Ruy Samuel Espíndola

DIREITO ELEITORAL

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS DE VOTO E DE CANDIDATURA

Prefácio
Rodrigo Valgas dos Santos

HABITUS
EDITORA

Copyright© *2018 by Ruy Samuel Espíndola*
Produção Editorial: Habitus Editora
Editor Responsável: Israel Vilela
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

As ideias e opiniões expressas neste livro são de exclusiva responsabilidade dos Autores, não refletindo, necessariamente, a opinião desta Editora.

CONSELHO EDITORIAL:

Alceu de Oliveira Pinto Junior / UNIVALI
Antonio Carlos Brasil Pinto / UFSC
Cláudio Macedo de Souza / UFSC
Dirajaia Esse Pruner / Univali - AMATRA XII
Edmundo José de Bastos Júnior/ UFSC- ESMESC
Fernando Luz da Gama Lobo D'Eça / IES - FASC
Flaviano Vetter Tauscheck / CESUSC-ESA-OAB/SC
Francisco Bissoli Filho / UFSC
Gilsilene Passon P. Francischetto / UC (Portugal) - FDV/ES
Jorge Luis Villada / Ucasal - (Argentina)
Juan Carlos Vezzulla / IMAP (Portugal)
Juliano Keller do Valle / UNIVALI
Lauro Ballock / UNISUL
Marcelo Bauer Pertille / UNIVALI
Marcelo Gomes Silva / UFSC
Nazareno Marcineiro /UFSC - Academia da PMSC

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

E77d

Espíndola, Ruy Samuel.

Direito eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura / Ruy Samuel Espíndola

1ª ed. – Florianópolis: Habitus, 2018.

180 p.; 14x 21cm

ISBN 978-85-88283-54-1

1. Direito Eleitoral 2. Direitos Fundamentais 3. Direito de Voto e Candidatura - Brasil I. Título

CDU 342.8

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).
.

HABITUS

Todos os direitos desta edição reservados à Habitus Editora
www.habituseditora.com.br–habituseditora@gmail.com

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Ruy Samuel Espíndola

DIREITO ELEITORAL:

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS DE VOTO E DE CANDIDATURA

Florianópolis
2018

À minha adorada e saudosa mãe, Selma Roncelli Espíndola, professora normalista apaixonada pelo ensino, admiradora de Rui Barbosa, que ensinou aos seus alunos, a mim e a meus irmãos, o amor ao estudo, à liberdade, ao bem e à justiça.

À minha esposa Andreia Maria e aos nossos filhos Maria Luísa e Enzo, minha amada família que me enche de alegria, orgulho e satisfação existencial.

E a Néviton de Oliveira Batista Guedes e Adriano Soares da Costa, grandes publicistas que fortalecem a Democracia com a defesa tenaz dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura, e, para minha imensa alegria e boaventura, meus amigos.

"A Justiça Eleitoral (...) pode intervir e acaba intervindo no conteúdo e no próprio resultado do processo eleitoral. O magistrado eleitoral brasileiro, graças a uma jurisprudência e legislação cada vez mais ambiciosas, tem o poder não apenas de certificar os registros de candidaturas e proclamar e diplomar os eleitos, mas também de cassar mandatos alcançados com o voto popular, tornar inelegíveis os cidadãos e, inclusive, sindicar e censurar o que os candidatos podem dizer e os eleitores podem ouvir numa campanha eleitoral. Boa parte dessas funções, como é o caso do registro de candidatura, podem ser exercidas de ofício e incidem diretamente sobre alguns dos mais caros direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, nunca é demasiado lembrar: a capacidade de votar e a de ser candidato correspondem a direitos fundamentais dos mais prestigiados em todo mundo civilizado e democrático, não obstante sem muita cerimônia sofram, no Brasil, restrições impostas até mesmo por meros atos normativos secundários (Resoluções) da Justiça Eleitoral."

Néviton de Oliveira Batista Guedes

"(...) o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Trata-se (...) de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. (...). "...em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo."

Adriano Soares da Costa

"Para instituir a virgindade na política, estupraram a Constituição."

Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas de advocacia da Espíndola & Valgas, A/A, irmãos de caminhada no direito e na vida, que foram e continuam sendo meus interlocutores diários sobre muitos dos temas aqui debatidos: sócios Rodrigo Valgas dos Santos, Paulo Afonso Malheiros Cabral, Alexandre Francisco Cavallazzi Mendonça (e ao Alexandre ainda agradeço pela generosa revisão do texto e sugestões quanto a estrutura dos capítulos desta obra) e ex-sócios Luís Felipe Espíndola Gouvêa e Wilson Knoner Campos.

Ao rico e querido grupo do CONCIPOL do Piauí - Congresso de Ciência Política e de Direito Eleitoral, que desde 2011 acontece todos os anos em Teresina -, no qual destaco os emblemáticos e queridos nomes de Margarete Coelho, Hemerson Daniel, Georgia Nunes, Eneida Desirre Salgado e Joelson Dias, pelos estímulos e reflexões feitas no interior dos concipois, de nossas conversas no zap, em nossos encontros, sempre com revigorante convívio e ótima companhia.

A Academia Catarinense de Direito Eleitoral - ACADE, destacadamente nas pessoas dos amigos Marcelo Ramos Peregrino, Mauro Prezotto e Luis Magno Pinto Bastos, pelas suas inteligências que robustecem o Direito Eleitoral em solo barriga-verde.

A todos os colegas da Comissão de Direito Eleitoral do Conselho Seccional de SC, aqui representados por Pierri Vanderlinde, nosso ilustre Presidente.

Ao Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, nas pessoas de alguns dos grandes juízes que a integraram pela classe dos juristas/advogados e que testemunhei de perto suas atuações em prol de um Direito Eleitoral do Estado Democrático de Direito: Márcio Luiz Fogaça Vicari, Rafael Horn, Marcelo Ramos Peregrino, Rodrigo Curi e Ana Cristina Ferro Blasi.

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Os 08 textos reunidos nesse livro – intitulado *Direito Eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura* - constituem artigos, discurso e parecer produzidos nos últimos 8 anos, tendo em conta o cenário do Direito Eleitoral brasileiro e os seus pontos de concretização (ou negação) dos direitos fundamentais de voto e de candidatura. Neles, para além da análise dogmática do Direito Positivo Eleitoral e dos Direitos Fundamentais Políticos, ressoa uma visão crítica da jurisprudência e da legislação eleitoral. Em alguns estudos sugerimos a necessária alteração de regras da legislação ou de teses da jurisprudência.

O fio condutor de todos tem duas extremidades que os une nessa coletânea:

- uma o discurso de defesa e o ânimo de contribuir com a máxima efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura, direitos que são a condição de protetividade de todos os demais direitos fundamentais (Néviton Guedes);
- outra a crítica ao moralismo eleitoral (Adriano Soares da Costa), que tem propugnado, sem o confessar, uma democracia sem votos, sem representação popular, no qual se marginalizam candidaturas, se infantilizam os eleitores e se demoniza a democracia representativa e que faz do Juiz Eleitoral o novo "Rei filósofo de Platão", que escolhe, no lugar do colégio de eleitores, quem deverá (ou quem não deverá) dirigir as cidades.

O primeiro artigo - *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF: o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável* - tematiza as inconstitucionalidades da lei ficha limpa, segundo o olhar do autor. Texto elaborado antes do julgamento das ADC´s 29 e 30 pelo STF, que não esvaziou seu sentido e atualidade: tratou do respeito ao artigo 16, da CF, que consagra o princípio da anualidade das regras eleitorais; proibição de retroação legislativa lesiva para se aplicar a fatos passados; irrazoabilidade no tamanho das penas de inelegibilidade; impossibilidade constitucional de comissões disciplinares

e corporações profissionais, através de suas decisões sancionatórias, imporem, reflexamente, inelegibilidades; presunção de inocência e trânsito em julgado. Esse artigo ainda propugna aplicação da regra de impedimento a Ministro do STF que julgou no TSE a causa objeto de recurso extraordinário eleitoral e propõe, que no caso de empates em julgamentos colegiados, ocorridos em processos eleitorais, prevaleça a solução mais favorável ao direito de candidatura.

O segundo artigo - *STF, insegurança jurídica e eleições municipais: até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa?* - enfrenta a insegurança jurídica que graçava em 2011 e que poderia ter afetado a eleição municipal de 2012. Muitos temas de constitucionalidade da lei ficha limpa estavam sendo discutidos na doutrina e em alguns tribunais, todavia, não haviam sido resolvidos pelo STF. E no texto concitamos a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação da Magistratura Brasileira e a Confederação dos Bispos do Brasil, a entrarem com Ação Declaratória de Constitucionalidade, já que empunhavam a bandeira da moralidade política. E provocamos eventuais partidos ou outras entidades, que, eventualmente, defraudassem o estandarte da legalidade constitucional, para aforarem Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade. Sua produção ocorreu antecedentemente ao aforamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 29 (Partido Popular Socialista) e 30 (OAB) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578 (Confederação Nacional das Profissões Liberais). Retomo nele o que chamo de embate entre "moralistas e constitucionalistas".

O terceiro artigo - *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral (reflexos do "moralismo eleitoral")* - faz análise e crítica do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. Mostra que não há base constitucional para sua atuação. Afirma a inconstitucionalidade do artigo 105 da Lei 9.504/97, que procurou limitar o exercício desse poder. Demonstra a atuação *ultra vires* do TSE, tomando de exemplo o artigo 52, § 2º, da Resolução 23.376/12, que instituiu a hipótese de negativa de quitação eleitoral para quem tivesse as contas eleitorais rejeitadas, o que não tinha previsão legal, e constituía, via reflexa, inelegibilidade sem base em lei complementar, como exige o artigo 14, § 9º, da Constituição da República. E sugere meios processuais judiciais e processuais parlamentares para o com-

bate a esse arremedo de atividade legiferante tribunalícia.

O quarto artigo - *Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica* – tematiza a intervenção da justiça eleitoral sobre a vontade do colégio de eleitores. Procura demonstrar que a vontade popular é fruto da "junção calculada" entre vontade do eleitor, vontade do candidato e do partido político ou coligação partidária no qual se encontra a candidatura vinculada. A vontade popular seria "um somatório processual e quantitativo de vontades concorrentes". Assim, ao se cassar ou indeferir registros ou diplomas, notadamente de candidaturas eleitas, estar-se-ia, em verdade, cassando a própria soberania popular, e não apenas um "isolado" direito fundamental de candidatura. Advoga uma doutrina de autocontenção do judiciário eleitoral, para que este não substitua, indevidamente, a vontade das urnas pela vontade autocrática do juiz eleitoral.

O quinto artigo - *Sugestões para a Reforma Política no Direito Eleitoral* – propõe ao debate doutrinário e político mudanças na legislação e na jurisprudência, para que uma candidatura deixe de ser "uma corrida de obstáculos", mergulhada em profunda insegurança jurídica. Propusemos 16 pontos que demandariam alteração do direito positivo eleitoral (material e processual), assim como 08 itens que exigem mudança da jurisprudência e mesmo câmbio de pré-compreensão cultural dos operadores juseleitorais. Destacamos os seguintes: diminuição do tempo para o exercício do direito de ação que leve à cassação de registro, diploma ou mandato eletivo; mandato para juízes de TRE´s de 06 anos, sem direito a recondução e com vencimento mensal igual ao dos desembargadores, no que toca aos advindos da classe dos juristas, com impedimento pleno da advocacia durante o período de mandato; recurso especial eleitoral com súmulas próprias e adaptadas aos bens tuteláveis pela justiça eleitoral; previsão legal de que o réu, em todas as ações eleitorais, será ouvido após a oitiva de testemunhas; testemunhas que devem ser intimadas, sempre, por mandado, para deporem em audiência, salvo que as partes peçam dispensa de ordem judicial; proibição de mudança de precedentes, no curso da eleição, *in malam parte* candidato, todavia, mudança benéfica à candidatura deve ser assegurada e aplicada ao pleito em curso; revogação das normas da lei de inelegibilidades que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos;

introdução de regra na lei complementar 64/90 que module as penas, entre 04 e 08 anos, e se assegure a detração de tempo inelegibilidade, para que não se exceda o tempo máximo de 8 anos, em qualquer caso; inconstitucionalidade da alínea "g", por estatuir cláusula com conteúdo abdicatório do poder de legislar.

O sexto artigo - *Prescrição da Pena Criminal e Inelegibilidade: temas inexplorados e futuros overruling´s na jurisprudência do TSE* – trata de pontos que demandam a superação do Resp 23.851-TSE, com análise profunda da legislação, doutrina e jurisprudência, tanto a juspenal como a juseleitoral, a demonstrar que as premissas desse precedente são equívocas, e devem ser superadas para se estatuir os seguintes novos entendimentos judiciais, diante de duas alternativas: (i) a inelegibilidade deve ser tradada como efeito primário da condenação e não como secundário; (ii) a prescrição qualquer que seja - a da pretensão punitiva ou da pretensão executória - é prescrição da punibilidade, portanto extingue a inelegibilidade como efeito da condenação; (iii) a tese que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juseleitorais ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo normativo da ordem jurídica vigente; (iv) e se persistir o entendimento de que após a prescrição da pena subsiste a inelegibilidade, o seu prazo deve ter como marco temporal inicial a data do trânsito em julgado da condenação e não mais a data da ocorrência da prescrição da pena.

O sétimo texto constitui parecer jurídico - *Sobre inelegibilidade e exegese da alínea "l" da Lei Ficha Limpa: a condenação por improbidade e seus requisitos para obstar o direito de candidatura* – formulado em 19.08.15 e confirmado em suas conclusões por acórdão do Tribunal Eleitoral catarinense (n. 31.572) de 20.09.16. Nele analisamos não só o tipo legal para o reconhecimento da inelegibilidade na hipótese de condenação em face da Lei 8.429/92, quanto exigências hermenêuticas do caso e a irradiação da máxima efetividade do direito fundamental de candidatura. As teses do parecer são reafirmadas pela jurisprudência do TSE, cujo último lanço no ano de 2016, foi o aresto de 30.11.16[1], de relatoria

1. "REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 3672 - Água Clara/MS - Acórdão de 30/11/2016 - Relator) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA - Ementa: ELEIÇÕES 2016. RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. REGISTRO DE CANDIDATO. PREFEITO ELEITO. INELEGIBILIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 1º, I, l, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. 1. A Corte de origem se manifestou de forma expressa e coerente a respeito do ponto cuja omissão e contradição o recorrente indica, razão pela

do Ministro Henrique Neves. Antes desse aresto, em 18.10.16[2], o TSE reafirmou a mesma posição, todavia salientou o ânimo de Ministro da Corte, Hermann Benjamim, de que para as eleições vindouras, em 2018, se pudesse mudar o entendimento, para se entender que serão 04, não mais 5 requisitos, podendo se compreender que deverá haver enriquecimento ilícito *ou* dano ao erário, sem necessidade de concomitância desses dois quesitos, como expressa o conectivo "e" do dispositivo. Esperamos que esse retrocesso não chegue a ser incorporado na

---

qual não ocorre a alegada ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral nem ao art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. 2. Nos termos da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, reafirmada nas Eleições de 2016, o reconhecimento da causa de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, l, da Lei Complementar 64/90 demanda a condenação à suspensão dos direitos políticos, por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em razão de ato doloso de improbidade administrativa que importe, cumulativamente, dano ao erário e enriquecimento ilícito. 3. Verificado pela instância ordinária que a ocorrência de enriquecimento ilícito foi afastada na condenação imposta pela Justiça Comum, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, l, da Lei Complementar 64/90 não incide. 4. O acórdão recorrido está alinhado com a orientação desta Corte Superior, o que atrai a incidência da Súmula 30 do Tribunal Superior Eleitoral. Recursos especiais a que se nega provimento."

2. "REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 4932 - Quatá/SP - Acórdão de 18/10/2016 - Relatora Mina. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO - Ementa: ELEIÇÕES 2016. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA. INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.Para a incidência da alínea l do art. 1º do inciso I da LC nº 64/90, é necessária a condenação por ato doloso de improbidade administrativa que implique, concomitantemente, lesão ao erário e enriquecimento ilícito, em proveito próprio ou de terceiro, ainda que tal reconhecimento não conste no dispositivo da decisão judicial (RO nº 1408-04/RJ, Rel. Min. Maria Thereza, PSESS de 22.10.2014; RO n° 380-23/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, PSESS de 11.9.2014). 2. O legislador, após o recebimento de proposta de lei complementar de iniciativa popular e das conformações realizadas pelo Congresso Nacional, determinou requisitos cumulativos para o reconhecimento de inelegibilidade no que concerne à condenação por improbidade administrativa. 3. A elegibilidade é direito fundamental de natureza política, por isso somente poderá sofrer limitação por determinação constitucional ou por lei complementar. Na linha da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, sendo vedada a interpretação extensiva in malam partem. 4. Na espécie, o Tribunal de Justiça afastou expressamente o locupletamento pessoal e reconheceu tão somente a existência de lesão ao erário, não havendo, portanto, elementos no dispositivo ou na fundamentação do decisum que permitam aferir a ocorrência de enriquecimento ilícito, o que impede, na linha da jurisprudência, a incidência da referida inelegibilidade. 5. Conforme a Súmula nº 41 deste Tribunal Superior, não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade. 6.Nos termos do voto do Ministro Herman Benjamin, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral merece revisão, para eleições vindouras, com a fixação da tese de que não se exige, para a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, l, da LC 64/90, que a suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa decorra, cumulativamente, de enriquecimento ilícito e dano ao erário. Contudo, na ótica da maioria, além de não ser possível adotar tal interpretação, descabe indicar, desde logo, alteração da jurisprudência para pleito vindouro, pois não é possível vincular o entendimento de colegiado cuja composição será diversa, em razão da renovação natural que é característica desta Justiça. 7. Anotação, apenas a título de sinalização aos jurisdicionados, para que não se alegue insegurança jurídica, de que a matéria poderá ser objeto de rediscussão nas próximas eleições. 8. Recurso especial eleitoral a que se dá provimento, para deferir o registro de candidatura do recorrente."

jurisprudência do TSE.

O último texto - *Discurso em homenagem ao eleitoralista Adriano Soares da Costa* – retrata solene momento na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em junho de 2014, data na qual a Academia Catarinense de Direito Eleitoral estatuiu a medalha honorífica "Adriano Soares da Costa", para distinguir, em solo barriga-verde, as personalidades que se destacam no estudo e reflexão crítica para o progresso do Direito Eleitoral brasileiro. No discurso sublinhamos pontos relevantíssimos da obra do grande eleitoralista, que são luzes à máxima efetivação dos direitos políticos fundamentais e à elevação da cientificidade, método e seriedade da Ciência juseleitoral.

A valia, bondade ou utilidade desses trabalhos dependerá da análise do leitor, que dirá, sob seu olhar, onde alcançamos nossos objetivos e onde deveremos rever a empreitada teórica e cívica. E para que o leitor não cale sua voz crítica, o autor informa seu e-mail ruysamuel@hotmail.com, https://www.facebook.com/ruysamuel, seu site www.espindolaevalgas.com.br e seu telefone 055 48 3224-6739.

Ilha do Desterro, SC, 15 de outubro de 2017, dia do professor.

Ruy Samuel Espíndola

PREFÁCIO

O convite de Ruy Samuel Espíndola para prefaciar esta obra soou-me como música aos ouvidos. Afinal, tratando-se de textos sobre Direito Eleitoral, os escritos de Ruy traduzem décadas de estudo, meditações e intensa vivência na práxis advocatícia. Devo confessar, ficaria um tanto frustrado em não ocupar um pedacinho de chão deste livro.

É muito fácil abordar temas do Direito Eleitoral escrevendo aquilo que deseja ouvir a *choldra ignóbil* (Eça de Queiroz). E o que se quer ouvir? Que devemos restringir ao máximo a participação de certas pessoas na política em nome de um desenfreado *moralismo jacobino* (Adriano Soares da Costa); que a limpeza (a *jato*) do espaço da política deve ser realizada ao custo dos direitos e garantias fundamentais que demoramos séculos para adquirir. Na *sociedade do espetáculo* (Guy Debord) temos pressa e o show deve continuar. Julgamentos são sumários e realizados nos telejornais cotidianos, onde a mera acusação passa a ter eficácia de sentença transitada em julgado.

