

DIREITO
PÚBLICO

Jogando Limpo: Uma análise da inelegibilidade por “ficha suja”*.

Naira Gomes Guaranho de Senna¹

Sumário: I. Introdução. II. Pressupostos conceituais. III. Questões teóricas sobre a restrição dos direitos políticos. IV. A trajetória da inelegibilidade por “ficha suja”. V. A restrição: a inelegibilidade por consideração a vida pregressa. VI. A reação cidadã - Uma questão. VII. Referências Bibliográficas.

Resumo: O texto analisa a inelegibilidade de candidatos que foram condenados por sentença não transitada em julgado. O ponto de partida é o art. 14, §9º, da Constituição, que exige a consideração da vida pregressa do candidato para o exercício do mandato. A jurisdição do STF e do TSE se ocupou dessa questão, adotando um controle judicial fraco. Tal posicionamento impulsionou a aprovação da lei popular que disciplina o tema. A inelegibilidade « por ficha suja » foi considerada como uma restrição ao direito fundamental de elegibilidade e como demanda para continuação da democracia representativa.

Résumé: *Le texte analyse l'inéligibilité des candidats qui ont été condamnés par des crimes, pourtant leurs sentences ne sont pas définitives. Le point de départ est le article 14, §9º, de la Constitution Brésilienne, qu'exige la considération de la vie précédente du candidat par rapport à l'exercice du mandat électif. En adoptant un contrôle judiciaire faible, la juridiction du "STF" et "TSE" s'est occupée de cette question. La position adoptée a stimulé l'approbation d'une loi populaire sur le thème. L'inéligibilité « par la fiche sale » a été traitée comme une restriction imposée au droit fondamental d'éligibilité et comme une exigence pour la continuation de la démocratie représentative.*

I. Introdução

* O presente texto teve como ponto de partida a monografia de conclusão do curso de direito, intitulada “Controle jurisdicional de direitos políticos: O ativismo judicial na salvaguarda do processo democrático de escolha dos representantes e da legitimidade da representação”, aprovada com a nota máxima.

¹ Advogada; ex-monitora de direito constitucional da Faculdade de Direito da UFF. E-mail: nairasenna@yahoo.com.br.

No jogo da eleição, da democracia representativa, dois são os jogadores principais: os que votam e os que são votados. Aqueles escolhem os que irão representá-los, através de eleições periódicas e justas. Porém, nem todos estão habilitados a jogar esse jogo. Suas regras constitucionais vedam aos menores de 16 anos e estrangeiros, por ex., participarem como sujeitos passivos, recebendo os votos. Dessa forma, algumas restrições são estabelecidas para a continuação do jogo democrático, impedindo que alguns o joguem².

Chama-se de inelegibilidade as restrições à participação no pleito eleitoral daqueles que são sujeitos passivos (candidatos). Elas são limites impostos ao direito fundamental de elegibilidade em razão de princípios como o da moralidade para o exercício do mandato, da lisura das eleições, da impessoalidade, ou seja, em nome da salvaguarda do próprio princípio democrático.

Não é recente a crise da democracia brasileira, que consiste na perda do sentimento de representação pelos representados em relação aos seus representantes. Os inúmeros casos de corrupção política e eleitoral, a impunidade dos crimes contra o interesse público e a reeleição de candidatos não condenados por crimes cometidos durante o mandato formam um círculo vicioso que desestabiliza as regras desse jogo. A recuperação da saúde da democracia representativa é matéria de urgência para conservação da governabilidade do país. Por isso, tanto se exige uma reforma política.

No presente texto, propomos uma análise da inelegibilidade por “ficha suja”. Os candidatos com essa qualificação são os que possuem no mínimo uma condenação criminal ou de improbidade administrativa, sem o trânsito em definitivo da sentença. Essa restrição é entendida como um pequeno passo em direção à moralização do exercício do mandato eletivo. Ao final, a recente aprovação da lei da “ficha limpa” será estudada como uma reação da sociedade contra os males atuais democracia representativa brasileira.

II. Pressupostos conceituais

O regime político brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, é “um regime democrático fundado no princípio da soberania popular”. São várias as definições de

² Sobre a democracia como uma defesa das regras do jogo, Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Cf. Sobre as reinvenções do conceito de democracia ao longo do tempo, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções**. *Direito Público*, n. 18, 2007, p. 113-143.

democracia, mas em seu núcleo reside a soberania popular e não a de um grupo apenas, como ocorre em Estados oligárquicos, despóticos, etc.

A democracia indireta ou representativa consolida-se no Estado democrático moderno onde o poder público é formado por pessoas do povo escolhidas por um eleitorado o mais universalizado possível. A representação foi a alternativa para o fim do Estado monárquico absolutista ou despótico e para o exercício do poder estatal, pois era impossível que todos decidam sobre tudo (BOBBIO, Norberto, 2004, p.54) a todo momento (democracia direta³⁻⁴)⁵”.

Alguns autores discordam da tese de que a representação foi uma boa alternativa para a democracia direta nas sociedades complexas, pois, de fato, ela teria sido pensada desde o início como uma forma de afastar a presença popular do governo, reservando este apenas para uma elite que possui os meios de se eleger⁶. Essa não foi a tese adotada pelos Estados democráticos contemporâneos.

A democracia representativa significa, de modo simplificado, que as deliberações coletivas não são tomadas diretamente pelos cidadãos eleitores, mas por eleitos para tal mister (BOBBIO, Norberto, 2004, p.56). Então, são dois os sujeitos da representação democrática: o

³ A origem da democracia direta é a Grécia antiga, nas deliberações públicas das ágoras. A democracia direta foi defendida por Rousseau na modernidade como forma legítima de governo, em detrimento a representação democrática. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: Princípios do direito político**. São Paulo: CD Editora, 2003. Além do exemplo das sociedades antigas gregas, podem ser citados: (i) as *town meetings* na Nova Inglaterra, no século XII, que eram reuniões para decidir assuntos locais; (ii) os *Landsgemeinde* (cantões suíços), mas que atualmente já foram substituídos por instituição de representação. Para uma análise crítica do tema, ver: LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções**. *Direito Público*, n. 18, 2007, p. 113-143.

⁴ A democracia pode ser dividida em direta e indireta. A democracia direta pura tornou-se uma reminiscência do passado. Significa a participação direta de todos os cidadãos nas deliberações e decisões coletivas. A inviabilidade de seu exercício é clara devido a complexidade da sociedade atual. Apesar disso, alguns mecanismos de participação política direta são previstos na Constituição de 1988: iniciativa popular de lei (art. 14, III e art. 61, §2º), referendo popular (art. 14, II e art. 49, XV), plebiscito (art. 14, I), ação popular (art. 5º LXXIII). A rigor, contudo, há uma democracia representativa reinventada. Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. *Op. cit.*, p. 113: “A rigor, contudo, há uma democracia representativa reinventada. Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. *Op. cit.*, p. 113: “Mais do que isso, a democracia “semidireta” não existe, ou melhor, é uma democracia representativa com algumas peculiaridades. Precisamente, a utilização de mecanismos de participação popular, como o referendo e plebiscito. No entanto, eles não são mecanismos da democracia direta, mas sim instrumentos para atuação conjunta entre mandantes e mandatários e não uma atuação apenas dos mandantes: do povo”

⁵ MELO, Carlos Ranulfo. *Corrupção eleitoral: ensaios e críticas*. In: AVRITZER, Leonardo. [et al.] (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 373.

