obstáculos aos canais de mudança, pois, de certa forma, busca angariar, por meio da distribuição de recursos públicos, a simpatia dos eleitores em relação àqueles que já estão no poder e, ao mesmo tempo, (ii) de cumplicidade com a tirania da maioria, porque visa à manutenção dos detentores do poder, infringindo a igualdade de oportunidades da minoria.

A eliminação, pois, das normas de cunho eleitoreiro constantes da EC 123/2022 representa o fortalecimento do regime democrático e a preservação de condições igualitárias de oportunidades, sendo uma legítima restrição ao poder daqueles que exercem o poder estatal. Não podemos esquecer que a função primordial da Constituição é criar instituições capazes de controlar e limitar o poder político, de modo que a essência do constitucionalismo reside na noção de restrição ao poder dos que estão exercendo temporariamente o poder estatal. Karl Loewenstein sintetiza com perfeição o signo central do constitucionalismo:

“Em um sentido ontológico, deve-se considerar como *telos* de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político. Neste sentido, cada constituição apresenta uma dupla significação ideológica: libertar os destinatários do poder do controle social absoluto de seus governantes e conceder-lhes uma participação legítima no processo de poder. Para alcançar este propósito, o exercício do poder político teve que ser submetido a certas regras e procedimentos que deveriam ser respeitados pelos detentores do poder.” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel, 2018, p. 150-151; tradução nossa)

Para finalizar, vale o alerta de Frederick Schauer: a Constituição não existe apenas para nos proteger de ilícitos cometidos pelos maus agentes públicos; serve também para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis no curto prazo, mas que depõem contra o interesse público no longo prazo (SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Harvard University Press, 2015, p. 91-92).

Na hipótese em exame, compreendo que possuem caráter nitidamente eleitoreiros os arts. 3º, 5º e 6º da EC 123/2022, bem assim a parte do art. 1º da EC 123/2022 que reconheceu estado de emergência, tendo ocorrido transgressão ao núcleo essencial da paridade de armas, da liberdade de voto e da anterioridade eleitoral.

Por fim, a declaração de inconstitucionalidade pura e simples teria elevado potencial de causar um verdadeiro caos jurídico, além de uma catástrofe do ponto de vista político, econômico e social. O princípio da nulidade, nesta hipótese, não se mostra suficiente.

Assim, levando em consideração o princípio da segurança jurídica, proponho a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/1999, para que sejam resguardados atos praticados sob a égide das normas ora tidas por inconstitucionais.

8) *Conclusão*

Ante o exposto, **conheço**, na íntegra da presente ação direta de inconstitucionalidade e **julgo parcialmente procedente** o pedido, para **declarar a inconstitucionalidade**, com efeitos *ex nunc*, dos arts. 3º, 5º e 6º da Emenda Constitucional 123/2022, bem como da expressão *“e sobre medidas para atenuar os efeitos do estado de emergência decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes”*, constante do art. 1º da EC 123/2022.

É como voto.