Ruy escolheu o caminho mais difícil. Ao invés de surfar a onda da restrição desmedida aos direitos políticos fundamentais, preferiu fazer o papel de portentoso rochedo. Ao receber o impacto das ondas, resiste bravamente. A densidade dos seus escritos faz com que a ressaca que hodiernamente assola o Direito brasileiro seja pontualmente obstaculizada, fazendo deste choque raro espetáculo de beleza e reflexão jurídica.

Trata-se de texto onde o leitor encontrará a presença firme e altiva da defesa dos direitos políticos fundamentais de voto e candidatura e o enfrentamento de temas caros ao juseleitoralismo brasileiro, como: a lei Ficha Limpa; segurança jurídica; abuso do poder regulamentar do TSE; vontade popular (como junção da tríade: vontade do eleitor, candidato e partidos políticos ou coligações); sem descurar de reflexões propositivas sobre reforma política e ainda o necessário diálogo entre Direito Eleitoral e Direito Penal. Estes temas foram tratados de modo brilhante e por vezes novidadeiro, harmonizando domínio teórico e vasta experiência como advogado eleitoralista.

Estas qualidades levaram Ruy a ladear os grandes eleitoralistas do Brasil, sendo sua presença requisitada nos mais importantes eventos de Direito Eleitoral no País, além de convites para expor suas ideias no exterior. Mas não é apenas seu notório saber jurídico que o catapultou ao merecido estrelato. Sua marcante personalidade, recheada de atributos como: franqueza, gratidão, lhaneza, ousadia, respeito, fidalguia irrestrita, entre tantos, fazem de Ruy ser não apenas admirado, mas desejado e querido por seus pares e amigos.

Na defesa irrestrita das liberdades e dos direitos fundamentais, peço licença ao leitor para desde logo dar palavra ao autor:

> "Diante do dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável, deve nos orientar no caminho a seguir a Constituição e sua crença, a razão desapaixonada e sem preconceitos."
>
> "Discursos retóricos de moralidade levaram a humanidade a tristes espetáculos de extermínio, caça desenfreada a dissidentes religiosos e políticos, inquisições clericais, paredões de fuzilamento e macarthismos de toda a sorte. E esses problemas podem ser recorrentes mesmo em regimes democráticos, mas com outra roupagem, discursos e novas vítimas."
>
> "Assim, é possível afirmar que não há vontade popular apenas com o voto do eleitor, embora seja este o maior protagonista do processo eleitoral. A vontade eleitoral, que escolhe, elege os representantes, é fruto de atuação coadjuvada entre eleitores, candidatos e partidos políticos ou coligações partidárias correspectivas."
>
> "A falta de um diálogo do Direito eleitoral, da Justiça eleitoral, da jurisprudência e da doutrina eleitoral brasileira com a Constituição, a teoria dos direitos fundamentais e os adequados métodos de interpretação constitucional contemporâneos, e mesmo o desapego aos clássicos métodos de interpretação literal, sistemático, histórico-evolutivo e teleológico, tem feito do Direito Eleitoral, na última década, uma instância sobrecarregada com as responsabilidades de atender os reclamos de uma falsa ideia de ineficiência punitiva do direito penal e mesmo do direito sancionador de improbidades. Querem alguns, sem o confessarem, que o Direito Eleitoral seja o "filtro moral da representação política brasileira", em todos os níveis da federação."

Finalmente, não poderia deixar de registrar minha alegria por ser "irmão-adotivo", amigo e compadre de Ruy Espíndola. Há 22 anos partilhamos nossa sociedade e muitas das angústias que vivenciamos foram enfrentadas com maestria. Há um pensamento de Rui (Barbosa)

que acompanha a mim e a Ruy (Espíndola) e penso reflita muito desta obra e do seu contributo para as gerações presentes e futuras:

> " COUVE E O CARVALHO
>
> 'Assim como tiveres semeado assim hás de colher.' (Cícero –106-43 a.C.)
>
> Enquanto Deus nos dê um resto de alento, não há que desesperar da sorte do bem.
>
> A injustiça pode irritar-se; porque é precária.
>
> A verdade não se impacienta; porque é eterna.
>
> Quando praticamos uma ação boa, não sabemos se é para hoje ou para quando.
>
> O caso é que os seus frutos podem ser tardios, mas são certos.
>
> Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo ao futuro.
>
> Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para o seu país, para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano." Rui Barbosa.

Este livro cumpre à perfeição o papel de ser o carvalho cujos frondosos ramos nos dão esperanças de dias melhores. Desejo ao leitor ótimo proveito!

Florianópolis, 18 de outubro de 2017.

Rodrigo Valgas dos Santos

Advogado
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR
Professor de Direito Administrativo de Graduação e Pós-Graduação do CESUSC
Ex-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina – IDASC
Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1
A Lei Ficha Limpa em Revista e osEmpates no STF: o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável

CAPÍTULO 2
Stf, insegurança jurídica e eleições: embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa, até quando?

CAPÍTULO 3
Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral nas eleições (reflexos do moralismo eleitoral)

CAPÍTULO 4
Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica

CAPÍTULO 5
DIREITO ELEITORAL E REFORMA POLÍTICA: Sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto

CAPÍTULO 6
Prescrição da pena criminal e inelegibilidade: temas inexplorados e futuros overruling's najurisprudência do tse

CAPÍTULO 7
Parecer jurídico sobre inelegibilidade e exegese da alínea "l" da lei ficha limpa: a condenação por improbidade e seus requisitos para obstar o direito de candidatura.

CAPÍTULO 8
Discurso em homenagem ao eleitoralista adriano soares da costa

CAPÍTULO 1

A LEI FICHA LIMPA EM REVISTA E OS EMPATES NO STF:

O DILEMA ENTRE O POLITICAMENTE CORRETO E O CONSTITUCIONALMENTE SUSTENTÁVEL

A lei complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, nomeada de "lei ficha limpa", tem origem popular (mais de 1.600.000 assinaturas), apoio de amplos setores da sociedade civil (OAB, AMB, CNBB, etc) e uma bondade evidente: excluir do processo eleitoral candidatos que tenham uma vida pregressa incompatível com a moralidade para o exercício do mandato político de vereador, prefeito, deputado estadual ou federal, senador, governador ou presidente.

Para realizar essa exclusão política, na prática, definiu novas hipóteses de inelegibilidades, ou seja, situações nas quais um candidato não poderá requerer registro de candidatura à justiça eleitoral se houver praticado aquilo que a lei prevê como vida pregressa incompatível com a moralidade para o exercício de mandato político.

As hipóteses quase unicamente noticiadas pela mídia são as que tratam da condenação em processos por improbidade administrativa e processos criminais. Para tal, as condenações devem se dar por Tribunal, ou melhor, devem se dar por vários juízes, colegiadamente, em único momento de julgamento, não ocorrendo inelegibilidade se for dada apenas por juiz singular, de primeiro grau (salvo se essa decisão houver transitado em julgado). Ninguém dúvida ser *politicamente correto* que agentes políticos ímprobos ou condenados criminalmente, sentenciados por Tribunal, ainda que com decisão sujeita a recurso, sejam excluídos do processo de escolha em uma eleição.

Todavia, uma questão pode e deve ser feita em nossa democracia constitucional, na qual há controle de constitucionalidade eficiente: poderia o legislador, o Congresso Nacional, ainda que por lei de iniciativa popular, estatuir algumas hipóteses de inelegibilidade constantes da Lei ficha limpa? Quais dos dispositivos *politicamente corretos da LC 135/10,* perante nossa Constituição e seu sistema de direitos fundamentais, seriam juridicamente inválidos?

O TSE, em 10 e 18 de junho de 2010, ao responder a consultas de parlamentares, deu resposta positiva sobre aplicação nesse ano, dizendo que a LC 135/10, inclusive se aplica a fatos passados, como foram os casos de Jader Barbalho e Joaquim Roriz, que renunciaram em 2001 e 2007, respectivamente, para evitarem ou encerrarem processos ético-parlamentares que poderiam levar à cassação de seus mandatos.

O STF, por sua vez, em 22 e 23 de setembro de 2010, apreciando recurso no caso Joaquim Roriz, e em 27 de outubro de 2010, recurso no caso Jader Barbalho, ambos empatados por 05 votos a 05, controverteu sobre vários temas, desde a aplicação neste ano, da nova lei, passando pela possibilidade dela alcançar fatos passados, etc.

Se o STF houvesse aplicado nesses dois recursos a regra do inciso III, do artigo 134, do Código de Processo Civil – que veda ao juiz que deu sentença na comarca, participar do julgamento do recurso no Tribunal como desembargador -, os três Ministros que julgaram esses casos no TSE, deveriam não ter participado dos julgamentos. Ou seja, Ministros Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Marco Aurélio não teriam participado da sessão de julgamento, e o escore, *em prol da Constituição*, ficaria em 03 x 04, e a política nacional não estaria a sofrer com a insegurança judicial que está a impressionar a cidadãos eleitos e cidadãos eleitores.

Contudo, o Regimento do STF, parágrafo único, artigo 277, autoriza, especificamente, que Ministros do STF, que tenham julgado a causa no TSE, tomem parte do julgamento na Suprema Corte, sem qualquer impedimento de presumida parcialidade. Essa regra regimental contraria as "normas de processo e as garantias processuais das partes" exigidas pelo artigo 96, I, letra "a", c/c 22, I, 48, caput, da CF, na formulação de regimentos de tribunal, pois viola o devido processo legal, no que toca a garantia de imparcialidade nos julgamentos.

Por outro lado, os cinco votos divergentes do *politicamente correto*, dados nos dois recursos, pelos Ministros Dias Tofolli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cesar Peluso, foram as primeiras opiniões juridicamente fundadas, dadas em rede nacional de televisão (TV Justiça), contrárias a alguns pontos criticáveis constantes na LC 135. Marco Aurélio, já no TSE, em junho, manifestara objeções, também em rede nacional de TV.

Até o julgamento do STF de setembro de 2010, a grande mídia aplaudia esta lei, sem qualquer destaque crítico-jurídico. Presidên-

cias da OAB e AMB, exercidas por destacados bacharéis em Direito, referendavam as bondades da lei, sem tratarem, séria e fundadamente, de seus eventuais problemas de constitucionalidade. Aliás, não deram a mínima atenção às objeções feitas por membros autorizados da comunidade de eleitoralistas (Adriano Soares da Costa) e constitucionalistas (Eros Grau), dizendo que inelegibilidade não seria pena, mas mero requisito de inscrição de candidatura; a lei não retroagiria, pois foi editada antes do período de registro das candidaturas; a moralidade seria valor jurídico tão alto, que não poderia esperar para só valer na eleição de 2012, etc, etc.

Várias são as agressões que esta lei fez à Constituição vigente. A lei ficha limpa não é "limpa no cartório", tendo em conta critérios de julgamento das leis que nos fornece a própria Constituição. É uma lei cujo rastro de inconstitucionalidade reclama seja dado a conhecer para o debate público, livre, sério e independente.

A primeira inconstitucionalidade é a que trata de sua aplicação nesta eleição (ano eleitoral de 2010). Já antes mesmo da surpreendente decisão do TSE, de 10 de junho de 2010, nenhum manual de Direito Eleitoral ou de Direito Constitucional referendava a ideia de que lei de inelegibilidade não altera o processo eleitoral. É muito claro que numa disputa política (ou desportiva), qualquer regra que limite o número de disputantes afetará o processo de escolha (ou a competição), o processo eleitoral (a corrida), a relação candidato-eleitor (corredores e público).

Mesmo o STF tinha jurisprudência firme, que foi surpreendentemente mal aplicada no TSE, apenas para conformar o inconformável: dar por aplicável no ano de 2010, o que pelo artigo 16, da CF, era inaplicável. Aliás, a insegurança vivida em 2010, não foi ocasionada pelo STF, mas pelo TSE, devido ao criticável expediente de interpretação inconstitucional feito pela maior Corte Eleitoral do País em prejuízo do entendimento consolidado na maior Corte de toda a Justiça brasileira.

Outra agressão às garantias constitucionais foi o fato da lei ficha limpa alcançar fatos ocorridos no passado, emprestando-lhes consequências inesperadas e novas, não existentes no momento em que foram praticados ou não cogitados nos processos em que foram sentenciados. Agressão violenta às regras constitucionais da coisa julgada, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, e dos princípios da segurança jurídica e ao princípio da não-surpresa e da lealdade e confiança

nos atos de Estado. Vide caso Jader em que sua renúncia ocorreu há 09 anos (outubro de 2001), sendo que ele já fora eleito, duas vezes, nesse período, para a Câmara dos Deputados!!!

Tal agressão ao direito político de candidatura não tem exemplo similar em nosso Direito Constitucional ou Eleitoral, e "se a onda pegar" em outros ramos do Direito, poderemos pagar multas de trânsitos por fatos não ilícitos no passado, mas tornados tais no presente; pagar tributos por fatos geradores ocorridos há muito; responder, no presente, por condutas taxadas de crime hoje, mas que no passado, quando praticadas, não o eram. A lei, neste aspecto, tinha endereço certo, era alcançar determinados parlamentares (Jader, Roriz, etc – ACM escapou, pois morreu antes...), que nos últimos anos, renunciaram para escapar a processos ético-disciplinares.

Ora, apuremos casos como esses através das devidas ações penais, ações de responsabilidade por ato de improbidade, procedimentos responsabilizatórios nos Tribunais de Contas, e nas demais vias legais de responsabilização desses agentes. Contudo, utilizar de tais meios o legislador eleitoral, ainda que com apelo popular, é praticar ato juridicamente inconstitucional e moralmente questionável.

Nenhum cidadão fã de futebol aceitaria que no meio de uma partida, o juiz alterasse, com surpresa a todos, as regras do jogo, para atingir um resultado previamente querido por ele! Nas eleições não pode ser diferente, ainda que com alto ruído da claque.

Embora politicamente correto o fim, juridicamente abjeto o meio! Não podemos tolerar leis com esse casuísmo. A lei deve ser geral, abstrata e pró-futuro. Pois deve se aplicar a todas as pessoas, indistintamente; prever hipoteticamente uma série relevante de comportamentos vedados, proibidos ou permitidos; e deve valer para o amanhã, para que possamos dela saber com antecedência, e descobrirmos, racionalmente, os caminhos do lícito e/ou do ilícito, avaliando previamente seus custos e riscos, nossos deveres, direitos e responsabilidades. Além disso, o legislador, não pode se basear em casos extremos para retirar regras gerais e modelares aplicáveis aos comuns cidadãos, que tem o mesmo nível de falibilidade que qualquer um de nós.

Outra inconstitucionalidade deu-se pela falta de proporcionalidade, de razoabilidade no "tamanho" das penas às inúmeras e diversas condutas que previu a LC 135/10. Das coisas mais ínfimas às mais he-

diondas; das de menor apelo moral às mais chocantes, a lei estabeleceu para todas, indistintamente, as mesmas penas: 08 anos. É como se para furto de uma caneca de café ou estupro seguido de morte, houvesse a mesma pena, a mais dura é claro: 30 anos! E na lei 135/10, o candidato em reeleição que fez publicidade institucional em período vedado e aquele que comprou votos, e o que cometeu homicídio doloso por motivo fútil, todos terão as mesmas penas de inelegibilidade: 08 anos! Isso não é dosimétrico, proporcional, justo no sentido de razoável!

Outro ponto que merece o repúdio do Direito foi a 135/10 ter fixado que o servidor demitido do serviço por processo disciplinar ficará inelegível, assim como o profissional (médico, advogado, enfermeiro, etc) excluído dos quadros de sua corporação, por processo ético-disciplinar. Os ministros Cesar Peluso e Gilmar Mendes, salientaram, em seus votos, que poderia haver inconstitucionalidade nessas regras.

Tais regras ferem o princípio do devido processo legal e do juiz natural. Jamais se poderá esperar que servidores públicos integrantes de comissões disciplinares, autoridades administrativas com poder de decisão, assim como corporações profissionais, tenham a imparcialidade de juízes e guardem as justas regras de processo; tenham os cuidados que os juízes praticam ao lidar com direitos fundamentais tão caros, como é o direito de elegibilidade.

É muito comum a instrumentalização desses processos para atender ao fim de "limpeza política" de pessoas indesejáveis aos líderes déspotas de plantão, estejam eles no serviço público ou nas corporações profissionais. A crônica advocatícia, na defesa de servidores e profissionais, revela o lado demasiado preocupante e constitucionalmente incorreto desta regra, que fragiliza a democracia e permite que instituições administrativas sejam utilizadas como cavalos de batalha no jogo eleitoral.

A lei também fez distinções arbitrárias e inconstitucionais, sem fundamento na igualdade esperada de um texto legislativo com tamanha repercussão na vida política do País. Por exemplo, ao tratar das inelegibilidades decorrentes de abuso do poder político, econômico, compra de votos, condutas vedadas, etc, disse que se a decisão condenatória for colegiada em Tribunal Eleitoral, estariam os réus inelegíveis, desde então. Ora, o legislador eleitoral, por certo, esqueceu que nas eleições de outubro de 2010, nacional e estadual, todos os processos eventualmente punitivos, são finalizados por decisões colegiadas

dos TRE's, enquanto nos pleitos municipais, de prefeito e vereador, todos esses mesmos processos serão julgados por juízes das zonas eleitorais. Qual a razão de uma candidatura estadual ou nacional ser mais onerada em seus direitos processuais, do que uma candidatura municipal? Nenhuma juridicamente sustentável! Violação ao princípio de igualdade de tratamento na lei e pela lei!

O legislador, ao invés de ter fixado critério da "decisão colegiada" seria melhor que tivesse desenhado "decisão colegiada que condena ou mantém condenação anterior, tomada em recurso", para se garantir, efetivamente, a ampla defesa, no que toca ao grau recursal. Como está, restou pobremente assegurada somente aos políticos municipais a ampla defesa, e negada esta aos demais mandatários ou candidatáveis da república!

Outra violação da Lei Maior se consubstancia no fato de que é vedado ao legislador eleitoral tomar um fato lícito – renúncia a mandato -, e valorá-lo como ilícito, para fins eleitorais, para fins de candidatura. A experiência ocorrida no Senado da República, com Roriz e Barbalho, por exemplo, não é suficiente para generalizar todos os casos de renúncia ocorríveis no Brasil. Não raro, Câmaras Municipais que encerram maiorias arbitrárias contrárias às novas lideranças no Executivo, especialmente por força da possibilidade de reeleição, praticam as mais odiosas perseguições, não deixando alternativa ao mandatário, senão renunciar para não ser tolhido, injustamente, da legítima continuidade de seu mandato, que atende ao anseio da maioria da população municipal. Esta norma fere o princípio da liberdade, além do princípio da razoabilidade.

Também o princípio da presunção de inocência, com sua aplicação não só na esfera penal, como conquista da Ciência Jurídica civilizada contemporânea, foi violado. Igualmente, violada a regra do artigo 15, III, da Constituição, que garante que a suspensão dos direitos políticos só se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, direitos políticos são "o mais", em relação à inelegibilidade que é "o menos" – a inelegibilidade afeta apenas uma pequena parte das faculdades inerentes ao núcleo duro e essencial dos direitos políticos. Se para suspender o todo – direitos políticos -, é preciso de trânsito em julgado, para suspender parte do todo – direito de candidatar-se -, igualmente é necessário essa situação processual

estabelecida, sem possibilidade de recurso.

E essa inconstitucionalidade trouxe outro grande inconveniente ideológico: os defensores "da constitucionalidade" e "da bondade da lei" têm tomado posições de "conveniência e oportunidade", mesmo contra consagradas posições na Teoria do Direito e na Ciência Jurídica em gral. Eles dizem que esse princípio, o da presunção de inocência, só teria aplicação na esfera do Direito Penal. E o fazem "apenas" para defender a lei 135, com argumento indefensável perante o tribunal da razão e da ciência.

Ora, é sabido como conquista da civilidade e da Ciência jurídica dela resultante, que tal princípio tem aplicação em todos os ramos do Direito onde haja atividade sancionadora, função punitiva. Tanto que se fala, hoje, de Direito Sancionador para abarcar amplas esferas para além do Direito Penal, que, todavia, pressupõe a Ciência Penal como o grande arquétipo, a grande luz, o grande caminho que orienta a aplicação das penas em todas as áreas do Direito. Assim, essa inconstitucionalidade da lei, tem levado, reflexamente, a uma grande incoerência ideológica, lógica e teórica entre os *moralistas* que "toleram" em frágil medida as garantias fundamentais na Constituição: para se salvar a moralmente perfeita e politicamente correta "LC 135/10", mandem-se às favas garantias constitucionais!