⁶ MIGUEL, Luis Felipe. **Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.51, 2003, p. 123-140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15989.pdf>>. Acesso em: 30 de maio 2010.

representante e o representado. O direito político de votar e o de ser votado são fundamentais para a continuação desse regime político.

É o direito de ser votado que merecerá mais atenção nestas linhas. “Direito político de ser votado” recebe outras denominações, como, por exemplo, elegibilidade, cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva. Todas significam o mesmo: a capacidade de participar do procedimento eleitoral como candidato – sujeito passivo da eleição⁷⁻⁸. Adriano Soares da Costa (2008, p.66) entende que a elegibilidade é mais do que o direito de receber votos. Consiste ainda em praticar atos de campanha, consubstanciando um direito público subjetivo. Para preservar a lisura das eleições e da própria democracia, a elegibilidade não é conferida a todo povo. Concorrer ao pleito eleitoral significa preencher as condições de elegibilidades constitucionais e legais, além de não incorrer em inelegibilidades.

São condições de elegibilidade constitucionais aquelas previstas no art. 14, §3º, CF 1988: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima, dependendo do cargo concorrido. Existem outras condições, denominadas por alguns doutrinadores (COSTA, Adriano Soares da, 2008, p.66 *et* CUNHA, André Luiz Nogueira da, 2004, p.73) de impróprias, apenas por não estarem junto às demais, mas em outros dispositivos ou diplomas: o analfabetismo (art. 14,§4º), indicação em convenção partidária (art. 94, §1º, I, Código Eleitoral), tempo de filiação partidária (art. 18, Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei 9.096/95) e as condições especiais para militares (art. 14,§ 8º, CF).

As inelegibilidades são limitações constitucionais ou legais sobre a candidatura. Segundo Pedro Henrique Távora Niess, a inelegibilidade é uma barreira para o exercício regular do mandato político, seu sentido é amplo, pois abrange a ausência de condições de elegibilidade, as inelegibilidades estrito senso e as incompatibilidades. Assim, aquele que não

⁷ “[A] elegibilidade é pressuposto do exercício regular do mandato político, a inelegibilidade é a barreira intransponível que desautoriza essa prática, com relação a um, alguns ou todos os cargos cujos preenchimentos dependam de eleição”. NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos: Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.8.

⁸ Adriano Soares da Costa condiciona a elegibilidade à obtenção do registro de candidatura. Segundo o autor, a doutrina se equivoca quando afirma que a elegibilidade é a regra e a exceção é a inelegibilidade, pois aquela só nasce com o registro de candidatura conferido pela Justiça Eleitoral. Antes desse momento, o nacional é inelegível. Dessa maneira, as condições de elegibilidade, previstas na Constituição ou na legislação infraconstitucional, são, na verdade, condições de registro (condições de registrabilidade). Na lição do autor, a elegibilidade “é o direito subjetivo nascido do fato jurídico do registro de candidato que apenas poderá ser validamente consumado se atendida as condições prefiguradas, quer por normas legais quer por normas constitucionais”. V. **Instituições de Direito Eleitoral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61 - 64.

preenche qualquer das condições de elegibilidade é inelegível de forma indireta (NIESS, Pedro Henrique Távora. 1994, p. 8.)⁹. As inelegibilidades foram previstas na Constituição, como mencionado, e podem ser estabelecidas especificamente na lei complementar, conforme dispõe o art. 14,§9º. As inelegibilidades infraconstitucionais foram disciplinadas na Lei Complementar 64 de 1990.

Existem ainda as incompatibilidades que buscam conferir um tratamento isonômico na disputa eleitoral, preservando, dessa forma, sua lisura. Consistem no impedimento de assumir o mandato eletivo por quem esteja no exercício de determinadas funções públicas ou particulares, tendo em vista a incompatibilidade de ambas. As incompatibilidades estão nos artigos 1º, II a VII, e parágrafos 1º a 3º, da Lei Complementar 64/1990, e 14, parágrafos 6º e 7º, da Constituição Federal (CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti, 2008, p.78).

Diante desse resumido panorama, a cidadania passiva (o direito de ser votado), no âmbito de um Estado democrático, é considerada um direito fundamental. É direito político formal e materialmente fundamental¹⁰. Do outro lado, as inelegibilidades são restrições impostas ao seu exercício. As restrições aos direitos fundamentais são comuns no âmbito de uma sociedade complexa e plural cuja Constituição possui valores e direitos opostos e não-absolutos (BARROSO, Luís Roberto, 2009, p.328)¹¹. As restrições ao direito político de ser votado podem ser justificadas em nome de outros princípios sagrados pelo constituinte. A impossibilidade de candidatura dos políticos “ficha suja” é uma dessas restrições ao exercício da elegibilidade. Porém, antes de enfrentarmos o tema central desse texto, vejamos algumas questões teóricas sobre a teoria da restrição dos direitos fundamentais políticos.

⁹ Segundo Adriano Soares da Costa, caso seja inelegível o eleito, em razão de alguma ausência de requisitos constitucionais, poderá sofrer recurso contra diplomação, tendo em vista que a natureza da condição de elegibilidade é de natureza constitucional e não foi suscitada, ao tempo, em ação de impugnação de registro de candidatura. V, COSTA, Adriano Soares. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁰ Os direitos políticos são fundamentais quanto ao aspecto formal e material. Quanto ao aspecto formal porque foram inseridos no rol de direitos fundamentais do Título II da Constituição. E quanto ao material por concretizarem o princípio democrático e o da soberania popular.

¹¹ “(...) da própria qualidade jurídica dos direitos fundamentais e de sua inserção numa ordem jurídica decorre a inevitabilidade de ocorrência de situações de tensão ou impossibilidade de realização simultânea dos direitos fundamentais e de outros bens e valores comunitários; o estar em conflito é o estado *normal* das liberdades”. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 547.

III. Questões teóricas sobre a restrição dos direitos políticos¹².

Como não existem direitos absolutos, é possível restringir o direito fundamental de ser votado. A premissa da relatividade dos direitos fundamentais é adotada pela teoria externa dos direitos fundamentais. As teorias internas dos direitos fundamentais¹³, de outro lado, sustentam a inviabilidade de restrições ou limitações impostas ao exercício dos direitos. Seguindo essa última teoria, a única tarefa reservada ao legislador é regulamentar o direito fundamental, definindo o seu modo de exercício, e ao juiz compete configurar quais posições jurídicas pertencem ao âmbito de proteção¹⁴ do direito e quais não fazem parte deste.

A teoria externa, por sua vez, considera os direitos fundamentais, *a priori*, como direitos *prima facie* – o oposto da teoria contraposta, que os considera de antemão direitos definitivos (regras). Ou seja, o âmbito de proteção abarca todas as posições jurídicas, ações ou estados possíveis de proteção pelo dispositivo do direito fundamental. O direito garantido de forma definitiva, para esta segunda corrente, é alcançado após a restrição legislativa ou “nos casos concretos, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade” (SILVA, Virgílio Afonso da. 2009 p. 140). A teoria externa parte de um modelo de princípios, pois entende os direitos fundamentais como direitos *prima facie* que podem ser restringidos por regras ou outros princípios (ALEXY, Robert, 2008, p.284).