Dizem os apologistas da "moral por sobre o direito" que inelegibilidade não seria pena, sanção, restrição punitiva a direito. Portanto, o princípio da presunção de inocência não lhe poderia emprestar qualquer favor. Inelegibilidade seria "mero requisito" para se pedir candidatura, aferível na data de seu protocolo perante a justiça eleitoral. Ademais, para os *moralistas* o direito político que lhe daria calço, deve curvar-se ao interesse público, ao interesse social de barrar candidaturas entendidas moralmente espúrias.

Para esse entendimento, o direito fundamental político de candidatar-se, não seria garantia dos indivíduos, garantia fundamental, apenas interesse público moldado pela opinião pública majoritária, e momentaneamente dominante, que, em dado momento histórico, define o que é interesse público e o que deve ser "moralmente imposto", nem sempre ouvindo a "vontade de constituição" (Konrad Hesse) ou o "sentimento constitucional" (Pablo Verdu).

Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no caso Jader Barbalho, ilustra como exemplo o que estamos a criticar: "Inicialmente, saliento que apreciarei o caso a partir da perspectiva de valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob uma ótica de proteção dos interesses públicos e não dos puramente individuais." No âmbito dessas premissas, direito individual, garantia individual, direito fundamental, estão reduzidos a categoria de mero "interesse individual", disponível, renunciável, relevável em face da moral que se quer dominante, ainda que contrária à Constituição.

Outra violação da Lei Maior do País foi a denunciada no voto do Ministro Cesar Peluso, no caso Joaquim Roriz, em que este tratou, com muita precisão, da violação ao princípio da bicameralidade no processo legislativo. Procurou demonstrar o Ministro que o não retorno do projeto de lei à Câmara dos Deputados depois da emenda corretiva no Senado Federal, em que se procurou corrigir os tempos verbais, não seria mera alteração da redação vernacular. A alteração do enunciado da proposição teria alterado o universo dos atingidos pelo texto legal, pois foi alterado o sentido e alcance da proposição normativa, que se transformou em norma vigente após a sanção e promulgação do Presidente da República. Para que tal princípio fosse preservado, deveria o projeto de lei de iniciativa popular ter regressado à casa parlamentar de origem, pois fora alterado, significativamente, na casa revisora.

E esse dever constitucional os parlamentares do Senado não cumpriram, por receio do "apelo popular"; pelo clamor da claque; pela opinião confortável e triturante do politicamente correto; pelo medo político de que qualquer oposição ao projeto de lei de iniciativa popular ou a algumas de suas proposições pudessem fazer colar nos críticos a mancha de sujeitos "moralmente condenáveis", de "traidores dos altos interesses da comunidade", de "opositores ao regime de moralidade", "de defensores de bandidos" e de "amantes da imoralidade", "ou de positivistas defensores da lei e contra a justiça do povo". Que parlamentar, diante de tamanha pressão popular, proporia o cuidado da razão em face da emoção coletiva e televisiva, que descera suas águas sobre o direito com a força de um arrasador tsunami!?

Diante do dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável, deve nos orientar no caminho a seguir a Constituição e sua crença, a razão desapaixonada e sem preconceitos,

a razoabilidade e as palavras do Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, ditas há muito e repetidas durante os dois julgamentos acima referidos: *"... vivemos momentos muito estranhos, momentos de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, em que o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa. Nessas quadras é que se deve ter apego maior pelas franquias constitucionais..." "Que venha a postura mais rigorosa, mas sem mitigar-se, sem colocar-se em segundo plano a Carta da República, que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas e que a todos, indistintamente, inclusive ao Supremo, submete."*

Diante dos bens em conflito nos dois recursos – a liberdade de receber votos em prol de candidatura por parte de candidato, que toca, na outra face, o direito da comunidade votar (Jader recebeu mais de 1% do eleitorado nacional, mais do que as assinaturas da lei ficha limpa, 1.790.000!), moralidade administrativa, vida pregressa, etc – deveria a solução nos dois empates de 05 x 05 ser a mesma nos casos de *habeas corpus com votações empatadas*, em que se controvertem concessão ou denegação da ordem de liberdade: prevalecimento do resultado mais favorável ao paciente, ou seja, liberdade àquele que sofre constrangimento atual ou iminente em sua liberdade de ir, vir e ficar.

Tanto no caso Roriz, quanto no caso Jader, em que houve empate na votação, a solução deveria ser a que preservasse o direito político fundamental de candidatura, a liberdade política de candidatar-se, pois essa, como demonstra a experiência histórica de Nelson Mandela, é tão importante quanto a liberdade ambulatória para o futuro de uma democracia que se entende civilizada, quer civilizar-se ou apenas não quer regredir à barbárie.

CAPÍTULO 2

STF, INSEGURANÇA JURÍDICA E ELEIÇÕES:

EMBATE ENTRE MORALISTAS E CONSTITUCIONALISTAS EM TORNO DA LEI FICHA LIMPA, ATÉ QUANDO?

O STF, em 23.03.11, definiu, em 5 horas e 40 minutos de julgamento, por 6 x 5, o problema ocasionado pelo TSE há 09 meses e 13 dias antes, por 6 x 1: solveu a dúvida, *criada em 10.06.10*, sobre se o artigo 16 da Constituição da República era ou não óbice para eficácia da lei ficha limpa às eleições de 2010.

Muita insegurança jurídica foi gerada a partir do *esquecimento voluntário* (ou desprezo premeditado) de lições básicas de eleitoralistas, constitucionalistas e teoristas do Direito, assim como da jurisprudência consolidada do STF. Isso para, em nome da conveniência e oportunidade de *discursos moralistas contra constitutione*, se atender as exigências de "linchamentos injurídicos" de candidaturas, direitos políticos fundamentais e da própria força normativa da Constituição vigente.

O TSE, em 10.06.10, inaugurou a insegurança que sofremos até dia 23.03.11. Esse Tribunal agiu de forma antidemocrática, em julgamento que não se enquadra no conceito de precedente judicial, através de mera e apressada resposta a consulta parlamentar, na qual não falam membros do ministério público e nem advogados de partes em conflito (*julgamento friamente administrativo* e não dialeticamente judicial). E decidiu de forma pouco atenta ao quanto ensinara a boa doutrina do Direito Eleitoral do País (Adriano Soares da Costa, Fávila Ribeiro), por maioria de seus membros (06 x 01), sob o corajoso e independente protesto do Ministro Marco Aurélio. E o TSE assim agiu, para o espanto daqueles que estudam ciosa e atentamente temas eleitorais e constitucionais.

O relato feito pelo Ministro Gilmar no caso RE 633703 (Leonídio Correa Bouças), na sessão plenária do STF, demonstrou, à exaustão, o nível do açodamento, do equívoco e do desapego à Constituição que consubstanciou o resultado da Consulta n. 1120-26, no TSE. Quem pode assistir, com atenção, a íntegra do julgamento de 23.03.11, e quem leu com atenção os votos (Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli) proclamados nos julgamentos anteriores (casos Joaquim Roriz e Jader Bar-

balho, setembro e outubro de 2010), constata a valia do aqui afirmado.

Infelizmente, setores capacitados e representativos da sociedade civil (OAB, CNBB e AMB, entre outros), aos quais tanto devemos sobre lutas *efetivamente* democráticas e protetivas da Constituição e dos interesses republicanos, não só estimularam este descaso para com a Constituição, como, depois de feito em 10.06.10, o aplaudiram. E o aclamaram sem reflexão séria e fundada, apenas ostentando o discurso fácil do "politicamente correto", do "moralmente apetecível", mesmo contra o juridicamente possível e o constitucionalmente sustentável.

Confundiram a sociedade brasileira. Confundiram eleitores e candidatos. Houve candidaturas que pelo receio do resultado das disputas judiciais, da insegurança quanto ao passado e futuro de seus direitos, renunciaram suas intenções. Ainda houve aquelas que mesmo depois de consolidadas nas urnas, pelo crivo da vontade popular, foram barradas por decisões da justiça eleitoral, baseadas na açodada consulta respondida pelo TSE em 10.06.10.

Assim, os defensores da moralidade, reforçados pelo apoio institucional da mais Alta Corte eleitoral do País, passaram a "vender o certo como errado", para darem vazão a uma guerra de intemperança ideológica, emparedamento de opiniões contrárias e o atiramento de *carimbos escarlates* sobre *dissidentes do regime de moralidade*. Isso se quis fazer sobre juízes eleitorais, membros do ministério público eleitoral, candidaturas, partidos políticos e cada colégio de eleitores em todos os Estados da Federação.

Tudo para realizarem a difusa e passional "defesa" da "liberdade" do eleitor para escolher os melhores e mais "limpos e incorruptíveis" candidatos... Mas não dizem esses setores moralistas da sociedade civil ao corpo eleitoral do País, que, em verdade, desconfiam de sua capacidade; e não dizem à sociedade, que desconfiam, até prova em contrário, da honestidade de quem ousa se candidatar a cargos públicos, se já os tiveram exercido anteriormente... Vale aqui uma paráfrase: "Democracia, democracia, quantas antidemocraticidades se cometem em teu nome!".

As declarações do Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, de que o STF "decepcionou a sociedade" ao decidir pela inaplicação da LC 135 às eleições de 2010, por certo não reflete a opinião da totalidade dos advogados brasileiros. Especialmente a dos ad-

vogados que sabem o valor das garantias constitucionais em qualquer pleito judicial, seja ele processo criminal, eleitoral ou cível.

Não reflete a opinião dos advogados que sabem que as liberdades, sejam políticas ou de qualquer natureza, são caras ao regime constitucional democrático. E que sabem que discursos retóricos de moralidade levaram a humanidade a tristes espetáculos de extermínio, caça desenfreada a dissidentes religiosos e políticos, inquisições clericais, paredões de fuzilamento e machartismos de toda a sorte. E esses problemas podem ser recorrentes mesmo em regimes democráticos, mas com outra roupagem, discursos e novas vítimas.

A democracia não é a vacina definitiva contra a volta da ditadura nem imunidade inexpugnável contra o totalitarismo. E ditaduras e totalitarismos não morrem totalmente porque delas ou de suas cinzas emergiram democracias. Ideias democráticas assombram ditaduras (vejam os tsunamis políticos no oriente médio na crônica atual) e ideias totalitárias ou ditatoriais, convivem, cotidianamente, no seio das democracias com muita mais facilidade e sutileza (EUA, e caça ao terror; Brasil, moralidade pública superior à Constituição e seu regime de liberdades!). Muitas vezes essas ideias são ilusoriamente vendidas como democráticas... e compradas iludidamente como tais, por amplos setores da sociedade civil, imprensa, representações de classe, movimentos sociais, partidos políticos, tribunais, etc...

Isso ocorre em nações onde o debate não é *verdadeiramente* livre, plurilateral, franco e democrático. Onde o pluralismo de ideias é renegado em nome da unicidade dos dogmas fruto do moral e politicamente correto, a despeito do direito posto. Onde o medo de ser perseguido ou rotulado por suas ideias diferentes é moeda corrente. No Brasil não podemos deixar que tais ideias tenham vida fácil perante o Tribunal da razão e da ciência.

A democracia é o regime que, dialética e respeitosamente, admite o seu contrário (Norberto Bobbio). Mas é o constitucionalismo que lhe assegura a vida e impede o avanço das forças contrárias, mesmo que aclamadas por vontade popular circunstancial que agrida a perene e pétrea vontade constituinte fundacional (Vanossi).

O fiel da balança em uma democracia, que a salvaguarda da emergência de arroubos ditatoriais ou totalitários, ou melhor, de ideias provindas desses matizes, é a existência de uma Constituição democrática e

efetiva. Constituição originada de uma constituinte livre, representativa e soberana, guarnecida por uma Corte Constitucional independente e ciosa de suas tarefas institucionais em um regime de direitos fundamentais e separação de poderes.

Corte Superior cujos juízes julguem, acima de qualquer expediente, com base em regras e princípios constitucionais pré-estabelecidos no próprio texto da Constituição. E não se fundamentem em volúveis, difusos, imprecisos e irracionais sentimentos populares vazados por setores da sociedade que nem sempre atentam para o valor de uma Lei Fundamental e seu regime de contenção dos arbítrios de toda sorte – provenham esses abusos do Poder Estatal ou do Poder Social, ambos poderes constituídos e contidos pela Constituição democrática vigente.

Todavia, a insegurança jurídica, aplacada momentaneamente pelo STF em 23.03.11, será maior em 2012 se esta mesma Corte Constitucional não for acionada, agora, imediatamente, por ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. E acionada já, sem demora!

E para tal, tanto os "setores moralistas" como os "setores constitucionalistas" da sociedade civil, podem contribuir para solver o problema da insegurança jurídica futura, evitando-o em 2012 e mais adiante ainda.

Isso pelo fato de que o julgamento do dia 23.03.11, dado em recurso extraordinário com repercussão geral, não solveu todos os temas e problemas polêmicos em torno da lei ficha limpa.

Em verdade, solveu apenas um, aproveitável apenas para as eleições de 2010, e precisamente para os eleitos que continuaram recorrendo em prol de suas candidaturas. Ou que não tenham recorrido de decisões do TSE, e que do trânsito em julgado desta, não tenha transcorrido 120 dias para aforamento de ação rescisória. *Trata-se do tema da aplicabilidade ou não da lei ficha limpa às eleições de 2010. Somente este, nada mais!*

Todavia, temas ainda mais candentes e polêmicos restam para serem decididos, pois a lei ficha limpa não foi invalidada, em qualquer de seus dispositivos, apenas sua eficácia foi afastada para as eleições realizadas em 2010. Tudo o quanto nela está escrito, será aplicável para as eleições de 2012. E os inconstitucionalmente barrados de hoje, salvos pela decisão do STF, serão novamente impugnados de forma inválida em 2012, se vierem lançar candidaturas municipais.

Esses temas relacionam-se com a força normativa do princípio da presunção de inocência, relativamente aos exercentes do direito político fundamental de candidatura, que embora condenados por colegiados de tribunais, em ações eleitorais, criminais ou de improbidade, ainda não tiveram o trânsito em julgado da decisão afirmando-os, definitivamente, culpados; ao princípio da irretroatividade das leis – a retroação da lei alcançando fatos já dados ou decisões judiciais já proferidas, que quando foram praticados ou lançadas não contavam com uma *status* mais restritivo; a irrazoabilidade não só do tamanho das penas, que podem chegar até mais de 30 anos de inelegibilidade, constituíndo verdadeiras penas perpétuas (como elucidou o Ministro Gilmar Mendes), quanto para a indistinção discriminante dos casos em que elas são aplicadas – compra de votos e propaganda institucional, em período vedado, por exemplo, tem as mesmas penas?!. Para fatos de pequeno ou grande desvalor social a pena é sempre a mesma! Fere-se também o princípio da igualdade. Há, ainda, a chamada *inelegibilidade processual*, como afirma o Eleitoralista Adriano Soares da Costa, decorrente apenas do ônus do tempo sobre os condenados que recorrendo contra suas condenações, ficarão inelegíveis, enquanto esperam resposta final da justiça! Isso é violação intolerável da ampla defesa e do devido processo legal!

Além disso, atribuir às decisões administrativas efeito de inelegibilidade, tomadas por órgãos administrativos julgadores sem garantias constitucionais similares aos dos Tribunais de Contas, é algo que deverá entrar na futura pauta do STF. Ou seja, não é constitucional que processos disciplinares e processos ético-profissionais possam ter tamanha força "derrogadora de direitos", especialmente o direito político fundamental de candidatura. Assim como o tema de atribuir a fato lícito, renúncia de mandato, a sanção de inelegibilidade...

E há um tema que pode invalidar toda a lei, pela ocorrência de inconstitucionalidade formal, que diz respeito à violação ao princípio da bicameralidade no congresso nacional, ao se apontar que no Senado (pelo Ministro Cesar Peluso, no caso Roriz), o projeto de lei fora alterado, e não retornou à Câmara dos Deputados para aprovação da respectiva emenda parlamentar.

Os setores constitucionalistas (defensores da Constituição e seu regime de liberdades individuais e cívicas) ou os setores moralistas da sociedade civil brasileira (defensores da "Ética da Convicção" [Weber] e seu regime de moralidade) podem provocar a Procuradoria Geral da

República, a Ordem dos Advogados do Brasil ou qualquer Partido Político com representação no Congresso para solverem suas "dúvidas" e verem, finalmente, suas teses triunfarem ou naufragarem.

Para os setores constitucionalistas, que entendem que os valores constitucionais acima listados foram violados pela lei ficha limpa, resta pedir a esses autorizados agentes da sociedade civil a propositura da respectiva ou respectivas ações diretas de inconstitucionalidade, que venham a impugnar no STF, pontualmente, os desacertos da lei ficha limpa, declarando-os inválidos para qualquer eleição, não só para a que virá em 2012.

Por outro lado, para os setores moralistas, resta pedir aos mesmos agentes da sociedade civil, que ingressem com ação declaratória de constitucionalidade, já que houve controvérsia significativa e relevante sobre esses temas em todo o judiciário eleitoral brasileiro. E pedir com base nos argumentos de que a lei ficha limpa, não só não violou os valores da presunção de inocência, da irretroatividade das leis, da razoabilidade, da bicameralidade congressual, etc. Mas que realizou, sobretudo, as hipóteses exigidas pela Constituição para definir requisitos sobre vida pregressa, moralidade para o exercício do mandato, em *homenagem superlativa* ao *supraconstitucional* princípio da moralidade administrativa e às regras de probidade, inscritas em muitos pontos da vigente Constituição.

No contexto em que se encontra a opinião pública, é mais fácil que a ação declaratória de constitucionalidade seja movida. Pois ela parece mais "politicamente correta", pois quem a mover estará a defender a lei ficha limpa, e não a atacá-la de inconstitucional. Isso poderia muito bem a OAB Nacional fazer, assim como qualquer Partido Político representado no Congresso Nacional, já que, à unanimidade, o Parlamento aprovou tal lei. Mesmo a Procuradoria Geral da República, que lavrou em todos os recursos julgados pelo STF aqui referidos, pareceres abonando a lei ficha limpa, pode fazê-lo.

E estes são os dois caminhos mais seguros e rápidos para solver o problema com solução adiada para 2012 e adiante, sem vítimas futuras e incertezas vindouras.

E será bom caminho, mesmo no cenário e composição atual desta Corte, ao menos até meados de novembro de 2012.

Em 03 de setembro de 2012, Ministro Cesar Peluso, hoje Presi-

dente, implementa 70 anos, e se despede da Corte. Votaria com os setores constitucionalistas, pelo que enunciou em seus votos nos 03 casos já decididos.

Em 18 de novembro de 2012, alcança o seu septuagésimo aniversário o Ministro Carlos Britto, que pode ser referido como inspirador intelectual do movimento pró "fichas limpas na política", com seu famoso voto no TSE, na eleição de 2006, contra o pedido de candidatura do então candidato Eurico Miranda, ex-Presidente do Vasco da Gama, que no TSE obteve candidatura, mais fora barrado nas urnas pela ação consciente do corpo eleitoral do Estado do Rio de Janeiro!

Por certo, Carlos Ayres votará, como demonstraram suas posições de voto, com os setores moralistas da sociedade civil. Ele chegou a defender, em 2006 e 2008, que a ideia (regras constitucionais) de vida pregressa e moralidade para o exercício de mandatos sequer precisaria de lei complementar para ser aplicada, para ser definida. A regra constitucional seria auto-aplicável, pois seus valores, como a moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa compatível, etc, não poderiam esperar pelo legislador omisso. Caberia, assim, em sua ótica, com a omissão do legislador, a construção ativista e moralizante do Judiciário eleitoral.

Essa ideia é boa nos fins, mas periclitante nos meios! Ela inspirou a Associação da Magistratura Brasileira (AMB) a aforar a polêmica Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, no STF, defendendo a mesma tese, que não foi aceita, por maioria de votos, em 06.08.08. E a decisão final só veio quase 02 meses antes das eleições municipais de outubro de 2008, e 1 mês e 3 dias após o prazo final para apresentação de suas candidaturas. Então se viveram momentos de incerteza contornados a tempo, mas não sem dor e custo...