A intervenção estatal ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais é sempre uma restrição que só é autorizada se for fundamentada na Constituição. Caso a intervenção não se fundamente em outros valores constitucionais, estar-se-á diante de violação aos direitos

¹² A teoria da restrição aos direitos fundamentais é deveras complexa para ser abordada, com a profundidade que merece, para o seu melhor entendimento, nesse texto. Sobre o tema, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. O suporte fático dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar; 2005; SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

¹³ Dentre as teorias internas dos direitos fundamentais, podemos destacar a dos limites imanentes, a institucional, a delimitação do âmbito da norma, entre outras. Todas rejeitam a possibilidade lógica de colisão externas aos direitos fundamentais e buscam a “essência” do direito fundamental. O professor José Carlos Vieira de Andrade, que desenvolve a teoria interna dos limites imanentes admite que “as situações e colisões e conflitos (sic) são freqüentes e até normais em face do alargamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. A solução, no entanto, não ocorre pela técnica da ponderação. Silva, Christine Oliveira Peter da. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁴ Âmbito de proteção, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito”. São os bens jurídicos protegidos pela norma de direito fundamental. V. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

fundamentais¹⁵. Segundo Robert Alexy, um grande expoente dessa tese, não há que se falar em “configuração do direito fundamental”, pois toda ingerência ao direito fundamental é uma intervenção, mesmo que necessária para a sua promoção e otimização¹⁶.

É importante observar que o legislador ou o juiz na sua tarefa deve ter dois objetivos: evitar restrições indevidas ou inconstitucionais e ainda promover esses direitos, para reforçar a sua proteção. Os direitos fundamentais não são apenas subjetivos, mas possuem uma dimensão objetiva que orienta a atividade legislativa, judicial e administrativa. A restrição legislativa ou aquela feita pelo juiz não significa a desvalorização do direito, mas “traduz a idéia de que a limitação imposta se faz necessária para a compatibilização do âmbito de proteção daquele direito com outros valores constitucionais relevantes” (SILVA, Christine Olibeira Pater da. 2005, p.114).

Adriano Soares da Costa (2008, p.27) – um dos principais autores no Brasil sobre tema dos direitos políticos e direito eleitoral – aparentemente adota uma teoria interna de definição do direito político de ser votado. Para esse autor, só possui *ius honorum* (elegibilidade) quem preenche os pressupostos constitucionais e legais reguladores do seu exercício – as condições de elegibilidade – e não incorre em inelegibilidades¹⁷. Ele condiciona esse direito à expedição do registro de candidatura pela Justiça Eleitoral: “[s]em o registro de candidatura *não nasce* o direito político de ser votado”.

Discordamos do entendimento do doutrinador, por adotarmos, nesse trabalho, as premissas teóricas da teoria externa e o modelo de direitos fundamentais como princípios. Estão evidentes, por esse ângulo, a existência de restrições constitucionais e a possibilidade de outras, legais ou judiciais, externas aos direitos políticos. Estes pertencem *prima facie* a todos os cidadãos em qualquer posição jurídica.

¹⁵ “Quando houver violação ao direito fundamental deve incidir a consequência jurídica que, em geral, é declaração de inconstitucionalidade e a cessação da intervenção indesejada”. V. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁶ Na doutrina nacional, Jane Reis Novais endossa a teoria externa de restrição aos direitos fundamentais parece aceitar, mesmo assim, a possibilidade de delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais sem que essa atividade seja considerada uma restrição. É o caso, citado pela autora, da regra do Código Civil que estatui que com “a aberta a sucessão, a posse transmite-se desde logo aos herdeiros necessários”. Essa regra regularia, mas não restringiria o direito de propriedade.

¹⁷ O autor não iguala as condições de elegibilidade e as inelegibilidades.

As restrições ocorrem através de regras ou de princípios. A limitação por regras é feita pelo legislador, autorizada por normas de competência constitucional¹⁸ (por ex., art. 14,§3º). O legislador faz uma ponderação (legislativa) entre os princípios¹⁹ e formula regras que restringirão o determinado direito fundamental, com o objetivo de preservá-lo, conferindo maior conteúdo e efetividade. Podem ainda haver restrições baseadas em princípios²⁰, embora o cotidiano seja a restrição através de regras infraconstitucionais. No caso concreto, levando em conta suas circunstâncias, o juiz pode reduzir o âmbito de proteção do “direito fundamental que é garantido pelo princípio que teve de ceder em favor do princípio considerado mais importante” (SILVA, Virgílio Afonso da. 2009, p. 143), *in concreto*. A principal diferença entre a restrição judicial e a legislativa é que aquela se dá no momento de aplicação, no plano concreto e individual; quanto a segunda ocorre num momento anterior, no plano abstrato e geral (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2006, p.205)²¹⁻²².

O direito fundamental que interessa a esse trabalho é o de ser votado. A elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva, o direito fundamental político de ser votado. As condições para o exercício da elegibilidade são previstas no texto da Constituição e poderá ser configurado na forma da lei, segundo determina o §3º do art. 14. Além disso, existem as hipóteses de inelegibilidade, impeditivas do exercício do direito fundamental de ser votado. Algumas inelegibilidades são previstas no corpo da Constituição e outras são destinadas ao legislador, conforme o art. 14, §9º, CF.

¹⁸ Segundo Jane Reis, para quem adota a teoria externa, qualquer direito fundamental pode sofrer intervenções legislativas de caráter restritivo, independente de sua sujeição à reserva legal. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 204.

¹⁹ Um exemplo extraído do livro de Virgílio Afonso da Silva esclarece essa posição: “poderiam imaginar que existe uma colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e a regra do art. 76 do Estatuto da Criança e do adolescente (...) que exige que as emissoras de TV, no horário recomendado para o público infantil, exibam apenas programas com finalidades educativas (...). (...) o art. 76 não é produto de um simples julgamento de conveniência e oportunidade do legislador, mas o resultado de um sopesamento entre princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente). (...) a regra impõe uma restrição à liberdade, não colide com ela; a colisão ocorre antes, entre os dois princípios mencionados, cuja solução se expressa na regra”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 142.

²⁰ Todavia, de certa forma, todas as restrições se basearem em princípios, pois se adota uma teoria de princípios.

²¹ “As restrições em sentido estrito tem uma vocação normativa geral e abstracta, o que significa que o prejuízo da liberdade produzido se identifica com uma alteração da própria norma jusfundamental (...). Já as uma intervenção restritiva em direito fundamental afecta-se negativamente o conteúdo de uma posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objectivo do direito”. V. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 547.

²² Segundo Virgílio Afonso da Silva, podem ocorrer limitações administrativas aos direitos fundamentais quando a lei confere ao Poder Executivo certa margem de atuação. Na lição de Jane Reis, o poder Executivo restringe direitos individuais ao promover a aplicação direta da constituição.

A Constituição estatuiu restrições expressas a esse direito fundamental ao estabelecer as inelegibilidades, como no caso dos inalistáveis e dos analfabetos (art. 14,§4^{o23}) ou no caso do art. 14,§7^o ²⁴. Certo é que as condições de elegibilidade (incisos do art. 14) constituem também restrições diretamente constitucionais ao direito fundamental de ser votado. Se não forem preenchidas, veda-se o seu exercício. O constituinte autorizou, além dessas, restrições legislativas sob reserva de lei complementar no art. 14, *caput*. Esta é uma reserva qualificada, pois o legislador está limitado a estipular as condições previstas em seu objeto, finalidade e âmbito temático (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2006, p.211).