Relembre-se que mesmo depois da correta decisão de agosto de 2008 no STF, alguns moralistas membros do Ministério Público Eleitoral e certo número de partidos políticos adversários de candidaturas eleitas, escudando-se no fato de que o acórdão da Suprema Corte ainda não havia sido publicado (só o foi em fevereiro de 2010..., com 289 páginas), continuaram a recorrer das decisões judiciais eleitorais que aplicaram o entendimento do STF, fazendo com que o colégio de eleitores e candidatos eleitos permanecessem em estado de espera e de peleja judicial, dando continuidade à insegurança jurídica, até o soar do apito final da Justiça.

Se esse conflito de teses, entre setores moralistas e setores constitucionalistas da sociedade civil perdurar até o limite de 05 meses e 20 dias após as eleições de 2012 (imitando o último desfecho em 23.03.11), chegaremos a março de 2013, com um sério agravante institucional: serão milhares de candidaturas municipais, para vereança e prefeituras, que começarão em primeiro grau, nas zonas eleitorais, e não em TRE´s.

Em eleições municipais há um grau de jurisdição a mais a vencer, para se chegar ao STF. E haverá algumas centenas de recursos a mais do que em 2010, pois são quase seis mil municípios decidindo sobre suas vidas políticas, e não apenas 27 Estados e a União.

Assim, o número de recorrentes e o grau recursal a mais a vencer, farão com que a decisão em recurso extraordinário, com repercussão geral, tomada dia 23.03.11, só possa ser retomada, no caso da eleição de 2012, apenas ao fim do quadriênio político iniciado em janeiro de 2013, ou seja, será tomada, quiçá, em fins de 2017... Em processos judiciais iniciados em zonas eleitorais, quando alcançam o STF, isso não é incomum. É, praticamente, a regra!

Quantas idas e vindas de mandatário eleitos e cassados em Prefeituras ocorrerão, como registra a crônica judiciária eleitoral? Quantas inseguranças na composição proporcional das Câmaras de Vereadores de todo o País? Quanto dinheiro público e privado será despendido ? Quanto tempo público e privado será gasto para solverem essas polêmicas, que reclamam já a palavra segura e definitiva da Suprema Corte brasileira!

Que a AMB, a CNBB e a OAB em especial – essa o único órgão da sociedade civil legitimado universalmente para propor ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental -, contribuam não só para o levante da pressão da sociedade civil em torno do tema ficha limpa. Mas com igual responsabilidade e força, laborem para que as incertezas em seu derredor sejam dissipadas e reine, acima das paixões, a segurança jurídica, sem a qual a democracia se desmancha e a estabilidade das instituições republicanas se desfaz.

CAPÍTULO 3

ABUSO DO PODER REGULAMENTAR E TSE:

CONTAS ELEITORAIS REJEITADAS E QUITAÇÃO ELEITORAL NAS ELEIÇÕES (REFLEXOS DO MORALISMO ELEITORAL)

> "As regras eleitorais se referem à concretização do princípio de legitimação do exercício do poder político. Exige-se, para a sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade (...) – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.
>
> Em nome, simultaneamente, de uma necessária "moralização" do processo e de um imperioso impulso na reforma política, o Tribunal Superior Eleitoral vem, frequentemente, inovando em matéria eleitoral, criando direitos e obrigações (...)."
>
> Eneida Desirre Salgado

O poder regulamentar do TSE está positivado no Código Eleitoral de 1965[1] e na Lei 9.504/97, e não na Constituição da República. A

1. O Código Eleitoral foi instituído pela Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**.** Nos seguintes artigos relacionados, nele se positivou o que se tem entendido como poder regulamentar do TSE: "Art. 21 Os Tribunais e juízes inferiores devem dar imediato cumprimento às decisões, mandados, instruções e outros atos emanados do Tribunal Superior Eleitoral. (...). Art. 23 – Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...) XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral".
Interessante observar que, em 29.09.09, houve alteração legislativa no Código Eleitoral, por meio da qual se aludiu expressamente ao exercício desse poder regulamentar pelo TSE: "Art. 233-A. Aos eleitores em trânsito no território nacional é igualmente assegurado o direito de voto nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, em urnas especialmente instaladas nas capitais dos Estados e na forma regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)".
O artigo 61 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) referenda a mesma tese: "O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei".
A corroborar nossa afirmação, o escólio de Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, em *Poder Normativo da Justiça Eleitoral*, João Pessoa, Sal da Terra, 2004: "O título genérico 'Instruções', regras que explicitam a legislação eleitoral, normalmente editadas através de Resoluções, com nítido caráter vinculativo e força de regra geral, materializa o poder regulamentar atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral, sendo de grande utilidade, posto que interpreta, não só os dispositivos do Código Eleitoral, mas também as leis eleitorais esparsas, o que facilita o seu entendimento e aplicabilidade. (...). A atividade regulamentar é característica da função administrativa da Justiça Eleitoral, através da qual o Tribunal Superior Eleitoral expede Instruções, que são atos normativos de caráter abstrato, com a função de explicitar a lei eleitoral, a exemplo do regulamento expedido pelo Poder Executivo" (p. 37). "A função regulamentar da Justiça Eleitoral apresenta-se através das Instruções Normativas Eleitorais, que são editadas através de Resoluções. As Instruções Eleitorais são atos normativos editados por força da própria lei eleitoral e decorrem do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral." (p. 49)

Constituição de 1988 não o recepcionou[2]. O poder regulamentar do Presidente vem nela previsto[3]. Assim como o do CNJ[4].

A lei 9.504/97, alterada em 29.09.09 pela Lei 12.034, em seu artigo 105 foi mais além, ao fixar o que a Constituição da República não conferiu ao TSE:

> "Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) (grifos nossos)"

Tal dispositivo, embora contrário à Constituição, expressa o ânimo jurídico de estabelecer limites ao poder regulamentar do TSE, para que esse órgão do Judiciário se contenha nos limites próprios dessa atividade normativa, que é dar fiel execução às leis sem alterá-las ao sabor das conveniências da autoridade com poder normante. Mas, além desse ânimo, a lei eleitoral impôs duas questões que são afetas ao tema deste ensaio: não poderá o TSE, com as instruções regulamentares, restringir direitos (como o de candidatura...); e deverá ouvir, previamente, em audiência pública, os delegados e representantes dos partidos políticos[5].

"Sendo as Instruções do Tribunal Superior Eleitoral a materialização do poder regulamentar dessa justiça especializada, assemelhando-se aos Decretos emanados do Poder Executivo, através do qual o Presidente da República exerce a mesma função de regulamentar as leis, elas não 'traduzem emanação da função legislativa, mas verdadeira atividade administrativa de caráter normativo." (p. 55).

2. Vide rol de dispositivos constitucionais que não o trataram, sequer reflexamente, constante dos artigos 118 a 121 da CF.

3. Constituição da República de 1988: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). "IV – sancionar, promulgar e *fazer publicar as leis,* bem como expedir decretos e regulamentos para sua *fiel execução;*"

4. Art. 103-B: "*O Conselho Nacional de Justiça* compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 61, de 2009) (...) §4º *Compete ao Conselho* o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – *zelar pela observância do art. 37 e* apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União."

5. Os partidos, através de seus representantes, não haviam sido ouvidos sobre o tema deste ensaio, já que havia 18 legendas a procurar a Presidência da Suprema Corte Eleitoral para demover o TSE de levar adiante esse *excesso normativo*, como noticiado pela grande imprensa, em 15.03.12.

Não obstante a regra da lei 9.504/97, a base do poder regulamentar para o TSE é inconstitucional, pois não encontra chão na vigente ordem constitucional. E essa lei não poderia ter ido além do quanto fixado na Constituição. O artigo 105 desse diploma, conferido pela lei 12.034/09, é inconstitucional, pois o poder regulamentar é poder sob reserva de constituição[6] e não pode ser conferido aos órgãos constitucionais pelo alvedrio do legislador ordinário. Razões históricas, de conveniência política, pragmáticas, "de bom senso", de "natureza das coisas" (jusnaturalistas), não o podem validar perante nosso Direito Positivo[7].

6. Nesse sentido Cf. Ruy Samuel Espíndola. *Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação.* Revista Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, 2005, p. 235-265:
"Essa concepção está presente na teoria constitucional contemporânea, no constitucionalismo hodierno, e, principalmente, nas constituições atuais, como a brasileira de 1988 (artigo 2º). Nela, *a separação de poderes é objeto de reserva de Constituição, ou seja, o que cabe na matéria atinente ao princípio da separação deve estar tratado diretamente, expressa e/ou implicitamente, no texto constitucional.*
"Essa reserva de constituição se justificaria, entre tantas razões, por exigência de regulação firme, segura e estável das relações e controles recíprocos entre os órgãos de poder, especialmente entre o Legislativo e o Governo, aqui entendido como Executivo, sem descurar-se do Judiciário. Essa exigência político-jurídica revela-se no ideário que afirma que é na Constituição que as linhas mestras e toda a matéria pertinente ao tema separação de poderes se exaurem, especialmente no que toca às competências/atribuições dos órgãos de poder, não só em relação às suas tarefas e missões constitucionais relativamente à sociedade, mas, especialmente, nas suas relações entre si e nas suas relações intra-poderes, ou melhor: no que toca ao relacionamento entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, tudo deve estar positivado através de regras jurídicas contidas e exauridas no texto constitucional."
"Segundo Hans Kelsen a matéria referente à separação de poderes, suas funções, seus agentes, suas prerrogativas, seus procedimentos mínimos de atuação, deve ser objeto de reserva de constituição, pois tratá-la em legislação ordinária é permitir que as relações entre poderes, que devem ser regradas estavelmente, possam ser alteradas por maiorias parlamentares circunstanciais, o que implicaria grande instabilidade nas relações institucionais entre os Poderes do Estado (*Teoria Geral do Direito e do Estado,* São Paulo, Martins Fontes, 1990). Assim não fosse, o jogo do poder não teria regras claras, precisas, garantidoras de calculabilidade e segurança jurídicas (Norberto Bobbio, "Governo dos Homens ou Governo das Leis*", O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo,* 4 ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989, p. 151/171).
"Nesse viés, o que estivesse seguro hoje, através de regra positiva, facilmente seria alterado amanhã, quando forças políticas circunstantes pudessem mudar, *ordinariamente,* o cenário estabelecido pelo Direito".

7. Essas razões *extrajurídicas* foram sumariadas por Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, em *Poder Normativo da Justiça Eleitoral*, João Pessoa, Sal da Terra, 2004:
- o poder regulamentar do TSE se justificaria como exceção ao poder regulamentar do presidente, pois essa autoridade tem interesse político-partidário no resultado eleitoral (p. 18).
Também o "bom senso" e a "natureza das coisas", "na prática", afirmam que o TSE deva continuar a exercer poder regulamentar (p. 44).
Ainda, tal poder seria "inerente e peculiar às tarefas administrativa e judicial da Justiça Eleitoral" (José Delgado),(p. 45).
Razões históricas e até pragmáticas justificariam a função regulamentar da Justiça Eleitoral (p. 45).Suprimido esse poder da justiça eleitoral, o processo eleitoral seria prejudicado, entregue à lentidão do Legislativo (Vamireh Chacon) (p. 45).
Ainda como razão pragmática, alega-se que, como é próprio ao Executivo regulamentar as leis ordinárias, ao Poder Judiciário caberia regulamentar as leis eleitorais (Oliver Cone-

Todavia, além da base desse poder ser inconstitucional para o TSE[8], o seu exercício por essa Corte tem sido inconstitucional, muitas vezes[9].

É o caso da regra instituída por "ato de interpretação", com reflexos para aqueles candidatos que tiveram contas rejeitadas em 2010, e que disputaram mandatos de vereador ou prefeito nas eleições de 2012. Falamos da "interpretação normativa" que o TSE "inseriu", novamente[10], na Resolução 23.376/12, artigo 52, § 2 [11]. Agindo como legislador.

---

glian) (p. 45).
Cabe enfatizar: nenhuma dessas razões, verdadeira e validamente, se ambienta no Direito Positivo brasileiro; elas não podem receber o aceite da doutrina especializada ou o referendo de exegeses do Judiciário que estejam fundadas em razões jurídico-constitucionais positivas; fundadas em reflexão séria e comprometida com os direitos das pessoas e com os limites dos poderes de Estado; fundadas em bases argumentativas *jusfundamentais* (Robert Alexy); fundadas sobre a inteligência hodierna do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

8. Como referenda o tratadista brasileiro do *poder regulamentar*, tendo em conta a ordem constitucional antecedente que fora mais complacente, em suas normativas, com atos normativos sem elaboração e debates congressuais parlamentares, Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*, 2 ed., São Paulo, RT, 1982: "No que diz respeito à competência, só os chefes dos Poderes Executivos, em nosso sistema, podem editar regulamentos. É, portanto, uma atribuição privativa" (p. 9); "O regulamento é ato privativo e indelegável dos chefes dos Poderes Executivo da União, dos Estados e dos Municípios. Nulo é o regulamento expedido por outro órgão, agente ou pessoa" (p. 159).

9. Rememoremos exemplo emblemático ocorrido durante a eleição de 2008 – e que nos fez, na qualidade de advogado, aduzir tema de inconstitucionalidade perante a justiça eleitoral. Para os fins deste ensaio, readaptamos os argumentos advocatícios outrora deduzidos em processo judicial: "*Inconstitucionalidade material do inciso X, do artigo 1°, da Resolução-TSE n. 22.623/07 – Violação a regras e a princípios que compõem a disciplina constitucional da legalidade (artigos 1°, caput, 5°, II, XXXIX, c/c 84, IV, da Constituição da República) – Instituição de obrigação de registrar informação quanto ao número de registro da empresa responsável pela pesquisa eleitoral no Conselho Regional de Estatística – Positivação não por lei emanada do Congresso Nacional e sim por mera resolução expedida pelo TSE – – Malferimento do princípio da reserva legal em matéria sancionadora eleitoral.*
"O inciso X não tem previsão no artigo 33 da Lei 9.504/97. Não está referido em qualquer dispositivo da Lei 9.504/97 ou em qualquer outra lei eleitoral. Tal dispositivo tribunalício é inconstitucional, pois não se assentou na lei, mas no *puro arbítrio normante* do TSE. Esse regulamento/resolução introduziu incabível regra de obrigação de prestar informações à justiça eleitoral, com sanção de multa pecuniária de 50.000 a 100.000 UFIRs, afrontando o princípio constitucional da legalidade (artigos 1°, 5º, II, c/c 84, IV, CF).
"Essa crítica se aplica, em todos os seus argumentos, à previsão novidadeira de que a rejeição de contas em 2010, não poderá ensejar quitação eleitoral a ser dada para a eleição de 2012.
"Lembramos que impedir registro de candidatura é, em termos teóricos e pragmáticos, gerar inelegibilidade (ver Adriano Soares da Costa, em seu *Instituições de Direito Eleitoral*, 7 ed., Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2008, p. 03/60)."

10. "Novamente", pois já debatido no TSE, durante o pleito de 2008, com a introdução formal da criticada regra. Todavia, repelido pelo próprio Tribunal Superior, por entendê-lo desbordante do texto legal. Mas em 2012 voltou à tona *regra/exegese* que se entendia sepultada por que incompatível com missão regulamentar... por certo, que ao reboque de moralismo eleitoral!

11. "Art. 52. A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada até 8 dias antes da diplomação (Lei nº 9.504/97, art. 30, § 1. (...) § 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral, por 04 votos a 03, agiu como se não houvesse diferença entre positivação de uma regra, pelo poder constitucionalmente instituído para produzi-la (o Congresso Nacional) e o ato de interpretação e aplicação da mesma pelo poder próprio (Justiça Eleitoral). Agiu como se não houvesse um limite para o intérprete no ato de interpretar o enunciado linguístico do dispositivo e o produto do resultado dessa interpretação: a norma jurídica válida. No caso, transbordou dos limites interpretativos do § 7º, do artigo 11 da Lei ordinária 9.504/97[12], que fala da apresentação de contas e quitação eleitoral. Assim agindo, esse Tribunal Superior, ilegitimamente, "reescreveu" o dispositivo legal, como se legislador fosse[13]. Alterou a ordem normativa positivada pelo legislador eleitoral, em usurpação de sua competência e em afronta aos direitos políticos dos cidadãos[14] (tanto dos eleitores, quanto de futuros candidatos). E isso lhe é vedado pela ordem constitucional vigente.[15]

O entendimento do TSE no caso da negativa de conferir quitação eleitoral a quem teve contas rejeitadas na eleição de 2010 feria os prin-

12. "Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições. (...). § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)"

13. *E nesse sentido calha a crítica jurídica defluente deste precedente do STF*:
"Lei 6.683/1979, a chamada 'lei de anistia'. (...) princípio democrático e princípio republicano: não violação. (...) No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. *Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o STF está autorizado a reescrever leis* de anistia. *Revisão de lei* de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, *haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário*." (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010.) (grifos em itálico nossos)

14. Citando José Delgado, Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, em *Poder Normativo da Justiça Eleitoral*, ob. cit.:
"o regulamento eleitoral, quando expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral." (p. 85)

15. Cf. Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, em *Poder Normativo da Justiça Eleitoral*, ob. cit.:
"... a função normativa da Justiça Eleitoral é atividade normativa secundária, porquanto expressa através das Instruções Normativas, que não estão elencadas como atos normativos primários, previstos no art. 59 da Constituição Federal, não possuindo o poder de inovar a ordem jurídica." (p. 80)
"... Pinto Ferreira: 'As Instruções do Tribunal Superior Eleitoral devem concordar com o texto legal, para que tenham eficácia . (...) a Corte Eleitoral não pode, *por ocasião do exercício dessa competência, puramente regulamentar*, alterar o texto da lei." (p. 82)

cípios da legalidade e da separação de poderes. Além disso, desrespeitava mesmo o princípio da segurança jurídica, corolário dos dois últimos – já se sabia que 21.000 pessoas seriam afetadas (em 2012), retroativamente, como esclareceu a Ministra Nancy Andrighi.

O poder que produz a norma não pode aplicá-la, em julgamentos, em casos concretos. Só o STF pode fazê-lo, no caso de súmulas vinculantes, por autorização constitucional expressa[16]. O princípio constitucional estruturante da separação de poderes[17] foi violado, assim como o princípio geral da legalidade[18] [19] (que, nessa situação, é de reserva qualificada, pois reclamaria lei complementar), no caso da regra da resolução ora criticada.

Esse poder regulamentar do TSE deve ser suprimido, por revogação, em reforma do Código Eleitoral e da Legislação eleitoral.

Por outro lado, em termos pragmáticos, a consequência da regra criada por resolução interpretativa (a que nega quitação eleitoral aos que tiverem as contas rejeitadas), é, às avessas do Direito, criação de nova hipótese de inelegibilidade, mediante resolução do TSE, e não por

16. "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, *caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*"

17. "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

18. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). II – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*"

19. Sobre esses três princípios (separação de poderes, legalidade administrativa e segurança jurídica) vejam ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. Anotações em torno de questões contemporâneas. Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3138, 3 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/20988>. Acesso em: 3 fev. 2012. E, do mesmo autor, Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

lei complementar concretizante do § 9º [20] do artigo 14, da CF[21]. Assim, o TSE agride os direitos fundamentais de candidatura dos cidadãos, pois criou situação jurídica não prevista em lei complementar, restritiva do *status activus*. Agiu indevidamente, como se legislador fosse.

O fichalimpismo[22] majoritário do TSE é contra *constitutione* e *contra legem*. E, no caso em comento, namora com um aspecto do fascismo[23]: aquele que desrespeita a democracia representativa e aos direitos fundamentais com alto clamor popular. Se o TSE tivesse insistido nesse

20. "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)."

21. Essa opinião é também a do maior dos eleitoralistas, Adriano Soares da Costa, manifestada em seu afamado blog:
"(...) me impressiona (...) a discussão sobre a inelegibilidade (isso mesmo, chamemos as coisas pelo nome) cominada pela rejeição de contas, representada pela negativa de certidão de quitação eleitoral, mesmo em expressa e desabrida ofensa à Lei 9.504/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.300/2006 , conforme notícia veiculada no site do Tribunal Superior Eleitoral:
Ao apresentar seu voto-vista na sessão desta noite, a ministra Nancy Andrighi defendeu a exigência não apenas da apresentação das contas, como ocorreu nas Eleições 2010, mas também da sua aprovação pela Justiça Eleitoral para fins de obter a certidão de quitação eleitoral. A certidão de quitação eleitoral é documento necessário para obtenção do registro de candidatura, sem o qual o candidato não pode concorrer. De acordo com a ministra, não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que tiver suas contas reprovadas. (...) 'O candidato que foi negligente e não observou os ditames legais não pode ter o mesmo tratamento daquele zeloso que cumpriu com seus deveres. Assim, a aprovação das contas não pode ter a mesma conseqüência da desaprovação', disse Nancy Andrighi ao reafirmar que quem teve contas rejeitadas não está quite com a Justiça Eleitoral. (...) Ela destacou ainda que existem mais de 21 mil candidatos que tiveram contas reprovadas e que se encaixam nessa situação. (...) Por essas razões, a ministra sugeriu a inclusão de um dispositivo na resolução para se adequar ao novo entendimento. O dispositivo a ser incluído já estava previsto na Resolução 22.715/2008 (artigo 41, parágrafo 3º) e prevê que 'a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral'. (...)
Já tive oportunidade de escrever sobre esse tema no blog. O que me espanta, nessa quadra, é que os votos vencedores da decisão simplesmente, sem pejo, criaram uma espécie de 'direito achado na rua'. Substituindo as razões do legislador, sobrepuseram-lhe as razões políticas do julgador, aplicando o 'eu acho' judicial, que vale mais do que a norma positivada. O 'eu acho judicial' termina sendo uma abolição da segurança jurídica, de um lado, e um abuso do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, de outro lado, que apenas poderia editar resoluções regulamentares nos limites precisos. (...) Apesar do abuso de poder regulamentar – que às mancheias fica evidenciado nessa decisão do TSE – , impressiona o apelo à insegurança jurídica que ela suscita." Texto *Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do "fichalimpismo",* acesso em: 22 abr. 2012 (grifos nossos)

22. A expressão foi cunhada por Adriano Soares da Costa – http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search/label/fichalimpismo – *Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do "fichalimpismo",* acesso em: 22 abr. 2012.

23. A intertextualidade dessa colocação pressupõe as seguintes leituras: Norberto Bobbio, *Ensayos sobre el Fascismo*. trad. Luis Rossi. Buenos Aires, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2006. 175 p; Michael Mann. *Fascistas*. trad. Clóvis Marques. RJ e SP: Record, 2008. 556 p.

abuso inconstitucional[24], deveriam as 18 legendas partidárias que recorreram à Corte[25] suspender a resolução, por excesso de poder regulamentar[26], com base no artigo 49, V, da Constituição[27]. Ou seja, esses partidos políticos, através do Congresso Nacional, deveriam impugnar esse excesso inconstitucional da mais alta corte eleitoral do país.

A um primeiro olhar pode-se aduzir que a suspensividade prevista no dispositivo constitucional, como poder atribuído ao Congresso Nacional, abarcaria apenas o poder regulamentar do Poder Executivo, excluso o exercido por outros poderes da República. Pensamos que tal interpretação não seria a mais adequada, porque, quando da edição da Constituição de 1988, somente o Executivo detinha o poder regulamentar. Emenda constitucional o estendeu ao CNJ, sem que o conteúdo tutelar do dispositivo V, do artigo 49 fosse atualizado em sua redação. Todavia, a mudança da letra da Constituição, relativamente ao CNJ, transmutou a forma de se compreender o inciso V, do artigo 49. Ou seja, operou-se mutação na competência tutelar: qualquer poder regulamentar, exercido por qualquer autoridade autorizada a fazê-lo, pode sofrer a suspensão do artigo 49, inciso V, desde

24. No sentido exposto, calha lembrar precedente do STF: "*O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações*. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O *abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da CF e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar* (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*)." (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, *DJ* de 16-6-2006) (grifos em itálicos nossos)

25. Conforme notícia retirada do Blog Midiajur, acesso em 22.04.12, http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?sid=235&cid=2627: "Partidos pedem que TSE reveja decisão sobre contas – *Corte decidiu que rejeição de contas é motivo para não expedição de quitação eleitoral* – GABRIELA GUERREIRO – FOLHA DE S. PAULO – Representantes de 18 partidos vão pedir ao TSE (Tribunal Superior Eleitoral) que reconsidere a decisão de proibir, nas eleições municipais deste ano, candidaturas de políticos que tiveram as contas da campanha eleitoral de 2010 rejeitadas." Publicada em 15.03.12.

26. Da lição imorredoura do grande Geraldo Ataliba, retiramos o seguinte excerto: "É próprio da lei o criar, extinguir ou modificar normativamente direitos, de modo inauguralmente inovador. Só o órgão legislativo, no nosso sistema, tem competência para modificar, no plano normativo, a ordem jurídica. Só os órgãos *representativos* podem instaurar ou suprimir direitos ou situações genéricas e abstratas. '*Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos* – há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa' (Celso Antonio Bandeira de Mello...)". Cf. seu clássico *República e Constituição*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 147. (grifos em itálico são nossos)

27. "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa."

que desborde dos limites constitucionais de seu exercício. Trata-se de mutação constitucional operada no conteúdo normativo dos poderes de suspensividade de ato regulamentar desbordante da Constituição.

Assim, seria preciso uma resposta da democracia representativa[28] aos excessos da autocracia judicial. Esse excesso do TSE é apenas um dos aspectos de uma guerra silenciosa sendo travada entre os poderes da república. Há um levante dos sem mandato político contra os com mandato político.

Há muitos agentes políticos sem mandato querendo se adonar de parcela da representação que só cabe aos eleitos pelo voto popular e com respaldo popular. Não podemos aceitar o elitismo de Platão, com "juízes filósofos" que dirão ao povo quem deve e como se deve governar. Isso cabe ao povo escolher e dizer! Esse é o espaço da democracia representativa. O caminho majoritário escolhido pelo TSE, no caso das contas eleitorais rejeitadas em 2010, leva-nos ao atalho da autocracia judiciária.

Essa "guerra" ainda não percebida pelos mandatários políticos tem como alvo o flanco do mandato político, da representação, do direito de escolha livre e independente, pelo eleitor, de seus representantes. Nesse processo bélico inconfesso, não tem havido contenção em se atacar, sem medidas, o direito político fundamental de candidatura, a outra face da pedra angular da democracia representativa.

Que nunca fique sem resposta institucional legítima, pelos exercentes de mandato eletivo, esses ataques à liberdade fundamental de candidaturas. O TSE, com aquela medida inconstitucional majoritária (por 04 x 03), deu outra demonstração de agravo à democracia representativa e aos direitos políticos.

Uma diversa demonstração lesiva foi a inconstitucional resposta em consulta, que entendeu aplicável a Lei da Ficha Limpa ao pleito eleitoral de 2010[29]. Não fosse pela sua exegese precipitada, respaldada também sem unanimidade (06 x 01), ter-se-ia poupado o corpo eleitoral da

28. Sobre o conceito de democracia representativa, ver ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população. Análise do caso brasileiro.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3153, 18 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21124>. Acesso em: 18 fev. 2012.

29. Consulta nº 112026 – Brasília/DF – Acórdão de 10/06/2010 – Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO – DJE 30/9/2010 – Ementa: "CONSULTA. ALTERAÇÃO. NORMA ELEITORAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. APLICABILIDADE. ELEIÇÕES 2010. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL. OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. – Consulta conhecida e respondida afirmativamente."

insegurança vivida até a decisão saneadora do STF, em março de 2011[30].

Em 2012, com a situação apresentada, o TSE inaugurou outra desavença com disposições constitucionais insofismáveis e com a clara letra da lei eleitoral ordinária.

A era Robespierre[31] na jurisprudência eleitoral brasileira, com certeza, aplaude tais medidas. Todavia, a razão e o direito devem combatê-las dentro das quadras da legalidade e da constitucionalidade. Moralidade sem legalidade e sem constitucionalidade é puro arbítrio judicial. No ponto, ataque à democracia e aos direitos políticos fundamentais.

Essa medida do TSE foi fichalimpista. E há, no fichalimpismo, um processo crescente de marginalização dos políticos e de demonização da política representativa. Há um processo inconfesso de infantilização do eleitor e de sua capacidade de escolha. Há um excessivo moralismo eleitoral[32], pernicioso para a democracia

30. RE 633703 / MG – Relator: Min. GILMAR MENDES, J. 23/03/2011: "LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. (...) II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. (...). III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. (...). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (...)."

31. A alusão a *Robespierre* pressupõe a leitura de textos que analisam a intolerância que desencadeou esse singular personagem da Revolução Francesa sobre as pessoas que não se alinharam ao seu pensamento político. Remete ao seu *radicalismo moral* – como um marco desse evento histórico – que derramou muito sangue, sem devido processo legal, dos adversários de suas concepções *moralistas* sobre a composição e funcionamento da sociedade e os direitos de seus indivíduos. Para tal, servimo-nos de Marie-Laure Suzini. *Elogio da Corrupção: os incorruptíveis e seus corruptos*. trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010. 208 p. e Simon Schama. *Cidadãos – uma crônica da Revolução Francesa*. trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 725 p.

32. A noção crítica de *moralismo eleitoral*, mote titular deste ensaio, tem sido desenvolvida pelo eleitoralista Adriano Soares da Costa. O seu bog está repleto de excertos elucidativos. Exemplo é o do post http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search/label/fichalimpismo – *Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do "fichalimpismo"*, acesso em: 22 abr. 2012:
"Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de 'moralismo eleitoral', um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e – o que é tanto pior! – sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do '*fichalimpismo*', o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua..." Os seguintes e elucidativos trechos de sua doutrina foram retirados de outros posts do mesmo blog:
"Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instau-

constitucional[33] e seu regime de direitos.

A era Robespierre no Direito Eleitoral precisa de resposta de quem pode acionar os mecanismos institucionais para fazer valer o Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares.

Se o TSE não tivesse revogado o seu excesso, o Congresso teria o dever de suspendê-lo, a bem da democracia constitucional e dos direitos políticos fundamentais de candidatura e de voto.

E, se até 05 de julho de 2012 não tivesse ocorrido a revogação ou a suspensão desse arremedo de regra regulamentar – Res. 23.376/12, artigo 52, § 2º – , que as defesas judiciais das candidaturas a arguissem, *incidenter tantum*, nos processos de registro, o descompasso da reso-

---

ração de uma democracia sem votos, sem eleitor. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno burguês."
"É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Em nome da ética na política, às favas com os escrúpulos..."
"Tenho combatido o que passei a denominar de *moralismo eleitoral*, ou seja, a adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. (...). Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecimento da própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais (...)."
"(...). moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justiçamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas."
"Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. *O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo*."
"Mas o hipermoralismo eleitoral *não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada*.
"Este é o ponto: *estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica*. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade." (grifos nossos)

33. Sobre a ideia de democracia e seus profundos vínculos normativo-constitucionais, vide ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *A Constituição como garantia da democracia. O papel dos princípios constitucionais.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21059>. Acesso em: 11 fev. 2012.

lução tanto com a lei 9.504/97, quanto com a Constituição, demonstrando a sua ilegalidade, e, sobretudo, a sua inconstitucionalidade. Ou seja, acionassem, nos processos judiciais eleitorais, os controles de legalidade e de constitucionalidade, para que a magistratura eleitoral negasse aplicação ao dispositivo da dita resolução, ou por controle de legalidade, ou por controle de constitucionalidade.

Isso deve ser feito porque não é válido para uma mera resolução do TSE inovar a disciplina normativa estabelecida pelo Legislador ordinário, com afronta à Constituição da República e à Lei 9.504/97. A prerrogativa de inovar a ordem jurídico-material eleitoral cinge-se ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, como estabelecem as normas constitucionais de competência legislativa e as pertinentes ao processo legislativo federal (artigo 22, I, 44, 48, caput, 84, IV, primeira parte, da CR).

Assim, qualquer partido político, entre os 18 reclamantes, poderia ajuizar ação direta de inconstitucionalidade junto ao STF para barrar a inconstitucionalidade denunciada neste ensaio, que aponta o exercício inconstitucional e excessivo de poder regulamentar pelo TSE. E a causa de pedir primeira dessa ADIn sequer precisaria ser a desavença entre a resolução do Tribunal Superior e o texto da lei 9.504/97[34], mas, sobretudo, deveria se pautar no desacordo entre o ilegítimo poder regulamentar do TSE e o seu descompasso com a ordem constitucional vigente[35]. O desacordo de ter agido como legislador, quando deveria ter se limitado ao arco de suas legítimas atribuições jurisdicionais.

34. O que poderia atrair a censura do STF para o exercício de ADIn sobre regulamento excessivo à lei: ADI N. 2.549-DF – RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI: "CONSTITUCIONAL (...). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE (...). IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE DECRETO REGULAMENTAR REJEITADAS. (...). PARCIAL PROCEDÊNCIA. (...). III – Rejeição da alegação de impossibilidade de controle concentrado de decreto regulamentar, posto não se tratar de mero antagonismo entre ato infralegal, de um lado, e lei em sentido formal, de outro. A controvérsia enfrentada diz respeito ao ato administrativo normativo editado em perfeita consonância com a lei regulamentada, mas que, assim como ela, supostamente estaria a atentar contra o texto constitucional." Corroborando essa afirmativa vai a doutrina de Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, em *Poder Normativo da Justiça Eleitoral*, João Pessoa, Sal da Terra, 2004, p. 74.

35. Assim, mais uma vez, o ensinamento de Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, obra citada: "As Resoluções dos Tribunais Eleitorais podem ser alvo do controle de constitucionalidade, pois se enquadram no conceito de ato normativo descrito no art. 102, I, 'a', da Constituição Federal. (...). Sendo assim, compete ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais, incluindo-se neste rol as resoluções advindas do tribunal Superior Eleitoral, na forma de Instruções Normativas. Noutro aspecto, cabe a qualquer Juiz ou Tribunal Eleitoral exercer o controle difuso desses atos, via incidente de inconstitucionalidade (...)" (p. 71/72).

CAPÍTULO 4

JUSTIÇA ELEITORAL CONTRAMAJORITÁRIA E SOBERANIA POPULAR:

A DEMOCRÁTICA VONTADE DAS URNAS E A AUTOCRÁTICA VONTADE JUDICIAL QUE A NULIFICA

I

O presente ensaio objetiva refletir, em termos críticos, sobre o crescente avanço da jurisdição eleitoral sobre a vontade das urnas e sobre os direitos políticos de votar e ser votado. Avanço ampliado, especialmente, pela legislação eleitoral dos últimos anos (da lei ordinária 9.840/99, que instituiu o 41-A à lei complementar n. 135/210, "ficha limpa"). Sobretudo, objetiva refletir sobre o papel contramajoritário da Justiça eleitoral ao invalidar o resultado de eleições de candidatos eleitos ou mandatários empossados, tendo em conta decisões que cassam ou indeferem registros, diplomas ou mandatos.

II

Ao procurar tutelar as liberdades de votar e a liberdade de postular votos para ocupação e exercício de mandatos populares, a justiça eleitoral deve sempre proteger, *igualmente*, os direitos políticos fundamentais dos cidadãos: (i) cidadãos alistados para votar e (ii) cidadãos filiados partidariamente, que, aprovados em convenções partidárias, resolvem pedir ao Judiciário eleitoral que lhes defira o direito de disputar mandato político para os cargos eletivos existentes na República.

Para votar, lembremos, é necessário o preenchimento das condições de alistabilidade (artigos 4º e 5º do Código Eleitoral[36] e 14, § 1º[37] Constituição Federal). Para receber votos, para pedir candidatura,

36. "Art. 4º São eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei. (norma alterada pelo art. 14 da Constituição Federal)
Art. 5º Não podem alistar-se eleitores: I – os analfabetos; (norma alterada pelo art. 14, § 1º, II, "a", da Constituição/88) II – os que no saibam exprimir-se na língua nacional; III – os que estejam privados, temporária ou definitivamente dos direitos políticos. Parágrafo único – Os militares são alistáveis, desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais."

37. "§ 1º – O alistamento eleitoral e o voto são: I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II – facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos."

é necessário demonstrar as condições de elegibilidade e não apresentar causas de incompatibilidades ou inelegibilidades. Essas últimas são causas impeditivas de candidaturas, e podem ser contemporâneas ou posteriores ao pedido de registro (artigo 3º[38] do CE e 14, § 3º[39] CF).

Para o exercício da soberania popular – *princípio estruturante do sistema constitucional vigente* – a junção dessas duas liberdades é fundamental. Ou seja, a junção dos direitos de votar e o de ser votado. Mesmo o Código Eleitoral, produzido em plena ditadura militar, em 15.07.65, parece ter percebido a riqueza desses dois direitos políticos em seu artigo primeiro: "Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado."

III

A soberania popular se exterioriza pelo voto direto, secreto, universal e periódico[40], manifestado nas urnas – hoje urnas eletrônicas. A vontade dos cidadãos representados, elegendo seus representantes políticos – os candidatos – é *momento instituinte de mandatos*, de investidura de cargos eletivos[41], e de eleição de planos de governo e propostas partidárias (ao menos em tese, assim o faz o eleitor, na urna). Momento que se aproxima do momento constituinte, mas não o supera em relevância jurídica e política; do momento supremo de feitura de nova Constituição.

Vontade constituinte e *vontade instituinte* nas urnas são "vontades base", "vontades chaves", que se realizam em momentos inaugurais para o Direito, no caso da vontade constituinte; e reiniciais para a continuidade da política representativa, no caso da vontade das urnas, sendo esta periodicamente renovável.

38. "Art. 3º Qualquer cidadão pode pretender investidura em cargo eletivo, respeitadas as condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade."

39. "§ 3º – São condições de elegibilidade, *na forma da lei*: I – a nacionalidade brasileira; II – o pleno exercício dos direitos políticos; III – o alistamento eleitoral; IV – o domicílio eleitoral na circunscrição; V – a filiação partidária; VI – a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador."

40. Afirma a Constituição da República, em seu artigo 14: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)".

41. Prescreve o Código Eleitoral em seu art. 2º: "Todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas."

Se a primeira, a vontade constituinte, é momento que objetiva perenidade e permanência diretiva; a vontade das urnas é extensão e renovação da primeira; a vontade das urnas é assegurada e limitada pela vontade constituinte. A vontade das urnas, assim, é vontade fruto de um poder constituído, o povo (que também é o titular do poder constituinte), do corpo de eleitores e do corpo de candidatos. Todavia, ambas, são vontades chaves de uma democracia constitucional[42]: vontade constituinte – fundante e inaugural -, e vontade das urnas – renovadora e continuadora da obra feita pelo poder constituinte.

Essa vontade renovadora, instituída pelas urnas, realiza a vontade direta dos eleitores, ao manifestarem decisão sobre quem eles querem que lhes represente na feitura de leis e demais atos de estado comportados nas funções executivas e legislativas pertinentes. Lembrando que, entre nós, os juízes não são eleitos por sufrágio popular[43].

São vontades eleitorais, "vontades das urnas", as manifestadas nas diferentes unidades da federação, para realizar o autogoverno dessas pessoas políticas federadas: na União, para prover os mandatos de Presidente, Vice-Presidente, Senadores e Deputados Federais; nos Estados-Membros, para mandatos de Deputados Estaduais e Governadores e Vice-Governadores; nos Municípios, para a representação política de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores.

Essas vontades populares eletivas, nas unidades federadas, são fruto da *junção calculada* de vontades do eleitor e vontades dos candidatos e partidos políticos ou coligações partidárias, respectivamente. Assim, *é possível afirmar que não há vontade popular apenas com o voto do eleitor, embora seja este o maior protagonista do processo eleitoral. A vontade eleitoral, que escolhe, elege os representantes, é fruto de atuação coadjuvada entre eleitores, candidatos e partidos políticos ou coligações partidárias correspectivas*[44].

42. Sobre nossa concepção de democracia constitucional, ver nosso artigo: *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86. E sobre democracia representativa em contraponto a democracia participativa, ver também nosso artigo *Democracia Participativa: auto-convocação de referendos e plebiscitos pela população.* Estudos Eleitorais, Brasília, TSE, v. 5, n. 2, mai/ago 2010, p. 65/87.