Outra reserva legal qualificada é prevista no art. 14,§9^o, que estabelece a previsão dos demais casos de inelegibilidade que versem sobre “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

A restrição aos direitos fundamentais surge da necessidade de harmonizar princípios conflitantes. No próximo tópico analisamos a restrição que interessa a esse texto: aquela feita sobre a elegibilidade dos candidatos que são réus em processos criminais, ainda em curso. São conflitos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário que consubstancia verdadeiro controle jurisdicional de direitos políticos.

IV. A trajetória da inelegibilidade por “ficha suja”

Reconhecida a possibilidade de restringir o direito fundamental de ser votado a partir das formulações da teoria externa dos direitos fundamentais, é possível justificar os motivos pelos quais essa opção é adequada à realidade brasileira. Será realizada, para tanto, uma breve trajetória da aplicação no direito brasileiro da tese da aplicação da inelegibilidade por crimes

²³ Muitos doutrinadores criticam a dicção desse dispositivo constitucional. “[N]ão é bem correta a norma do art. 14, §4^o, quando afirma que são inelegíveis os inalistáveis, pois, também são inelegíveis os não eleitores, ainda que alistáveis. São inelegíveis os não alistados, os analfabetos e os eleitores entre dezesseis e dezoito anos”. Silva, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005; p. 355. No mesmo sentido: CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 74.

²⁴ Art. 14,§7^o. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da república, de governador do estado ou território, do Distrito federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro de seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato á reeleição.

cometidos pelo candidato antes do fim do processo criminal, eleitoral ou administrativo – ou seja, a ficha suja.

Na Emenda Constitucional n.1 de 1969, o art. 151 disciplinava as hipóteses de inelegibilidades constitucionais e relegava à lei complementar a previsão das demais, com a exigência de devida consideração da vida pregressa do candidato nesta seara. A Lei Complementar nº 5 de 1970 tornou, àquela época, ilegível os candidatos que respondessem a processo judicial em crimes “contra a segurança nacional e ordem pública, política ou social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio” e etc. Apesar da amplitude da lei, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) relativizava o alcance da norma, criando uma ressalva: quem não possuísse sentença de primeiro grau ou se esta fosse absolutória, poderia concorrer a eleição. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), em oposição ao TSE, tinham a lei como constitucional: mesmo os absolvidos em primeiro grau de jurisdição, sujeitos a recurso, eram inelegíveis²⁵.

A Constituição de 1988, em seu art. 14, §9º, também exigiu da lei complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, porém não previa a consideração da vida pregressa do candidato. Em 1994, a Emenda Constitucional nº 4, alterando esse dispositivo, passou expressamente a exigir tal consideração²⁶. Os demais casos de inelegibilidade, a partir de então, deveriam considerar o passado do possível concorrente a eleição.

A Lei Complementar nº 64/90 estabelece os casos de inelegibilidade legais e seus prazos de cessação, autorizadas pelo constituinte no art. 14, §9º. São várias as hipóteses, por exemplo, a perda de mandato legislativo ou executivo (art. 1º, I, b e c), abuso de poder econômico e político (art. 1º, I, d), julgado pela justiça eleitoral ou pela administração pública (art. 1, I, h), condenação criminal (art. 1, I,e), indignidade do oficialato (art. 1º,I,f), rejeição de contas (art. 1º,I,g), cargo ou função em instituição financeira liquidanda (art. 1º,I, i). No caso de condenação criminal e de processo de apuração de abuso de poder econômico ou político, pela justiça eleitoral ou pela Administração Pública, quando se tratar de detentor de cargo público, a inelegibilidade só incide após o trânsito em julgado da sentença.

²⁵ STF, DJU 26 nov. 1976, RE 86.297/DF, Rel. Min. Thompson Flores.

²⁶ Art. 14, § 9º, CF. “Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, **considerada a vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. (grifo nosso)

Existem alguns julgados importantes sobre a questão da análise da vida pregressa do candidato e a recusa, por parte da Justiça Eleitoral, na concessão do registro ao candidato que responde a processo penal ou de improbidade administrativa, desconsiderando de certo modo, o trânsito em julgado estabelecido pela Lei das Inelegibilidades.

O Recurso Ordinário nº 1.069/RJ²⁷, julgado em 2006 pelo TSE, talvez seja o de maior notoriedade. Cuidava-se de um pré-candidato a deputado federal que teve seu registro de candidatura indeferido, pelos Tribunais *a quo*, devido a sua extensa ficha de antecedentes criminais²⁸. Segundo a fundamentação da decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ), o indeferimento preservou a moralidade das eleições, pois o pré-candidato não possuiria uma postura idônea compatível com o exercício do mandato.

No julgamento do recurso, em decisão apertada, a maioria dos ministros do TSE negou a auto-aplicabilidade ao art. 14,§9º, da Constituição²⁹. Restou estabelecido, dessa forma, que apenas a lei complementar poderia disciplinar a hipótese de inelegibilidade de candidatos cujos processos criminais ainda não transitaram em julgado. O pré-candidato citado que tentava a reeleição possuía inúmeras ações em curso, mas obteve o registro, tornando-se candidato.

Em 2008, o Tribunal mais uma vez enfrentou esta demanda na consulta nº 1.621³⁰. O processo de consulta foi instalado após envio de ofício de um Juiz do Paraná que pedia o acréscimo ao art. 29, da Resolução nº 22.717³¹, de outros documentos que possibilitassem a análise da concessão do registro de candidatura. A intenção do pedido era possibilitar a análise da vida pregressa e de afastar candidaturas indesejáveis, pelos juízes eleitorais. O resultado foi de 4 (quatro) ministros pelo indeferimento e 3 (três) ministros pelo deferimento – praticamente a repetição do quadro do julgamento acima. A resposta da consulta foi: “[s]em

²⁷ TSE, J.20 set 2006, RO 1069/RJ. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. .

²⁸ Eurico Ângelo de Oliveira Miranda era o candidato e respondia a “sete processos criminais, que envolviam figuras delituosas como evasão de divisas, falsidade ideológica, apropriação indébita, sonegação fiscal, não-recolhimento de contribuição previdenciária, furto, difamação, ameaça, desobediência, desacato, etc”. O réu não possuía nenhuma condenação transitada em julgado, apenas algumas condenações em primeira instância. OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Direito Eleitoral: Reflexões sobre temas contemporâneos**. Fortaleza: ABC Editora, 2008, p.67.

²⁹ Este entendimento, inclusive, estava sumulado no enunciado da súmula nº 13 do TSE: “Não é auto-aplicável o § 9º, do artigo 14, da Constituição com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94”.

³⁰ TSE, DJU 04 jul 2008, CTA 1621, Rel. Min. Ari Pargendler.

³¹ Essa resolução dispôs sobre a escolha e o registro de candidatos nas eleições municipais de 2008.

o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nenhum pré-candidato pode ter o seu registro de candidatura recusado pela Justiça Eleitoral”.

A corrente vencida invocou os princípios da moralidade para o exercício do mandato e da probidade administrativa, além da efetividade do texto constitucional. Houve certa relativização do princípio da presunção de inocência quanto a sua aplicação no caso de direitos políticos. Em especial, o ministro Carlos Ayres de Britto defendeu a natureza dos direitos políticos como a de direitos a serviço da soberania popular e da democracia representativa, por isso a vida pregressa honrada do candidato pode ser uma das condições de elegibilidade. Dessa forma, tenta se preservar a finalidade coletiva (e não pessoal) que emanam desses direitos.