43. Conforme a CF, artigo 93, inciso I: "ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos (...)."

44. Afirma a Lei dos Partidos Políticos, Lei 9.096, de 19.09.95: "Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais."

Em termos cronológicos e lógicos, no âmbito do processo eleitoral, a vontade de candidatos e partidos políticos, precede a vontade do eleitor. Ou seja, a vontade do eleitor é antecedida pela vontade do candidato, então filiado partidariamente.

O candidato dever ser regularmente domiciliado e inscrito em determinada zona eleitoral, submetendo seu nome às convenções partidárias, órgãos de manifestação da vontade de partidos políticos.

Os partidos políticos, pós-convenções, vão buscar na justiça eleitoral inscrição de candidaturas e proteção para as mesmas, tanto no que toca ao deferimento do registro, quanto à concretização de sua propaganda eleitoral para fins de êxito na empreitada, senão do candidato em si, mas do partido ao qual esteja filiado (isso, especialmente, no sistema de eleição proporcional, que se dá para Deputados Federais e Estaduais, assim como Vereadores).

Assim, quando o eleitor vota, na urna eletrônica, manifestando sua vontade, o seu querer foi associado ao querer daquele candidato que manifestou sua vontade em filiar-se a partido, e a este partido, que, com a vontade de sua convenção, referendou o querer do candidato para, juntos (partido e candidato), apresentarem opção de escolha válida ao eleitor. *Deste modo, segundo nossa ordem jurídica,* a vontade popular é um somatório processual e quantitativo de vontades concorrentes*: a vontade do candidato, a vontade de seu partido político e a vontade dos eleitores que apostaram em ambos.*

É nessa perspectiva que devemos entender a assegurabilidade, até mesmo contra reformas inconstitucionais da Constituição, do voto direto, secreto, universal e periódico[45]. O voto como manifestação complexa, em junção de vontades, para manifestar a soberania popular: *vontade manifestada pelo querer do eleitor, do candidato e de seu partido*.

IV

Assim, tendo em conta essa premissa teórica, é lícito concluir: a anulação de uma eleição, resultante da cassação de um registro após as eleições ou a cassação de um diploma conferido ao eleito, ou mesmo de um mandato, jamais são a mera obstaculização de uma liberdade política individualmente considerada; o cerceamento atomizado do direito político de um único cida-

45. Preceito da Constituição da República: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada (...) § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...). II – o voto direto, secreto, universal e periódico."

dão, acidentalmente candidato; a mera privação de uma vontade individual e solitária, manifestada em dissociação e sem concorrência de outras vontades. Não e não! Equívoco manifesto carrega a visão que vislumbra somente a liberdade política de receber votos como afetada na hipótese!

Cassar um registro, um diploma, um mandato, é cassar o conjunto de vontades que convergiram para que pudéssemos falar em vontade popular, em soberania popular, cujo cerne, insistamos, está na vontade dos eleitores, em número próprio a eleger candidatos inscritos por determinados partidos ou coligações partidárias. *E isso é razoável dizer mesmo que não tenha ainda chegado o dia da eleição e o registro do candidato tenha sido cerceado antes do escrutínio: por que há pesquisas eleitorais, aferição da intenção popular de voto, que integra o grande processo eleitoral e demonstra as expectativas de sufrágio do eleitor.*

Destarte, somente por uma ficção, um grande equívoco e um sério olvido do valor dos direitos-liberdades de votar e de receber votos, é que podemos pensar que a Justiça Eleitoral, ao cassar registro, diploma ou mandato eletivo, através dos processos judiciais que lhe são próprios, estará apenas cassando a vontade individual, privada e solitária de um cidadão candidato. E mais, que com isso, estará preservando e tutelando a vontade dos eleitores, a vontade das urnas, a soberania popular que, em verdade, foi a mais afetada, a realmente "cassada" com a decisão judicial ceifadora de registro, diploma ou mandato, notadamente quando se trata de candidato eleito.

Ao se impedir a realização da vontade das urnas, por cassação de registros, diplomas ou mandatos, se está, em verdade, cassando a vontade de todos os eleitores e do partido político ou coligação partidária que escolheram, juntos (partidos e eleitores), determinados candidatos. *Escolha iniciada no processo que se deu com a admissão na grei partidária, passando pela escolha em convenção, pedido de registro, propaganda política e aprovação final nas urnas.*

Quando a cassação se dá sobre candidaturas proporcionais[46],

46. Lei 9.504/97: "Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)"
Vale destacar o seguinte julgamento recente do TSE, em que o Ministro Marco Aurélio afirmou ser essa regra violante do princípio da Soberania Popular, sem, contudo, ter recebido o beneplácito, para esse entendimento, dos demais Ministros:
"Registro de candidato indeferido após as eleições e nulidade dos votos. O Plenário do

como são as de deputados federais, deputados estaduais e vereadores, a questão se complexifica em face das consequências sobre outros candidatos beneficiados pelos coeficientes partidário[47] e eleitoral[48], alcançados com o somatório de forças eletivas[49].

Em síntese: ao se cassar registro de candidatura, diploma ou mandato eletivo de candidato eleito, ou seja, de candidato escolhido pelas urnas, está se cassando a soberania popular manifestada em cada unidade federada respectiva; está se cassando o exercício da soberania popular assentada na Constituição, através do exercício "tutelar" da *vontade judicial*, substitutiva da soberania popular, no caso. Isso é uma realidade vivida concretamente. Queiramos ou não, de fato, é isso que

---

Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, reafirmou o entendimento de que os votos dados a candidato com registro indeferido após as eleições são nulos, nos termos do art.16-A, parágrafo único, da Lei nº 9.504/1997. *Vencido o Ministro Marco Aurélio, relator originário, que deferia a ordem, argumentando que, em razão da soberania popular, os votos devem ser atribuídos à legenda no caso de indeferimento de registro ou de afastamento do candidato por outro motivo*. *Declarou, ainda, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, porque é conflitante com a Constituição da República*. Nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem. Mandado de Segurança nº 4187-96/CE, redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, em 7.8.2012."
Código Eleitoral: Art. 175. (...). § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. : (Parágrafo renumerado pelo art. 39 da Lei 4.961, de 4 5.66) § 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (Incluído pela Lei nº 7.179, de 19.12.1983)

47. Código Eleitoral, artigo 107, define quociente partidário: "Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração. (Redação dada pela Lei nº 7.454, de 30.12.1985)."

48. Código Eleitoral, artigo 106, define quociente eleitoral: "Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior."

49. Exemplo importante que não tem haver propriamente com a cassação do registro, mas seu indeferimento, é o seguinte: "Registro de candidatura. Eleição proporcional. Contagem. Voto. Legenda. Registro indeferido. Impossibilidade. Conforme jurisprudência consolidada do Tribunal Superior Eleitoral, não se computam, para a legenda, os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito. Os votos obtidos pelo candidato somente seriam computados para o partido a que é filiado se, no momento da eleição, estivesse ele com o registro deferido, ainda que posteriormente viesse a ser indeferido, conforme o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 175 do Código Eleitoral. O entendimento da Corte regional está em consonância com a orientação firmada neste Tribunal. Nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, desproveu o agravo regimental. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 11.326/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro, TSE, em 1º/2/2011."
O TSE confirmou essa posição em julgamento recente: "Recurso Especial Eleitoral nº 54110-05/PI Relator originário: Ministro Marco Aurélio Redator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli Ementa: RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CANDIDATOS. REGISTROS INDEFERIDOS NA DATA DO PLEITO. CONTAGEM DOS VOTOS PARA A LEGENDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os votos obtidos pelos candidatos com registro indeferido na data do pleito não poderão ser contados para a legenda pela qual concorreram, a teor do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 175 do Código Eleitoral. 2. Recurso especial desprovido. DJE de 20.8.2012."

acontece, nos quadrantes da justiça eleitoral brasileira. E de 2000 até 2010[50], foram mais de mil candidaturas eleitas, no Brasil, que sucumbiram ao crivo invalidatório judicial da vontade das urnas... Foram mais de mil decisões de soberania popular, de unidades federadas, invalidadas por decisões autocráticas das autoridades judiciárias eleitorais.

E nas eleições municipais de 2012, esse número de invalidações tende a ser maior do que nas eleições municipais anteriores, não só por causa da lei ficha limpa e suas consequências nos processos de registro de candidaturas. Mas por que as candidaturas, partidos e coligações já contam, de certa forma, com a justiça eleitoral como sendo o ringue para o "segundo round" da luta política...

Diante dessa realidade insofismável, os efeitos da decisão *contramajoritária* da justiça eleitoral ao reconhecer hipóteses de delito eleitoral ou causas para tanto[51], quando se trata de candidato eleito, são sempre *erga omnes*, nunca *inter partes*. Essa decisão tem efeito geral impactante sobre a real vontade das urnas, a soberania popular, vontade livre e democrática dos eleitores, candidatos e partidos políticos.

V

Não existem trabalhos entre nós que problematizem essas decisões judiciais como decisões contramajoritárias. Como decisões que judicializaram, ao extremo, questões políticas fundamentais da comunidade, do corpo político, do colégio eleitoral. *Como decisões judiciais autocráticas que invalidam a vontade popular majoritária.*

Ou ainda: não há estudos que enquadrem, o nosso Judiciário Eleitoral, como poder constituído que está a exercer, em termos graves, a sua *função contramajoritária*. A função de contrariar a vontade popular das urnas, invalidando-a, tornando-a "nenhum", podando-lhe os efeitos "instituintes" de mandatos! A sua função sobrepujadora, em verdade, da própria soberania popular.

No âmbito da doutrina constitucional[52], quando se fala no con-

50. Dado apresentado ao autor, pelo Ministro do TSE Henrique Neves, em seminário de ciência política e direito eleitoral, ocorrido em Teresina, Piauí, em junho de 2011.

51. Isso quando se dá tal efeito próprio às decisões tomadas em ações de investigação judicial eleitoral que tematizem abuso de poder político, econômico ou dos meios de comunicação social; ação por capitação ilícita de sufrágio, pela incidência do 41-A, da lei 9.9840.99; representação por conduta vedada; recurso contra expedição de diploma; ação de perda de mandato eletivo; ação de impugnação de registro de candidatura; ação de repressão a gastos e arrecadações eleitorais ilícitas, etc.

52. Ver importante livro do professor argentino GARGARELLA, Roberto, *La Justicia Frente*

trole de constitucionalidade como instrumento contramajoritário de anulação da vontade dos representantes feitores de leis, se diz que o Judiciário, ao assim proceder, exerce poder contramajoritário, eis que uma minoria de homens (os juízes), sem investidura eletiva popular, invalida o trabalho coletivo de muitos, que o fizeram em nome de seus representados, os cidadãos que os elegeram.

O tema crítico da ideia de poder contramajoritário questiona a própria legitimidade da justiça constitucional em anular a vontade de uma maioria parlamentar por uma minoria não eletiva[53]: a minoria encontrável no Judiciário, em nossa realidade, juízes de comarca ou juízes de tribunal. *Na justiça eleitoral: juízes de zona eleitoral e tribunais plenários.*

Ou seja, questiona-se a conveniência, oportunidade e legitimidade de uma minoria não eleita pelos cidadãos anular o trabalho de uma maioria parlamentar livre e democraticamente escolhida nas urnas; questiona-se o valor desta anulação da vontade popular presente nas leis, por uma aristocracia judiciária sem respaldo em eleição direta[54];

---

al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial. Apres. Cass Sunstein. Barcelona: Ariel, 1996. 279 p.
No Brasil, no largo espectro do tema: BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 260 p; ROCHA JÚNIOR, José Jardim. "Problemas com o governo dos juízes sobre a legitimidade democrática do *judicial review*". *Revista de Informação legislativa*, ª 38, jul/set 2001, p. 255-78;) SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 378 p; STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. 272 p.; MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 335 p. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.* São Paulo: Saraiva, 2011. 254 p. BARROSO, Luis Roberto, no post-scriptum "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política do Brasil Contemporâneo", p. 357-404, de seu livro *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, 446 p.
Ver ainda o destacado autor norte-americano WALDRON, Jeremy, em seu artigo traduzido para nossa língua "A Essência da Oposição ao *Judicial Review"*, publicado em obra coletiva organizada por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*,. E ainda, deste mesmo autor, "*O Judicial Review* e as Condições da Democracia", em outra obra coletiva organizada por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, *Limites do Controle de Constitucionalidade,* Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2009, p. 243-270.

53. Roberto Gargarella, em seu livro *La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*, ob. cit., p. 11, questiona: a) Como pode ser que em uma democracia, os juízes tenham a possibilidade de anular uma lei aprovada pelos representantes da maioria do povo? b) Como pode ser que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como são a maioria dos agentes públicos), e que não estão sujeitos a eleições populares periódicas (já que tem vitaliciedade, e estão livre, assim, de escolhas por votações públicas), possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?

54. Luis Roberto Barroso, sem seu livro *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, ob. cit.,* com citação do jurista norte-americano Alexander Bickel, nos esclarece sobre o termo "dificuldade contramajoritária", ao tratar sobre a crítica à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. Barroso retira da obra *The Least Dangerous Branch*,

questiona-se pelo fato dos cidadãos eleitores esperarem que as suas vontades, agora leis, elaboradas pelos seus representantes políticos legítimos, sejam cumpridas e não tornadas sem efeito por quem não recebeu a chancela do colegiado eleitoral.

Esse questionamento crítico também demonstra argumentos que são favoráveis aos juízes e suas competências de invalidação de leis inconstitucionais, pois ao fazerem assim protegem a vontade constituinte, a Constituição, e ao anularem leis, estão entendendo que as mesmas são inválidas por que desconformes a parâmetros formais ou materiais, a regras ou princípios assentes numa Constituição, numa vontade superior e antecedente à vontade popular manifestada nas leis: a vontade de constituição.

Assim, no *controle de constitucionalidade*, julga-se um produto *mediato* da vontade dos representados, cidadãos eleitores: julga-se a lei, produto da vontade dos representantes eleitos (candidatos investidos de mandato, portanto empossados), que, eventualmente, pode, como *vontade popular indireta*, estar em franco desacordo com a suprema vontade constituinte, vontade inaugural, representada pela Constituição.

Nessa doutrina crítica, referem seus divulgadores[55], que os juízes, quando lidam com o controle de constitucionalidade, devem se autoconterem, se autocontrolarem, para que não substituam a vontade do legislador, dos representantes do povo, pelas suas próprias vontades.

Nesse sentido acusa-se o controle de constitucionalidade – o ex-

---

a seguinte passagem: " A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela (...). O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matéria de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é importante para se opor à decisão judicial." (p. 367).

55. Ver importante artigo do constitucionalista e Desembargador Federal do TRF1, Néviton Guedes, intitulado "*O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção"*, publicado na Revista **C**onsultor Jurídico, de 23 de julho de 2012. Referindo-se às ideias de Oliver Wendell Holmes, afirmou que "(....) a prática do Direito só poderia ser bem exercida com boa dose de autocontenção por parte dos juízes. (...)." E citando John Marshall, nos ensina que "os tribunais são meros instrumentos da lei" e, na sua atividade, não podem ter vontade própria: "O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei". E adiante, retratou: "numa democracia, havendo espaço de discricionariedade conferida pela Constituição, são a vontade e a escolha do legislador que – legitimamente exercida – devem prevalecer. Ainda que outras possibilidade de decisão fossem reconhecidas,. (....) as Constituições elegem o Poder Legislativo, não o Judiciário, como o concretizador privilegiado da Constituição. Suas decisões, portanto, não podem ser – sem mais – desconsideradas por órgãos do Poder Judiciário." (p. 02)

pediente jurídico de invalidação de leis, de produtos das vontades diretas dos representantes e indiretas dos representados – de ocasionar um impasse, entre constitucionalismo e democracia, pois em certos momentos da vida institucional ocorrem entrechoques entre a vontade judicial e a vontade majoritária parlamentar. A vontade judicial querendo fazer prevalecer a separação de poderes e direitos fundamentais, bases do constitucionalismo, em face de decisões populares ou congressuais que lhe são contrárias – expressões da democracia representativa -, segundo a interpretação última dada pelo Judiciário em sua *função contramajoritária*.

VI

Ora, se são relevantes e pertinentes tais considerações para o controle de constitucionalidade que invalida leis – invalidação que afeta a vontade mediata do povo exercida através de seus representantes eleitos -, mais intrigantes e apropriadas ficam tais questões "contramajoritárias" se focarmo-nos no que nossa justiça eleitoral tem feito com a vontade imediata do povo, com o produto imediato da vontade das urnas: a escolha dos candidatos, dos representantes mesmos do povo – escolhas que são invalidadas em pleitos judiciais eleitorais; escolhas nulificadas, tornadas sem efeito, como reflexos de cassações de registros[56],

56. Algumas hipóteses de cassação de registro previstas na ordem jurídica: na Lei 9.504/97: "Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.(Incluído pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)" "Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária; II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d)

diplomas[57] ou mandatos[58] eletivos.

Vale ouvir, para o ponto, as lúcidas reflexões de Néviton de Oliveira Batista Guedes:

> "As atuais eleições municipais [2012] serão sem dúvida aquelas em que a Justiça Eleitoral demonstrará o maior poder de intervenção no processo de escolha dos representantes do povo. Como sabem todos aqueles que lidam com o Direito Eleitoral em nosso país, a legislação hoje em vigor permite ao Judiciário uma ingerência no processo elei-

---

a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; VI – nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. (....) § 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)"

57. Algumas hipóteses de cassação de diploma previstas na ordem jurídica: além das referidas na nota anterior, as clássicas hipóteses referidas do artigo Art. 262 do Código Eleitoral: "O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: I – inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; II – errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; III – erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda; IV – concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997. (Redação dada pela Lei n 9.840, de 28.9.1999)"

58. Algumas hipóteses de cassação de mandato (por questões eleitorais) previstas na ordem jurídica: na Constituição da República: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude."

toral absolutamente inédita em qualquer lugar do planeta.

Estudiosos do Direito Eleitoral, mesmo saudando, em unânime manifestação, o espetacular papel que a Justiça Eleitoral tem cumprido em nosso país desde que foi criada, vêm agora observando com honesta e sentida reserva o inadequado incremento das competências do Poder Judiciário no sistema eleitoral brasileiro.

A Justiça Eleitoral hoje, não se limitando à certificação dos poderes dos candidatos vitoriosos, como sabemos todos, pode intervir e acaba intervindo no conteúdo e no próprio resultado do processo eleitoral. O magistrado eleitoral brasileiro, graças a uma jurisprudência e legislação cada vez mais ambiciosas, tem o poder não apenas de certificar os registros de candidaturas e proclamar e diplomar os eleitos, mas também de cassar mandatos alcançados com o voto popular, tornar inelegíveis os cidadãos e, inclusive, sindicar e censurar o que os candidatos podem dizer e os eleitores podem ouvir numa campanha eleitoral. Boa parte dessas funções, como é o caso do registro de candidatura, podem ser exercidas de ofício e incidem diretamente sobre alguns dos mais caros direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, nunca é demasiado lembrar: a capacidade de votar e a de ser candidato correspondem a direitos fundamentais dos mais prestigiados em todo mundo civilizado e democrático, não obstante sem muita cerimônia sofram, no Brasil, restrições impostas até mesmo por meros atos normativos secundários (Resoluções) da Justiça Eleitoral.

O juiz eleitoral acaba, inclusive, tendo influência mesmo do ponto de vista político sobre as eleições. Com efeito, como sabemos todos, basta a rejeição judicial, mesmo que provisória, de um registro de candidatura, ou apenas a censura a algumas veiculações de propaganda eleitoral, para que o candidato, ainda que alcance reformar definitivamente a decisão em instâncias superiores, acabe politicamente perdendo as eleições, já que o eleitor invariavelmente empresta acentuada importância às manifestações do Poder Judiciário.

Isso já seria o bastante para advertir o magistrado da extrema cautela como deve se mover com os poderes que lhe são conferidos em matéria eleitoral. Quando imaginamos que a democracia, como diz a Constituição, é um regime em que *o poder emana do provo e em seu nome é exercido*, fazendo-o diretamente ou por seus representantes eleitos, qualquer intervenção de qualquer órgão, seja da sociedade civil ou do Estado, no processo eleitoral, antes de tudo tem que ser observada com extremada prudência e muita reserva.