A corrente predominante optou pelo primado do princípio da separação de poderes, relegando ao legislador – e apenas a este – a possibilidade de estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa do candidato. A presunção de inocência e a impossibilidade de sua restrição foram os outros argumentos marcantes.

Alguns juízes eleitorais não se conformaram com a posição do Pretório Eleitoral nesta seara. A associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou, perante o STF, uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cuja tese era a não recepção da Lei Complementar nº. 64/90 pela Emenda Constitucional nº 4/94, nos pontos em que se exige trânsito em julgado para o reconhecimento da inelegibilidade³².

Mais uma vez, houve improcedência do pedido, agora no âmbito da Corte Constitucional. Como os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Brito integravam a mesa do TSE, à época, os votos já estavam conhecidos. Os ministros da tese vencedora a fundamentou com os argumentos também já apresentados: direito fundamental à inocência; a garantia essencial do devido processo legal; não-aplicabilidade imediata do art. 14, §9º, CF; princípio da divisão funcional do poder.

V. A restrição: a inelegibilidade por consideração a vida pregressa

Nesse cenário, a controvérsia no Supremo Tribunal Federal projeta para o espaço público um importante questionamento: É possível considerar a vida pregressa como uma

³² STF, DJU 26 fev. 2010, ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

modalidade de inelegibilidade legítima? Embora o STF tenha respondido negativamente a essa indagação, tal resposta não é satisfatória. No presente tópico, levantaremos alguns argumentos para comprovar o porquê.

Alguns autores defendem que a intenção do candidato, réu em processo sem trânsito em julgado, seria a de se esquivar da sanção, já que o mandato eletivo concede várias imunidades³³. O princípio da moralidade pública denegaria a esses candidatos a concorrência no pleito eleitoral. Esse é um princípio inerente ao exercício de qualquer função pública que demanda um comportamento honesto e ético³⁴. No caso da moralidade do mandato popular, o que se busca é a solidificação da democracia representativa, através da ética no processo de escolha dos candidatos e na tentativa de impedir a fraude, a corrupção e o abuso de poder econômico futuros, no seio dos órgãos eleitos (NASCIMENTO, Carlos Valter do. 2008, p. 15).

A presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) foi invocada por alguns Ministros do Supremo, como veremos adiante, como uma garantia fundamental do pré-candidato que acabaria por ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado da sentença. Segundo Marcelo Bertasso (2008, p.29-45), não se deveria recorrer aos princípios da presunção de inocência. A intenção do constituinte reformador era de que fosse analisada a vida pregressa do candidato quando da aferição de elegibilidade, o que não era possível com base apenas com o texto da LC nº. 64/90. Em outros casos, o Judiciário analisa a vida pregressa do candidato a cargo de concurso público, independente da permissão legal ou constitucional³⁵. Então, porque não fazê-lo quanto ao candidato a cargo eletivo?

Há quem advogue ser a presunção de inocência, ou não-culpabilidade, uma garantia própria do processo penal, protetora da liberdade de ir e vir, tendo em vista a restrição

³³ “Seu objetivo (do candidato processado) não é prestar um serviço público de qualidade, mas resolver seu drama pessoal. Seu objetivo, sem dúvida, é encontrar guarida na sombra da impunidade, assegurada pela generosa imunidade parlamentar, produto espúrio do processo legislativo viciado”. V. NASCIMENTO, Carlos Valter do. **Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato: a questão da improbidade administrativa.** *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 89, jul. 2008, p. 13.

³⁴ “O princípio da moralidade, que deve estar presente na conduta do administrador público, e impõe, além do respeito às leis, um comportamento honesto, uma legalidade ética do administrador público”. SOUZA, Patrícia Brito de. **Inelegibilidade decorrente da vida pregressa.** *Fórum administrativo – Direito Público – FA*, n. 87, mai. 2008, p. 44 - 55.

³⁵ STF, Primeira Turma, DJU 25 jun 1999, RE 141787, Rel. Min. Moreira Alves; STF, Primeira Turma, DJU 16 out 1998, RE 210363/ES, Rel. Min. Moreira Alves; STF, Segunda turma, DJU 10 out 2003, RE 368830/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

imposta pela prisão penal não se aplicaria a outros ramos do direito (SOUZA, Eliseu Fernandes de. 2006, p.8267-8271). O princípio aplicável aos direitos políticos seria o da precaução. Além disso, mesmo que fosse considerada como “aplicável aos demais ramos do direito”, a garantia sofre limitações em várias outras circunstâncias. Entretanto, dentre os Ministros do Supremo, Celso Mello, realçou a “força irradiante do princípio da não culpabilidade para além da esfera penal como uma garantia definidora das sociedades democráticas e do devido processo legal” (SILVA, Alexandre Garrido da. 2008, p.134).

A presunção de inocência não é absoluta. Não pode ser um trunfo naqueles que faltam a moralidade e a probidade necessárias para o exercício da representação popular. Esperar o trânsito em julgado da sentença, com a quantidade de recursos possíveis e a morosidade judiciária, é quase desconsiderar esses princípios. Exigir que o processo criminal ou de probidade administrativa, por outro lado, esgote todas as suas possibilidades recursais para que o candidato exerça sua elegibilidade plena parece esvaziar a instrumentalidade do processo nos casos de inelegibilidade. É preciso definir os critérios para a aplicação do art. 14,§9º, CF, de forma mais célere, pelos juízes eleitorais, sem que incorram em subjetivismos e arbitrariedades.

A norma do art. 14,§9º, CF, impõe uma restrição indiretamente constitucional ao direito fundamental de participação do processo político, através da legislação infraconstitucional que deve levar em consideração a vida pregressa do concorrente ao cargo eletivo (OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. 2008, p.93-94). Porém, não havia norma desse porte³⁶, desprotegendo os princípios da probidade administrativa e da moralidade. O legislador violava a Constituição com sua omissão não-fundamentada³⁷. Observada a mora legislativa e a ausência de fundamentação jurídico-constitucional³⁸ dessa omissão, a postura da Corte na interpretação desenvolvida foi indevidamente tímida, sobretudo, se os parâmetros aplicativos, fossem propostos para casos futuros e se fosse observada a proporcionalidade na restrição desse direito fundamental. Em segundo lugar, como destaca Marcelo Roseno (2008, p.95):

³⁶ Mais a frente, analisaremos a votação do projeto de lei que cuida desses casos.

³⁷ “Somente em casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 251.

³⁸ O termo é de SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 251.

O momento histórico-social (em que se assanham rumores de envolvimento de agentes públicos de toda a sorte de infrações penais, alguns deles com fortes indícios de realidade) não se coaduna com a interpretação restritiva dos comandos principiológicos, de modo que **não parece ter sido intenção do legislador tornar inelegíveis apenas aqueles que já contam com sentença penal condenatória transitada em julgado – o que aliás, já foram contemplado no art. 15, III;** e a aferição de fatos da vida pregressa não se confunde com o exame de culpa sobre as infrações penais imputadas ao postulante, com o que não restaria malferido o princípio da presunção de não culpabilidade. (grifo nosso).

A crise de representatividade, em que se envolvem os órgãos eleitos, somado ao parco e deficiente controle social, desempenhado pelos cidadãos no processo de escolha dos seus representantes, justificaria um controle judicial mais incisivo nesse episódio. É relevante para a legitimidade do processo eleitoral e para o fortalecimento da própria democracia representativa que os princípios da probidade e moralidade sejam de obrigatória observância para os candidatos a cargo eletivo.

A partir dos casos julgados pelo STF e TSE podemos analisar os posicionamentos de mais destaque de alguns Ministros desses tribunais. A forma segundo a qual se manifestaram os juízes sobre a restrição à elegibilidade pode indicar se houve um efetivo controle do exercício dos direitos políticos. Os votos de destaque no caso da ADPF nº 144, em que definiu a possibilidade da candidatura de políticos cujas ações penais ou de improbidade administrativa não transitaram em julgado, foram o dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Carlos Ayres de Britto.

O Ministro Eros Grau assumiu uma postura minimalista ao defender a inviabilidade de aplicação direta do art. 14, §9º. Não estaria o Judiciário legitimado a estabelecer os critérios de inelegibilidade baseados na vida pregressa, pois esta compete ao legislador. Afirmou que não se pode substituir a ética da legalidade por outra estabelecida, por ex., pelo Judiciário³⁹. Segundo o Ministro:

³⁹ Segundo Carlos Valder Nascimento essa alegação não passa de um sofisma. “Formalidade não é tudo, depende de outros elementos para a sua compleição. A forma pura e simples tomada como parâmetro em qualquer modelo interpretativo não dá uma resposta satisfatória às expectativas de justiça plasmada em princípios conformadores do direito justo”. A ética do ordenamento jurídico funda-se na dignidade humana. V. NASCIMENTO, Carlos Valter do. *Op. cit.*, p. 9.

Não se pode substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que o servem⁴⁰.

A postura do Ministro Carlos Britto, em sentido oposto, foi perfeccionista, compatível com uma leitura moral da constituição. Observou ainda a dimensão objetiva dos direitos políticos que servem aos valores da soberania popular e da democracia representativa (OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. 2008, p.95). A tese do Ministro pretendeu moralizar a candidatura, pois os que possuem esses antecedentes em sua vida pregressa, não deveriam gerir a *res publica*.

Se não há lei, também não há direito (?). Se o legislador silencia, que se amordace a Constituição (?). Nada pode ser feito nem mesmo pela Justiça Eleitoral, ainda que a inapetência legislativa do Congresso Nacional beire a anorexia (pois vinte anos estão a se completar sem que o reconhecimento da boa vida pregressa do candidato como condição de elegibilidade tenha sido objeto de lei)⁴¹.

O Ministro Joaquim Barbosa desenvolveu interessante tese na aplicação da inelegibilidade ao afirmar que a condenação em segunda instância é suficiente para tornar o cidadão inelegível. Segundo o Ministro, o direito político à elegibilidade não possui caráter absoluto como nenhum dos demais direitos fundamentais, sobretudo quanto ao exercício político por pessoas ímprobas que repercutem de maneira negativa no próprio sistema representativo. Quanto a aplicabilidade do art. 14,§9º, CF, o Ministro salientou que “[o] poder judiciário não pode dar de ombros e jogar culpa no legislador”.⁴²

A inércia legislativa e a timidez judicial foram os ingredientes para a reação da sociedade que resultou em um projeto de lei popular, aprovado recentemente pelo Congresso Nacional. O diploma cria os parâmetros para a aplicação do art. 14,§9º, com a devida consideração da vida pregressa.

O Supremo Tribunal adotou uma postura minimalista ao exercer o controle sobre o direito fundamental à elegibilidade no julgamento da ADPF nº 144: não supriu a omissão legislativa em relação ao comando constitucional do art. 14, §9º, CF. A legitimidade da Corte para suprir omissões constitucionais é intensamente discutida, no âmbito do

⁴⁰ Trecho do voto do Ministro Eros Grau, TSE, DJU 04 jul 2008, CTA 1621, Rel. Min. Ari Pargendler.

⁴¹ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres de Britto, TSE, CTA 1621, DJU 04 jul 2008, Rel. Min. Ari Pargendler.

⁴² STF.Tribunal Pleno. ADPF 144/DF. DJU 26 fev 2010. Rel. Min. Celso de Mello.

constitucionalismo democrático. Alguns pendem para o lado da legitimidade da Corte e do fortalecimento da Constituição (RAWLS, John. 2007), enquanto outros defendem a ilegitimidade da Corte e o fortalecimento da democracia⁴³. O equilíbrio parece o melhor caminho, no entanto.

Em questões que envolvam regras eleitorais e direitos políticos, o interesse (mal-intencionado) dos parlamentares pode desvirtuar o objetivo constitucional de preservação da lisura das regras do jogo democrático. A omissão legislativa, em considerar a vida pregressa do candidato, pode encobrir um silêncio proveitoso para muitos que já estão no poder. Somado a isso, temos a crise da democracia representativa. Esses fatores legitimariam um controle judicial forte pelo Supremo.

VI. A reação cidadã - Uma questão atual.

Apesar da auto-contenção judicial assumida na regulamentação do art.14,§9º, CF, o Supremo possui atuação de destaque, proferindo decisões que refletem na vida dos indivíduos, diretamente⁴⁴. Vive-se a judicialização da política. O papel de destaque cumprido pela Corte, por vezes, pode render percepções perigosas. O Ministro Celso Mello afirmou que o Tribunal possui o “monopólio da última palavra”⁴⁵, ou seja, são os 11 ministros quem deliberam o ponto final em questões controversas para a sociedade.

Em oposição a esse maximalismo judicial⁴⁶, alguns doutrinadores americanos defendem o constitucionalismo popular, segundo o qual o poder de interpretar, além do de

⁴³ Nessa corrente, cf. TUSHNET, Mark. **Ceticismo sobre a judicial review: Uma perspectiva dos Estados Unidos**. In.: Limites Do Controle de Constitucionalidade. (org) Bigonha, Antonio Carlo Alpino e Moreira, Luiz. Rio de Janeiro, 2009; KRAMER, Larry D. **Democracia Deliberativa e Constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”**. (org) Bigonha, Antonio Carlo Alpino e Moreira, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Susteain, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the supreme court**. Harvard University Press, 1999.

⁴⁴ Recentes julgados revelam essa afirmação como os mandados de injunção que regulamentou a greve de servidores públicos (STF. MI 708/DF. DJU 31 out 2008), a declaração de constitucionalidade de pesquisas com células-tronco (STF. Tribunal Pleno. ADI 3510/DF. Rel. Min. Carlos Britto), a declaração de inconstitucionalidade da lei de imprensa (STF. ADPF-MC 130-7/DF. DJU 07 nov 2008. Rel. Min. Carlos Britto), dentre outros exemplos.

⁴⁵ A frase proferida foi pelo Ministro Celso Mello no discurso de posse do atual presidente do STF, Ministro Cesar Peluso. O discurso está disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PelusopresidenteCM.pdf>.

⁴⁶ O juiz maximalista ou perfeccionista é ideal para adoção de uma leitura substancial da Constituição. Em suas decisões, procura ser exaustivo. Segundo Cass Susteins, “(maximalism) seek to decide cases in a way that sets broad rules for the future and also gives ambitious theoretical justifications for outcomes”. SUSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the supreme court**. Harvard University Press, 1999.

criar, a norma constitucional é do povo. Mark Tushnet⁴⁷, expoente mais radical dessa tese, prenuncia, até mesmo, que a extinção da jurisdição constitucional seria possível, pois a palavra final sobre o que é a Constituição não pertence a juízes, mas ao povo. A doutrina de Tushnet não foi abraçada por nenhum Estado contemporâneo.