O Poder Judiciário, os promotores eleitorais, os advogados eleitorais, só podem pretender interferir na relação direta que deve existir entre o eleitor e o candidato quando isso se fizer realmente

> necessário. Com uma legislação tão interventiva como é a legislação que hoje disciplina as eleições, o que é reconhecido tanto por aqueles que a criticam como aqueles que a aplaudem, o medo é que assalte em todos nós, que atuamos com o direito, uma tentação de intervenção demasiada, para além, inclusive, do que já se manifesta na própria lei, de tal maneira que, ao invés de colaboramos para o processo de formação de vontade livre do povo, pois é disso que se cuida a democracia, acabemos por comprometer essa mesma liberdade do eleitor, que é quem, afinal de contas, numa democracia, deve ter a última palavra."[59]

Assim, como podemos ver, em nosso contexto judiciário se agiganta a problemática "contramajoritária" ao anularem os juízes eleitorais registros de candidatura pós-eleições, ou cassarem diplomas conferidos aos eleitos ou mandatos exercidos pelos candidatos diplomados e empossados.

Destarte, precisamos, no Brasil, em termos reflexivos, aproveitarmos desses questionamentos críticos do *self restraint*, no controle de constitucionalidade, para traçarmos uma doutrina de autocontrole do judiciário eleitoral no delicado e complexo processo de invalidação de vontade direta das urnas, para escolha de candidatos.

Isso não só em homenagem e por necessidade do princípio constitucional da soberania popular (concretizador dos princípios estruturantes da Democracia e República). Mas também por respeito ao devido processo legal eleitoral, que deve reger, com justiça, decisões judiciais que incidirão sobre os direitos políticos fundamentais de votar e ser votado; liberdades-participação que sofrerão controle ou cerceamento legítimo na medida em que as leis materiais e leis processuais sejam produzidas legislativamente e interpretadas judicialmente de acordo com os elevados fins republicanos do Estado Democrático de Direito, fins tuteláveis pela justiça eleitoral.

E as liberdades políticas de votar, de receber votos, de escolha por partidos de candidaturas, são bens jurídicos, direitos fundamentais concretizantes dos princípios constitucionais da República e da Soberania Popular. E o devido processo legal em sua dupla dimensão, a material – vinculando o legislador eleitoral -, e a formal – vinculante do juiz eleitoral e do administrador lidante, direta ou indiretamente,

59. Em seu *As eleições municipais e o processo de democracia,* Revista Consultor Jurídico, 17 de setembro de 2012, coluna "*Constituição e Poder*".

com temas eleitorais -, deve ser conformado de tal modo que produza na melhor medida possível efetividade protetiva para tais direitos fundamentais, chamados de liberdades políticas de participação, liberdades-participação (Celso de Mello).

Ou seja: é preciso construirmos doutrina que demonstre que o Judiciário Eleitoral, ao exercer função contramajoritária em face de escolhas políticas das urnas, deve fazê-lo aplicando leis justas e proporcionais, mediante procedimentos judiciais e hermenêuticos que prestigiem a ideia de um justo processo eleitoral, que preserve a soberania popular em sua inteireza, como vontade dos eleitores, dos candidatos e dos partidos políticos, sem inclinar a balança, desproporcionalmente para qualquer desses titulares de liberdades políticas, ou pior, contra todos, *ao argumento retórico e fictício de anular a vontade popular para protegê-la...*

Nessa perspectiva, não podemos aceitar que se produzam leis eleitorais açodadas, justiceiras e irracionais, despidas de boa técnica jurídica e constitucionalidade, como a lei ficha limpa[60]. Não podemos admitir que o apelo plebiscitário e midiático "das ruas" substitua, com sua passionalidade e moralidade, as exigências de racionalidade e constitucionalidade impostas pela Constituição a todos os *poderes sociais e estatais* da República.

Nesse horizonte crítico, igualmente, não podemos aceitar que o Judiciário eleitoral "crie" normas jurisprudenciais ou tribunalícias ou adote posturas hermenêuticas que façam fenecer no plano da práxis judicial os direitos políticos fundamentais de votar e ser votado.

Para dar concretude à nossa crítica, exemplificamos casos ocorridos no TSE: a "norma jurisprudencial"[61], antes da emergência da lei

60. Indicamos, sobre a (i)constitucionalidade da lei ficha limpa, nossos artigos sobre o assunto, em termos crítico-reflexivos: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011; Lei Ficha Limpa estadual e suas inconstitucionalidades. O caso de Santa Catarina**.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20180>. Acesso em: 23 out. 2011. STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: Até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa? Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011.

61. "[...] Registro de candidatura. Pleito. Renovação. Candidato que deu causa à anulação. Participação. Impossibilidade. Processo. Art. 15 da Lei Complementar nº 64/90. Não-incidência. [...] 1. O art. 15 da Lei Complementar nº 64/90, nos processos de registro de candidatura, aplica-se apenas às hipóteses em que se discute inelegibilidade. [...]" *(Ac. de 2.8.2007 no AgRgREspe nº 28.116, rel. Min. Caputo Bastos.)*

ficha limpa, que prescrevia que aquele que deu causa à anulação da eleição, *ex vi* do decantado princípio da proporcionalidade, não poderia participar da eleição suplementar, criando-se, com tal exegese *contra constitutione*, inelegibilidade por jurisprudência, e não por lei complementar; a regra de resolução, que contra dispositivo expresso de lei eleitoral, "criou" transversa hipótese de inelegibilidade por norma "regulamentar"[62], ao entender que aqueles que tiveram as contas desaprovadas, não poderiam obter certidão eleitoral, assim, não poderiam obter registro de candidatura[63]; a postura antes de pré-compreensão do que de interpretação, que afirma que inelegibilidade não seria pena[64], mas mero requisito para o pedido de candidatura, portanto, pode retroagir a lei que dela trate, ainda que em prejuízo do direito político fundamental de ser votado, com exegese não só contrária a esse direito, mas à hermenêutica constitucional, no que toca ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Isso para que o Judiciário eleitoral não se transforme em eleitor privilegiado ou eleitor negativo (para parafrasear a ideia de legislador negativo de Kelsen), com atuação própria de "Juízes filósofos", ao modo elitista pensado por Platão, em sua *Política*, ao falar dos "reis

62. Ver nossa crítica sobre o tema em artigo: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Abuso do Poder Regulamentar e TSE: *contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral")*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 6, jan/jun, 2012.

63. O que em termos pragmáticos, dentro de um conceito juridicamente adequado de inelegibilidade, é o mesmo que incidir em inelegibilidade, conforme Adriano Soares da Costa.

64. Já fizemos crítica a esse entendimento, em artigo de nossa autoria: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 5, jul./dez, 2011. Vejamos parte de nossos argumentos críticos:
"Não é possível se "importar" o inaceitável equívoco propalado pelos apologistas da lei ficha limpa eleitoral, ao dizerem que "inelegibilidade não é pena". Afirmar se inelegibilidade é ou não pena é papel da Ciência Jurídica, da Teoria do Direito. O Direito Penal, o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral se beneficiam de seus aportes explicativos e conceituais. A Teoria do Direito· (Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990. P. 53/61. Noberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica,* trad. Fernando Pavan e Ariani Bueno. 2 ed. São Paulo, Edipro, 2003, p. 145/176.) afirma que sanção (pena) é toda conseqüência limitadora de um direito, de uma liberdade, de um patrimônio moral ou material, decorrente de comportamento juridicizado como ilícito por norma de direito. Comportamento que resulta, para a pessoa que o realiza, a incidência de certa carga restritiva ou ablativa de liberdade em sua esfera jurídica. A sanção é o consequente do descumprimento da norma: acarreta pena a quem prática o comportamento vedado pelo direito.
Ora, estaremos sim diante de sanção, medida punitiva, ablativa de direitos, sempre que um ato humano puder ser valorado como ilícito e justificante de uma limitação da liberdade. Tudo baseado em norma de direito, que limita um comportamento, estabelece consequências de sua prática e define uma autoridade para julgá-lo."

filósofos". Ou seja, Juízes *platônicos* que dirão, no lugar dos eleitores, quem deverá representá-los ou dirão, de maneira negativa, quem não deverá representá-los. *Assim, é preciso alta reflexão e adequada contenção legal e hermenêutica, para que o Judiciário eleitoral não substitua a vontade dos eleitores, dos partidos políticos e dos candidatos, não substitua a vontade popular pela sua vontade – a vontade judicial não eleita, mas indevidamente eletiva, quando posta em lugar da vontade das urnas.*

No sentido ora criticado, o Judiciário, repita-se, seria eleitor negativo por que impediria efeitos à eleição já consolidada nas urnas; impediria a posse ou exercício de candidato cujo registro, diploma ou mandato, fora cassado em regular processo judicial eleitoral.

Por outro lado, em nosso sistema jurídico-eleitoral há também a hipótese do Judiciário eleitoral ser eleitor positivo, de franca substituição da vontade popular das urnas pela vontade dos juízes eleitorais, nos casos em que, anulada uma eleição, o segundo colocado para o Executivo é que será diplomado e empossado no lugar do primeiro lugar, conforme o escore das urnas.[65]

Também isso acontece em eleição majoritária para o Senado. Ou em eleições proporcionais, onde assumirá o suplente do partido ou coligação, ou haverá inversão do coeficiente partidário, com diplomação e posse de candidatos adversários de partidos vencedores nas urnas, mas perdedores no Judiciário eleitoral.

Além dessas duas hipóteses, funcionar o Judiciário eleitoral como eleitor negativo ou eleitor positivo, no lugar do corpo de eleitores, pode haver decisões judiciais que subtraiam da soberania popular, do escrutínio popular, a escolha direta de candidatos. Decisões que coloquem em xeque a ideia de voto direto, periódico e universal. Ou seja, o Judiciário não atuaria como eleitor, mas sensor máximo não só do eleitorado, mas da própria soberania popular representativa.

São decisões judiciais que retiram do voto a sua cláusula cons-

65. É o caso típico em eleições municipais, em que há mais de duas chapas, e a que vence as eleições não tem 50% + um voto. Nessa hipótese se dá diploma e posse aos segundos colocados: *e.g.* Acórdão de 17/08/2006 – Rel. Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO – DJ 01/11/2006: RECURSO ESPECIAL. CASSAÇÃO DE DIPLOMA. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. PREFEITO E VICE-PREFEITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. ANULAÇÃO DOS VOTOS VÁLIDOS. NÃO-INCLUSÃO DOS VOTOS NULOS. REEXAME DE PROVAS. NEGADO PROVIMENTO.(...). 5. Anulados menos de 50% dos votos válidos, impõe-se a posse do candidato segundo colocado, e não a aplicação do comando posto no art. 224 do Código Eleitoral. (...)."

titucional de imediatidade entre eleitor e eleito. Trata-se da questionável jurisprudência do TSE[66], para a qual nos cargos de Chefia do Poder Executivo, se a vacância de governadorias ou prefeituras, por questões ligadas a processos eleitorais, se der nos dois últimos anos de mandato, a escolha não será mais por eleição direta das urnas, mas por eleição indireta pelas casas parlamentares. Eleições em que só podem votar os parlamentares e só podem se candidatar eles mesmos.[67]

Ou seja, a liberdade de votar e de receber votos foi subtraída dos cidadãos eleitores ou cidadãos candidatos, e colocada, em termos aristocráticos, ao exercício privilegiado e diminuto de uma assembléia parlamentar que as exercerá diretamente; fará tudo entre os próprios pares, sem acesso de qualquer outro cidadão que não o parlamentar em exercício de mandato no momento da eleição parlamentar indireta.

66. "Cassação. Primeiro biênio. Prefeito e vice-prefeito. Convocação. Eleições diretas. Princípio da simetria. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem firmado a orientação de que o disposto no § 1º do art. 81 da Constituição Federal deve ser observado pelos entes federados, em razão do princípio da simetria, devendo ser realizada eleição indireta caso a vacância ocorra nos dois últimos anos do mandato, independentemente de ser causa eleitoral ou não. Assim, é lícita a convocação de eleições diretas, para fevereiro de 2011, para a complementação do mandato de prefeito e vice-prefeito, eleitos em 2008 e cassados em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, uma vez que a vacância dos cargos ocorreu ainda no primeiro biênio do mandato.
Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, negou seguimento ao mandado de segurança. Mandado de Segurança nº 186-34/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro, em 3/2/2011."
E o TSE confirmou essa posição em julgamento de 23.08.12:
"Dupla vacância e eleição indireta. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral reafirmou o entendimento de que, na hipótese de dupla vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito e estando em curso o último ano do mandato, a eleição deve ser realizada na modalidade indireta. Asseverou que a assunção da chefia do Poder Executivo, em caráter definitivo, pelo presidente da Câmara Municipal em razão de dupla vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito, a despeito da previsão na Lei Orgânica do Município, não se coaduna com o regime democrático e com a soberania popular. Pontuou que, na hipótese dos autos, a realização de eleições diretas a menos de dois meses das Eleições 2012 acarretaria a movimentação da estrutura da Justiça Eleitoral – já comprometida com a organização do pleito vindouro – e o dispêndio de elevados valores monetários a fim de se eleger novo prefeito para o desempenho de brevíssimo mandato. A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a relatora em razão da proximidade das eleições, mas ressalvou que é favorável às eleições diretas.
Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem. Mandado de Segurança nº 346-25/PI, rel. Min. Nancy Andrighi, em 23.8.2012."

67. O artigo 224 do Código Eleitoral de 1965 teve sua redação alterada pela Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, assim reformando o entendimento consolidado no TSE: "Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. (...) § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

A tal hermenêutica se chegou pelo uso imperfeito da hipótese referida no artigo 81, § 1º, da CF[68], que trata da sucessão no Executivo, por causas constitucionais e não por causas eleitorais.[69]

68. "Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º – *Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei*. § 2º – Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores."

69. Em trabalho forense de 11 de junho de 2003 (mandado de segurança em matéria eleitoral), discutimos essa distinção entre causas constitucionais e causas eleitorais. Valendo relembrá-lo, trazendo breve excerto, para fins deste ensaio:
"18. A Autoridade Impetrada, com seu procedimento ilegal, trata o problema em foco como extinção de mandato, como problema de sua competência parlamentar, e não como deveria sê-lo, cassação de diploma, cuja competência é deste Juízo, da Justiça Eleitoral. Ela objetiva frustrar a jurisdição saneadora do Colendo Tribunal Superior Eleitoral e coarctar os direitos subjetivos públicos dos Impetrantes.
Impetrantes que, segundo as regras do devido processo eleitoral, sãos os legítimos expectantes a serem diplomados, para, ao depois, tomarem posse nos cargos respectivos de Prefeito e Vice-Prefeito, segundo as regras jurídicas pertinentes à legislação eleitoral e a mais recente e autorizada jurisprudência eleitoral do TSE, já que em virtude da diplomação cassada não ter atingido mais de 50% dos votos válidos, são eles que auferirão a nova diplomação (...).
(...).
20. *A Impetrada em evidente arremedo de interpretação quer equiparar a situação especial, de direito especial, de jurisdição especializada, como são os problemas de índole eleitoral, da justiça eleitoral, de diplomação, do Direito Eleitoral, com problemas de Direito Constitucional comum: perda, extinção e suspensão de mandato são de competência da Câmara de Vereadores, sendo conhecíveis na justiça comum; cassação de registro de candidaturas e de diplomas, aplicação de sanções de inelegibilidades, são problemas de estrita e indelegável competência da Justiça Eleitoral.*
(...).
22. (...). Dessas lições resultam a diferença do caso presente, montado sobre o Direito Eleitoral, com o caso que deseja forcejar a Impetrada, arrimado, indevidamente, sobre as regras jurídicas que definem a linha sucessória em caso de vacância, por extinção de mandato (...)..
(...).
24. Da exegese (...) resta claro a distinção temporal e funcional entre diploma e mandato, sendo o diploma pressuposto lógico e jurídico do mandato: sem o diploma, o eleito não tomará posse, conseqüentemente não se investirá de mandato, não poderá exercer o cargo de mandatário popular. O diploma é de conferimento pela Justiça Eleitoral, e legitima o eleito para que a Câmara de Vereadores lhe dê posse.
(...).
31. No caso presente o acórdão do TSE fixou diretamente duas penas, e reflexamente um direito: diretamente multa e cassação de diploma de S., e reflexamente o direito à diplomação de A. e J.
(...).
33. Diante disso, ressalta, sem dúvida, a impropriedade da renúncia de S. para os ilegítimos fins buscados pela Impetrada: realizar eleição indireta para escolha de Prefeito e Vice entre seus pares, quando deverá a justiça eleitoral decidir se os Impetrantes serão diplomados em segundo lugar, ou o povo de I. irá novamente às urnas escolher pelo sufrágio direto seus mandatários legítimos.
MM. Juízo, não existe a terceira hipótese, forçada pela Ré deste *Writ!* Ou novos diplomas por este r. Juízo aos Impetrantes ou nova eleição direta pelo povo de I.! É fraudar a lei buscar eleição indireta fundada em cassação de diploma!
(...).
36. Diante de todas as razões expostas, concluí-se que: a) a cassação de diploma difere da hipótese de extinção de mandato; b) a renúncia de S. (titular do cargo de Prefeito – seguida ao falecimento do vice-prefeito) não pode obstar o direito dos Impetrantes de serem diplomados em segundo lugar, e assumirem seus postos de Prefeito e Vice; c) a execução do julgado do TSE se dará pela justiça eleitoral, na forma que esta definir, e não pelo arbítrio e sede de poder injurídico dos integrantes da Impetrada; d) o processo sucessório desen-

Em suma, a preocupação contramajoritária no âmbito da justiça eleitoral nos faz refletir sobre o real prestígio e valor que conferimos, entre nós, às "vontades populares", à constitucional e sacra soberania popular.

E em nosso sistema jurídico, calha lembrar, temos muitas vontades referidas como de origem popular, que recebem, cada qual, uma específica proteção normativa.

Temos a vontade constituinte, cristalizada na Constituição; a vontade do legislador, produto da ação de representantes eleitos pelo colégio eleitoral; a vontade fruto da participação popular, no âmbito da chamada democracia participativa[70], na qual se inserem a iniciativa popular das leis, plebiscito e referendo, etc; e a sacra vontade das urnas, a vontade expressão da soberania popular como prática e como princípio constitucional realizado no âmbito do sistema eleitoral.

O Judiciário eleitoral, manifestando a sua vontade judicial, deve, sobretudo, proteger a última vontade, a das urnas, com respeito extremo pela vontade constituinte, expressa na Constituição. *Qualquer outra vontade, seja do legislador ou dos juízes, ou da iniciativa popular, que se contraponha à primeira, estará se impondo em detrimento da segunda, e será vontade ilegítima e inconstitucional.*

Não obstante essa preocupação, o Judiciário eleitoral, coonestado pela Suprema Corte brasileira, como demonstra o caso de validade constitucional em torno da lei complementar 135/10 (lei da ficha limpa)[71], fez preponderar a "vontade da lei" e a "vontade judicial" em

---

cadeado pela Impetrada no dia de ontem e a consumar-se no próximo domingo, dia 15, é usurpante da competência da justiça eleitoral, violador do devido processo eleitoral dos Impetrantes, e coarcta ilegalmente seus direitos subjetivos públicos à diplomação, à posse e ao conseqüente exercício de seus mandatos."
No passado, a jurisprudência do TSE era acorde com esse entendimento: "[...] Vacância. Arts. 80 e 81 da CF. Inaplicabilidade. Aplica-se o art. 224 do CE quando a anulação superar 50% dos votos [...] A eleição indireta prevista nos arts. 80 e 81 da Constituição Federal pressupõe a vacância por causa não eleitoral. [...]" *NE*: "O referido art. 81 da CF objetiva regular a substituição do chefe do Poder Executivo quando ocorre a vacância do cargo durante o mandato, por causa não eleitoral, quais sejam: falecimento, renúncia, desincompatibilização, além de cassação do mandato por ato do Poder Legislativo. [...] Na hipótese tratada, a vacância decorre de decisão oriunda da Justiça Eleitoral: o prefeito e o vice tiveram cassados os diplomas, dada a caracterização de captação ilícita de sufrágio."*(Ac. de 9.3.2006, no AgRgMS nº 3.427, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.)*

70. Sobre o tema indicamos trabalho de nosso autoria: Ruy Samuel Espíndola. *Democracia Participativa: auto-convocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro).* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 19, abr./jun. 2011, n. 75, p. 335/355.