Certo é que a maioria das democracias constitucionais do mundo prevê mecanismos de salvaguarda constitucional da política majoritária, através de uma atividade contramajoritária, feita por uma Corte Constitucional ou um Tribunal Superior. A preservação de alguns princípios insculpidos na Carta também é uma exigência da própria democracia e de minorias que não foram ouvidas no processo majoritário.

Ao se defender a importância de um Tribunal Constitucional, não se pode chegar ao outro extremo oposto de considerar essa instância como detentora do monopólio da última palavra. Tal doutrina não é condizente com os objetivos de um Estado Democrático. As decisões da STF podem ser discutidas e, até mesmo derrubadas. Esse conceito é o equilíbrio entre os dois pontos de vista. O exemplo desse equilíbrio foi a reviravolta no resultado do julgamento da ADPF nº 144 – a última palavra foi proferida pela sociedade.

A reação contra o minimalismo judicial⁴⁸, adotado no caso em análise, partiu de eleitores ao subscreveram um projeto de lei complementar de iniciativa popular, impulsionados por movimentos sociais⁴⁹. Obteve-se mais de um milhão e meio de assinaturas. É interessante ressaltar que foram os mesmos movimentos sociais que no passado

⁴⁷ Mark Tushnet afirma que a *judicial review* nos Estados Unidos pouco impediu o autogoverno democrático de tomar suas decisões, ao analisar os casos julgados ao longo da história da Suprema Corte. Por outro lado, foi um mecanismo sem valia para a proteção dos direitos fundamentais. É uma instituição que não faz diferença, principalmente na positivação dos direitos fundamentais. TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre a *judicial review*: Uma perspectiva dos Estados Unidos. In: **Limites do Controle de Constitucionalidade**. (Org) BIGONHA, Antonio Carlo Alpino e MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. No mesmo sentido de Tushnet, Larry D. Kramer também defende o constitucionalismo popular. Para este autor, a *judicial review* não foi um processo natural do constitucionalismo norte-americano, mas um esforço da suprema corte de estender o seu poder, usurpado-o do povo. KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. (Org) BIGONHA, Antonio Carlo Alpino e MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁸ O termo é de Cass Sustein, ao se referir ao minimalismo decisório (“*decisional minimalism*”) que envolve o uso constitutivo do silêncio pelos juízes. A postura minimalista é de auto-contenção frente às decisões democráticas, por reconhecer a legitimidade democrática dos órgãos eleitos na definição das questões profundas e controversas no seio da sociedade. SUSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 5

⁴⁹ Mais informações sobre os referidos movimentos sociais, ver o site: www.mcce.org.br.

conseguiram aprovar outro projeto de iniciativa popular de lei, conhecido como “captação ilícita de sufrágio⁵⁰”.

Para deflagrar o processo legislativo, o projeto de lei de iniciativa popular deve ter sido subscrito por 1%, no mínimo, do eleitorado nacional, disposto em 5 (cinco) Estados-membros, com não menos de 3 (três) décimos por cento do eleitorado de cada um deles⁵¹. Tantas exigências transformam esse instituto, inerente à democracia participativa, em uma tarefa árdua ou mesmo em um enfeite. Poucos foram os projetos de lei popular aprovados pelo Congresso Nacional. Alguns foram subscritos por parlamentares e a maioria sofreu algum tipo de alteração⁵².

Em relação ao projeto de lei da ficha limpa, o Projeto de lei n. 518/2009, denominado “ficha limpa” – como ficou conhecido – possuía, de início, alguns objetivos principais: (i) aumentar o período da sanção de inelegibilidade para 8 (oito) anos; (ii) ampliar o rol de crimes que ensejam essa restrição ao exercício da candidatura; e (iii) prever a condenação em primeira ou única instância ou recebimento da denúncia pelo órgão colegiado para incidência da restrição. A redação original do projeto popular sofreu significativa mitigação na Câmara dos Deputados: a exigência de, no mínimo, uma sentença proferida por órgão recursal para que seja aplicada a restrição da inelegibilidade.

A análise de alguns exemplos pode elucidar o distanciamento do espírito inicial do projeto popular:

(i) No projeto original, de número 518/2009, aquele que parlamentar que teve a conduta declarada incompatível com o decoro parlamentar, *independente da aplicação da*

⁵⁰ A captação ilícita de sufrágio está prevista no art. 41-A, da Lei das Eleições (Lei nº. 9.504/97). Esse dispositivo prevê a cassação do registro ou do diploma ao candidato que doar, oferecer, prometer, entregar ao eleitor um bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, com o objetivo de obter-lhe o voto.

⁵¹ Art. 61, §2º, CRFB/1988.

⁵² Três são as leis fruto de iniciativa popular, aprovadas após constituição de 1988. A Lei 8.930/94 que alterou a lei de crimes hediondos, todavia tal projeto foi encaminhado à Câmara pelo Presidente da República. Em 1999, foi aprovada a lei 9.840/1990 que introduziu a figura da captação ilícita de sufrágio à lei das Eleições. O projeto, ao chegar à Câmara, foi subscrito por parlamentares. Esse projeto de lei popular se originou através do mesmo movimento popular que aprovou a recente lei da ficha limpa. E, por fim, a Lei 11.214/2005, que tramitou durante treze anos no Congresso Nacional, disciplina o fundo nacional para a moradia popular. Cf. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448 - 450.

sanção da perda do mandato (art. 55, §2º, CF) ficam inelegíveis. Porém, a Câmara dos Deputados não aprovou tal inserção na lei 64/90;

(ii) No caso de representação julgada procedente pela Justiça Federal, o projeto “ficha limpa” original não previa o seu trânsito em julgado e a sanção era aplicada para a eleição na qual concorreram ou tinham sido diplomados os candidatos e nos oito anos subseqüentes. Mas a alteração da Câmara exigiu uma decisão proferida por instância recursal, no mínimo;

(iii) no caso de condenados por crimes elencados no corpo da lei, a Câmara modificou o projeto de iniciativa popular para exigir que a decisão tenha sido julgada por um colegiado, em instância recursal, mas manteve a previsão de novos crimes como a aqueles contra o meio-ambiente, abuso sexual de menores, etc.

Após as emendas, aprovado na casa iniciadora, o projeto seguiu para a casa revisora – o Senado Federal. A unanimidade dos senadores presentes na sessão votou a favor da lei, aprovando-a em tempo recorde – menos de um mês.

Grande polêmica foi gerada com certas emendas, promovidas por um senador que alterou o tempo verbal de vários dispositivos. De tal modo, onde se lia “os candidatos *que tenham sido condenados* em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral”, foi alterado para “*os que forem condenados*, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral”. Em outro artigo, a redação: “os *que tenham sido* excluídos do exercício de profissão” foi modificada para “*os que forem* excluídos”, dentre outros exemplos que indicaria para uma aplicação pro futuro das inelegibilidades previstas.

Pode-se entender que a mudança no tempo verbal exclua do alcance da inelegibilidade os políticos já condenados, referindo-se apenas os casos futuros – quem for condenado, a partir da publicação da lei. “*Os que forem condenados*” teria, para essa primeira corrente, o mesmo sentido de “*os que vierem a ser condenados*”, não incluindo na restrição as condenações já ocorridas.

Por outro lado, podemos entender a palavra “*condenados*” (em “*os que forem condenados*”) como um adjetivo. Esse entendimento resultaria em incluir na restrição todos os que estão na condição de condenados, ou seja, os que forem condenados. O verbo ser, nessa

oração, seria um verbo de ligação, não indicando um futuro, mas uma qualidade do sujeito⁵³. Dessa maneira, “*os que forem condenados*” englobam os que condenados de ontem, de hoje e, também, aqueles, que porventura alcançarem essa qualificação.

Entendemos, porém, que essa controvérsia temporal recai apenas sobre a inelegibilidade dos condenados em segundo grau de jurisdição, que foi a inovação trazida pela lei⁵⁴. Aos candidatos condenados com o trânsito em julgado, independente se forem condenados antes ou depois da modificação legislativa (se forem ou se vierem a ser condenados) aplica-se a suspensão dos seus direitos políticos, por força do art. 15, CF. É por esse motivo não podem ser candidatos.

O que se pode discutir em relação aos condenados com sentença transitada em julgado proferida antes da emenda senatorial gramatical (onde reside a controvérsia) é a duração da inelegibilidade a ser aplicada: se o da nova lei, aumentada para 8 (oito) anos, ou a da antiga (três anos). Nesse caso, depende da corrente a ser adotada. Se for firmada a corrente que entende “*os que forem condenados*” como uma aplicação para o futuro, então o tempo de sanção de inelegibilidade será o da disciplina da lei anterior (três anos). Se entendermos, “*os que forem condenados*” como as pessoas que possuem essa característica (os condenados a qualquer tempo), então aplicaremos o prazo da lei nova (oito anos).

O desenrolar dessa berlinda gramatical deixada pelo legislador deverá ser resolvida na Justiça Eleitoral ou mesmo no Supremo Tribunal federal. Quanto a constitucionalidade da lei, em consulta recente ao TSE, os ministros a avaliaram como válida e aplicável as eleições do mesmo ano de sua publicação (2010). Assim, várias ações já foram propostas na Justiça Eleitoral para impedir a candidatura de “fichas sujas”.

VII. Conclusão

A inelegibilidade do candidato que possui condenações criminais ou administrativas foi apresentada nesse texto como uma restrição ao seu direito fundamental de elegibilidade. Uma restrição que se justifica no art. 14, §9º, CF, e no princípio democrático.

⁵³ Um exemplo esclarecerá. Se estivéssemos num aeroporto e alguém anuncia: “os que forem brasileiros se levantem”. Naquele momento se levantaram todos os que são brasileiros.

⁵⁴ A questão da duração da restrição da inelegibilidade também dependerá de como será resolvida a controvérsia gramatical.

Se observarmos com cautela, ocorre igualmente uma restrição ao direito de sufrágio dos cidadãos, em geral, quando se proíbe a candidatura de políticos “ficha suja”, pois aqueles ficaram impedidos de votar nesses candidatos que, porventura, seriam habilitados para fazer campanha eleitoral (caso a regra não existisse).

Esse tipo de restrição seria totalmente dispensado se outra fosse a realidade das eleições e da democracia representativa brasileira. Em primeiro lugar, muitos candidatos condenados por crimes, como o de corrupção, voltam ao poder, carregados do voto popular. Isso não significa necessariamente o perdão concedido pelos eleitores àquele candidato corrupto. Pode significar, na verdade, a pouca consciência política, a não difusão de uma cultura democrático-participativa e a dificuldade de obter informações sobre os atos, os processos judiciais, as contas, entre outros dados, que conferem transparência, seja durante a fase de candidatura, seja durante o mandato eletivo, inviabilizando o controle social dos candidatos e políticos⁵⁵.

Em segundo lugar, os partidos políticos deveriam exercer uma filtragem e barrar as pré-candidaturas daqueles que estão sendo processados, principalmente quando envolvidos em escândalos de corrupção e, de outros tipos de similar gravidade para o interesse público. Porém, a crise de representatividade que assola a democracia brasileira passa pela instabilidade do sistema partidário (DULCI, Otávio Soares. 2003). Os partidos políticos, como representantes de interesses de grupos sociais e como espaço de formação de líderes e ativistas políticos, não poderiam respaldar a candidatura daqueles que possuem a “ficha suja”.

Em terceiro lugar, a grande quantidade de recursos judiciais somada a morosidade da tutela judicial facilita o acesso desses candidatos não-desejados à concorrência na disputa eleitoral. A condenação efetiva pelo trânsito em julgado da sentença levaria à perda ou suspensão dos direitos políticos e à inelegibilidade, conseqüentemente – art. 15, III, CF. Pensava-se que o Poder Judiciário seria o último recurso para vedar a candidatura daqueles que não possuem a vida pregressa condizente com o exercício de um mandato representativo.

A solução, no entanto, veio por outra via: a reação popular que se deu através da iniciativa popular de lei. Esperemos para analisar como a Justiça Eleitoral e os partidos

⁵⁵ Para um debate sobre o direito de informação de dados para um efetivo controle da sociedade sobre o Estado é feito, Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas questões políticas e científicas complexas.** *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, p. 77 - 105.

políticos aplicarão as alterações providas pela lei da ficha limpa à lei das inelegibilidades (LC 64/1990).

A crise instalada na democracia representativa brasileira afasta o sentimento de representação necessário entre representantes e representados, por isso a urgência da adoção de mecanismos que reforcem a moralidade necessária para o exercício dos mandatos eletivos. A lei popular da ficha limpa, analisada acima, representa a reação de uma parcela da sociedade preocupada com o comportamento daqueles que ocupam as cadeiras representativas do Estado.

O projeto foi fortemente modificado pelo Congresso Nacional, mas não desmereceremos o que parece ter sido a grande vitória para a nossa democracia: o fortalecimento, no seio da sociedade, de uma parcela de cidadãos politicamente conscientes e engajados com o fim da corrupção, da imoralidade, da impessoalidade e de outros vícios crônicos da política brasileira. Um prenúncio otimista de mudança.

VII. Referências Bibliográficas.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTASSO, Marcelo Pimentel. **Antecedentes, Vida Progressa e Inelegibilidade**. *Paraná Eleitoral* n. 69, jul./set. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder**. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, André Luiz Nogueira da. **Direitos políticos: representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. *In*: BIGONHA, Antonio Carlo Alpino; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Democracia Direta vs. Representativa: uma Dicotomia Inconciliável com Algumas Reinvenções**. *Direito Público*, n. 18, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Carlos Ranulfo. Corrupção eleitoral: ensaios e críticas. *In*: AVRITZER, Leonardo. [et al.] (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. **Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.51, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15989.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2010.

NASCIMENTO, Carlos Valter do. **Pressupostos de inelegibilidade em razão de maus antecedentes do candidato: a questão da improbidade administrativa**. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 89, jul. 2008.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos: Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Direito Eleitoral – reflexões sobre temas contemporâneos**. Fortaleza: ABC, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise: supremo tribunal federal diante de questões políticas e científicas complexas**. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, dez./out. 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. O suporte fático dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Eiseu Fernandes de. **A presunção de inocência no processo eleitoral**. *Forúm Administrativo – Direito Público – FA*, n. 70, dez.. 2006.

SOUZA, Patrícia Brito de. **Inelegibilidade decorrente da vida pregressa.** *Fórum administrativo – Direito Público – FA*, n. 87, mai. 2008.

Sustein, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the supreme court.** Harvard University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre a *judicial review*: Uma perspectiva dos Estados Unidos. *In*: BIGONHA, Antonio Carlo Alpino; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.