71. Lei que obteve reconhecimento de constitucionalidade, quanto as suas hipóteses de inelegibilidades, nas ações diretas de constitucionalidade números 29 e 30, no STF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

face da vontade popular das urnas.[72] Essa lei reforçou o "braço de estivador" (Chico Buarque) da justiça eleitoral sobre a soberania popular. Ampliou desmedidamente a ação da justiça eleitoral em "tutela paternalista" da vontade popular. Radicalizou a judicialização das eleições e o seu produto – a vontade das urnas.

Hoje, em face do crescente processo de infantilização do eleitor, marginalização dos candidatos, e protagonização do processo eleitoral não mais pelo eleitor popular, mas pelo juiz eleitoral, é necessário investir mais em advogados do que em "marqueteiros", pois é muito provável que o resultado obtido nas urnas poderá ser "subvertido" ou "golpeado" na justiça eleitoral, em desfavor do eleito pela soberania popular e, principalmente, em desfavor da própria soberania popular ao argumento fictício de protegê-la dela própria!

Estamos a aplaudir, irrefletidamente, leis e interpretações judiciais que colocam a vontade popular sob a tutela judicial, como se o colégio eleitoral fosse composto por um conjunto de infantes que necessitam de intervenção "paternal" judiciária. Aí está o aplauso ao *ideário ficha limpa* como também à concepção de contas eleitorais desaprovadas (o ideário "contas sujas"), ainda que sem a lei prevendo, apenas o TSE assim interpretando, poderia levar a não expedição de certidão eleitoral de quitação, consequentemente, à inelegibilidade do candidato, como dissemos.

Para evitarmos esses equívocos lógicos e teóricos, que abastecem hermenêuticas *contra constitutione*, é necessário não deslembrarmos que em Direito, notadamente em Direito Constitucional e Direito Eleitoral, há diferença entre a vontade das urnas, expressão imediata e soberana da vontade popular, vontade delegante, da vontade da democracia representativa, da vontade dos representantes eleitos pelos

72. Não retomaremos aqui a discussão já sedimentada no STF, por maioria de votos. Apenas reportamos o que produzimos a respeito, revelando, ao nosso entender, o que haveria de inconstitucional na referida lei: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011; —-. STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: Até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa? Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011; —-. Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011.

representados-cidadãos-eleitores. A vontade das urnas é pressuposto validatório e legitimador da vontade dos representantes. Sem a vontade das urnas, em nossa democracia, não pode haver a vontade do legislador representante.

A vontade popular, nas urnas, não é só pressuposto do Estado democrático de direito, é seu fim, sua base, é uma de suas maiores e mais sentidas preocupações. A vontade popular das urnas é mola, é propulsão, é legitimação de todo o sistema republicano e democrático fulcrado na Constituição.

Confundir a vontade dos representantes – a lei – com vontade dos representados – expressão da soberania popular -, colocando ambas em igual posição, é desconhecer a relação entre antecedente e consequente, entre poder delegante e poder delegatário, entre vontade constitucional e vontade constituída, entre vontade legitimante e vontade legitimada, entre democracia direta e democracia indireta, entre vontade autorizante e vontade autorizada, entre a vontade popular direta e a vontade da lei que deve resguardar e atender a soberania popular.

Essa confusão está legitimando que a Justiça eleitoral brasileira, muitas vezes, desprezando hermenêuticas prestigiadoras da máxima efetividade da soberania popular e dos princípios liberais republicanos[73], passe a cassar registros, diplomas, mandatos, em "autocrática" exegese que sobrepuja a vontade das urnas com a inconstitucional vontade dos representantes, com a vontade da lei violadora da vontade de constituição (Konrad Hess e Friederich Muller)!

Esse raciocínio que confunde, mistura, iguala vontade das urnas e vontade dos representantes, que se baseia em pressuposições que derruem a primeira em face da segunda, é moldado no pré-conceito de que a vontade popular das urnas é menor do que a vontade da lei; que a vontade popular, imatura e frágil como a vontade de uma criança, de um interdito ou de um curatelado, não tem a força, a independência, a liberdade de um sujeito dotado de direitos, precisando da tutela, da curatela, da interdição, por vezes autoritária, da Justiça eleitoral, que no aparente conflito entre uma e outra, não tem, nos últimos tempos (caso emblemático do tema ficha limpa), se contido em

73. Notadamente, realizando hermenêuticas que desprestigiam os direitos políticos fundamentais de candidatura, colocando o conceito de inelegibilidade e condições de elegibilidade, como concretizantes deste, como "meros requisitos" para obtenção futura de postos eletivos. Dizendo que a privação de seu exercício, por inelegibilidade, "não seria pena", etc.

interditar, em anular a primeira, na pressuposição de que a segunda é mais digna de crédito, é mais legítima, é mais eficaz, é mais forte, *é mais consentânea ao anseio popular*.[74]

Assim, sem uma doutrina da autocontenção e da heterocontenção da atuação da justiça eleitoral em sua função contramajoritária, quem protegerá a vontade popular da interdição, da curatela, da tutoria, algumas vezes autoritária e autocrática da Justiça eleitoral, que tem elegido como a mais importante a vontade da lei em detrimento da vontade popular, mesmo quando a lei tem sido acusada de inconstitucionalidades formal e material, quando a vontade constituída do legislador eleitoral tem sido questionada por malferir, por trair e violar a vontade constituinte?

De que lado, historicamente, deve ficar a Justiça eleitoral brasileira: da vontade popular manifestada nas urnas, da vontade constituinte expressa na Constituição ou da vontade da lei manifestada

74. No sentido de nossa crítica, ver Néviton de Oliveira Batista Guedes:
"Quem bem observar o Direito Eleitoral em nosso país irá concluir que, por trás de uma retórica de sacralização do eleitor, o que se vem verificando desde sempre é uma enorme desconfiança com a sua capacidade de proceder à melhor escolha possível. Essa desconfiança, por óbvio, não se pode manifestar abertamente por autoridades públicas, porquanto absolutamente contrária aos desígnios da nossa democrática Constituição de 1988. Mas, fora dos acontecimentos oficiais, escuta-se aqui e ali que uma intervenção judicial nas eleições é benéfica para o Brasil, pois o eleitor não sabe votar.
Outras formas de poder (teocracia, monarquia, aristocracia, ditadura) prometem exercer o domínio através de indivíduos especialmente qualificados (santos, homens ungidos por Deus, guerreiros, sábios e outros indivíduos com qualidades da mesma extraordinária estatura). A democracia não. Ela se contenta e promete exercer o poder através do *"ordinary man*", ou seja, seu funcionamento baseia-se na intelectualidade e na moral do homem comum, ou no dizer, de Ulrich Preuβ, a democracia, diversamente dos demais sistemas de domínio, sustenta humildemente o seu funcionamento na mediocridade do ser humano (*Durchschnittlichkeit der menschen*).
A democracia, ao contrário, pressupõe a humildade de confiar o poder, como já se disse, à Sua Excelência, ao eleitor, ou seja, ao cidadão comum. Nela, certamente, todos também têm a expectativa de que, ao final, o poder seja entregue aos melhores capacitados na sociedade, mas isso não é o fundamental para que a escolha seja considerada funcional no regime democrático. O que importa é que, disputando-se as eleições com máximo de igualdade e liberdade, os cidadãos, os homens comuns, em sua maioria, tenham a palavra final.
Aqueles que buscam e esperam, com a institucionalização de filtros e controles cada vez mais sofisticados, a segurança de que a democracia ou qualquer outro regime possa oferecer a certeza dos melhores, desconhecem a natureza das instituições humanas.
Nenhuma instituição humana pode pretender a perfeição do governo das coisas e dos homens. Ninguém o conseguiu: nem o partido único do regime burocrático – socialista, nem o *Reich* dos mil anos de Hitler , nem o rei filósofo de Platão. Suspeito que o Poder Judiciário, no Brasil, também não o conseguirá.
Aliás, onde essa ideia de perfeição e pureza nos negócios humanos foi levada muito a sério desaguou-se em ditaduras e totalitarismo. Na sua esplêndida obra, *A sociedade aberta e seus inimigos*, a tônica de Karl Popper é a de demonstrar que todo aquele que, cuidando de organizar o poder, anuncia a perfeição na terra dos homens acaba entregando autocracia ou totalitarismo de algum gênero." Em seu *As eleições municipais e o processo de democracia,* Revista Consultor Jurídico, 17 de setembro de 2012, coluna "*Constituição e Poder*".

pelos representantes do povo? Qual a finalidade histórica desta justiça, senão guarnecer a vontade das urnas atendendo a vontade constituinte? Pode a justiça eleitoral desprezar a vontade popular direta das urnas em homenagem a vontade dos representantes contestada em face da vontade constituinte, cujo titular imediato é o povo?

Em nossa democracia constitucional, nossa opinião pública e nossos juízes eleitorais, devem refletir a fundo sobre todas essas questões, tanto *de lege lata*, quando *de lege ferenda*.

É necessário tanto *reformas* na postura hermenêutica reinante no judiciário eleitoral, que deve passar a contabilizar, com mais cuidado, vagar e preocupação o valor jurídico de garantia ao direito político fundamental de candidatura[75], quanto reformas na legislação eleitoral, que preservem com mais efetividade esse direito assim como assegure maior potência, estabilidade e eficácia do quanto decidido pelas urnas populares, que retratam outro sacro direito político fundamental: o de voto.

Este ensaio, sem querer esgotar todos os aspectos que a temática tratada poderia suscitar, apenas procurou trazer ao Direito Eleitoral brasileiro proposições que estudiosos e operadores do direito em geral, deverão enfrentar em tempos *fichalimpistas*, em tempos de elevado moralismo eleitoral que, no dizer de Adriano Soares da Costa[76],

75. Isso ocorreu recentemente com o tema do *prefeito itinerante*, que recebeu adequada resposta protetiva não só à segurança jurídica, quanto à vontade popular, em decisão do STF de 01.08.12, tomada no Recurso Extraordinário 637.485. Ver, para tal, o artigo de MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral,* publicado em 18 de agosto de 2008, na Revista eletrônica Consultor Jurídico.

76. A noção crítica de moralismo eleitoral tem sido desenvolvida pelo eleitoralista Adriano Soares da Costa. O seu blog está repleto de excertos elucidativos. Vejamos:
I – "Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de "moralismo eleitoral", um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e – o que é tanto pior! – sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do "*fichalimpismo*", o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua..." *ver post de 2 de março de 2012 intitulado "*Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do ´fichalimpismo`.*" –*
II – "*Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instauração de uma democracia sem votos, sem eleitor*. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno

às vezes, sem o confessar, apregoa uma democracia sem voto, sem eleitor, sem soberania popular, satisfeito com as escolhas autocráticas do Judiciário eleitoral, no exercício acrítico e por vezes periclitante de sua função contramajoritária.

burguês." "É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Em nome da ética na política, às favas com os escrúpulos...." *Ver post de 8 de junho de 2010* intitulado "Sandra Cureau e o Moralismo Eleitoral: as garantias individuais flexibilizadas*."* –

III – "Tenho combatido o que passei a denominar de *moralismo eleitoral*, ou seja, a adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. (...). Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecimento da própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais (...)." " (...). moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justiçamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas." *ver post de 25 de dezembro de 2009*, intitulado "Moralismo Eleitoral, Inelegibilidade e Vida Pregressa." –

IV – "Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. *O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo*." *ver post de 30 de junho de 2010*, intitulado "Entrevista a um Blogueiro: Cidadania, Democracia e Fichas Limpas". –

V – "Mas o hipermoralismo eleitoral *não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada*. Este é o ponto: *estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica*. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade." *Ver post de 6 de julho de 2010*, intitulado "A parte final da minha entrevista a Yuri Brandão."

CAPÍTULO 5

DIREITO ELEITORAL E REFORMA POLÍTICA:

SUGESTÕES PARA REFORMAS LEGAIS, JURISPRUDENCIAIS E CULTURAIS À ÓTIMA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POLÍTICOS DE CANDIDATURA E DE VOTO

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS À REFORMA POLÍTICA EM CURSO E AO DIREITO ELEITORAL:

A reforma política em debate no Congresso Nacional neste ano de 2017 se ocupa de vários temas, entre os quais o aperfeiçoamento da democracia direta, novas regras para doações de pessoa física, revogação de mandato popular majoritário, fim dos cargos de vice, mandatos para membros das cortes eleitos por indicação política, fundo de financiamento da democracia, criação da fase de habilitação prévia de candidaturas, sistema misto (distrital e proporcional), listas partidárias pré-ordenadas, etc, etc.

Não obstante a importância dos temas que estão sendo debatidos e tomam a atenção de nossos congressistas, entendemos que a grande reforma política a empreender é a reforma do *jus positum* eleitoral, a reforma do direito material e processual eleitoral vigente, tanto em seus aspectos legais, quanto jurisprudenciais e mesmo culturais. Isso por que temos constatado um "mar revolto de insegurança jurídica" quanto ao resultado das escolhas realizadas pela soberania popular, em qualquer âmbito de circunscrição eleitoral, notadamente na municipal e na estadual.

Há uma verdadeira corrida de obstáculos para o candidato e o partido político sofrerem para transformar votos em mandato: o candidato escolhido em convenção partidária e que teve seu nome levado a registro, não tem certeza se seu registro permanecerá hígido até a data da eleição; eleito, a depender das impugnações que venha a sofrer (AIRC, AIJE, Representação eleitoral), não tem certeza se conseguirá ser diplomado; diplomado, não tem certeza se tomará posse, sempre a depender das ações eleitorais (AIME, Recdiplo, AIJE do 30-A), das decisões judiciais tomadas e a fase processual em que se encontram; se tomar posse, não tem certeza se cumprirá o mandato inteiro; se cumprir o mandato, não tem certeza se estará elegível para a próxima eleição.

Este estado de insegurança jurídica no processo eleitoral vigente é fruto da crescente judicialização das eleições, o que tem tirado a própria imediatidade do voto do eleitor, especialmente quando se aceita a eleição indireta, se a vacância com causa eleitoral ocorrer no segundo biênio, no caso dos mandatos para chefia dos executivos. Ou mesmo a vitória do segundo mais votado nas eleições majoritárias, caso o primeiro colocado não tenha atingido mais de 50% dos votos válidos – o que malfere, ao nosso sentir, o princípio majoritário.[77]

Isso tem feito, muitas vezes, periclitar a democracia representativa[78], especialmente os dois pilares fundamentais de sua existência: os direitos fundamentais políticos de voto e de candidatura.

No amplo espectro desses problemas, o Direito Eleitoral (tanto de *lege lata*, quanto de *lege ferenda*), para ser instrumento de proteção, garantia e homenagem da democracia representativa (e consequentemente, dos direitos de voto e de candidatura), precisa de uma construção técnico-dogmática que se enraíze, primeiro, no conjunto de regras, princípios, direitos e instituições a ela ligadas, positivadas na Constituição da República, notadamente no sistema de direitos fundamentais, nos quais se encontram os direitos fundamentais de candidatura e voto[79], chamados, inadvertidamente, e em termos ordinários, de *ca-*

77. O artigo 224 do Código Eleitoral de 1965 teve sua redação alterada pela Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, assim reformando o entendimento consolidado no TSE: "Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. (...) § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

78. Remetemos ao leitor para nosso artigo que tematiza democracia representativa e democracia participativa: *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população. Análise do caso brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3153, 18 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21124>. Acesso em: 18 fev. 2012. E também ao que trata de democracia e sua relação com os princípios constitucionais: *A Constituição como garantia da democracia. O papel dos princípios constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21059>. Acesso em: 11 fev. 2012.

79. No último lustro produzimos uma série de artigos que tematizam, criticamente, muitos dos aspectos salientados nesse breve introito: *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011; *STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha*

pacidade eleitoral passiva e *capacidade eleitoral ativa*.

A falta de um diálogo do Direito eleitoral, da Justiça eleitoral, da jurisprudência e da doutrina eleitoral brasileira com a Constituição, a teoria dos direitos fundamentais e os adequados métodos de interpretação constitucional contemporâneos, e mesmo o desapego aos clássicos métodos de interpretação literal, sistemático, histórico-evolutivo e teleológico, têm feito do Direito Eleitoral, na última década, *uma instância sobrecarregada com as responsabilidades de atender os reclamos de uma falsa ideia de ineficiência punitiva do direito penal e mesmo do direito sancionador de improbidades*. Querem alguns, sem o confessarem, que o Direito Eleitoral seja o "filtro moral da representação política brasileira", em todos os níveis da federação.

Isso tem levado a justiça eleitoral, muitas vezes, a frustrar o ideário democrático (positivado em plena ditadura!), consagrado no artigo 1º, do Código Eleitoral: "Art. 1º Este Código contém normas destinadas a *assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado."*

E frustra o ideário democrático, pois, a justiça eleitoral tem se tornado uma instância de interdição aristocrática da vontade das urnas, e, antes, dos direitos fundamentais de candidatura e voto. Somos o País das inelegibilidades positivadas em lei, para além da lei e contra *constitutione*. No Brasil, o direito de candidatura, vale pouco, muito pouco, um direito pelo qual tantos já morreram em tantos lugares, como mostra a África do Sul e a história de Nelson Mandela e mesmo a experiência pela luta dos direitos civis de voto nos EUA, empreendida por Martir Luther King – e que seu histórico discurso de maio de 1957, "Nos deixem votar"[80] é um marco emblemático na história do

limpa? Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011; Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011; *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral").* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>. Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: http://jus.com.br/revista/texto/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral#ixzz1u4OY6zDe; Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

80. Vale ler esse discurso, publicado no Brasil, com edição de coletânea "Os melhores discursos de Martin Luther King: um apelo à consciência.", editado por Clayborne Carson e

voto popular e do direito de candidatura. O filme "Selma: uma luta pela igualdade", que concorreu ao Oscar 2015, no qual se narra parte da luta empreendida por King, para se assegurar o direito de voto aos negros, esclarece ainda mais nossa assertiva.

No Brasil o direito político fundamental de candidatura, vale, em termos monetários contemporâneos, R$ 3,51 (podendo variar de R$ 1,05 a R$ 35,14). "Preço conferido" a esse direito pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando pacificou esdrúxula jurisprudência[81], que restringe o direito candidatura, se o candidato, até 05.07, não tiver liquidado esse valor de multa, por não ter justificado, a tempo e modo, sua ausência na eleição antecedente ou anteriores[82]. Se pagar dia 06.07, já estará, para a disputa eleitoral, em termos práticos, inelegível...[83]

Kris Shepard, trad. Sergio Lopes, pela Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2006, 179 p. O discurso "Nos deixem votar", encontra-se nas páginas 49-54.

81. Como registro, indicamos o seguinte precedente: ED-AgR-REspe – Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 18354 - Itapira/SP – Acórdão de 04/06/2013 – Relator Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA – Dje 1/7/2013. Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. SUPRESSÃO, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. (...) *DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DESTE TRIBUNAL APLICADA NAS ELEIÇÕES DE 2012, O NÃO PAGAMENTO DE MULTA ELEITORAL ENSEJA O RECONHECIMENTO DA FALTA DE QUITAÇÃO ELEITORAL, E QUE TAL PROVIDÊNCIA, APÓS O PEDIDO DE REGISTRO, NÃO AFASTA O ÓBICE À CANDIDATURA, POR NÃO SE TRATAR DE CAUSA DE INELEGIBILIDADE*. 2. (...) *O CONCEITO DE QUITAÇÃO ELEITORAL ESTÁ PREVISTO NO § 7º DA REFERIDA DISPOSIÇÃO LEGAL E ABRANGE TANTO AS MULTAS DECORRENTES DAS CONDENAÇÕES POR ILÍCITOS ELEITORAIS QUANTO ÀS PENALIDADES PECUNIÁRIAS DECORRENTES DE AUSÊNCIA ÀS URNAS*. (...)."
E, com base nesse entendimento, tomemos em conta o valor da multa ao eleitor faltoso as urnas, como explica o site do TRE-SC, http://www.tre-sc.gov.br/site/eleitores/informacoes/arquivo/2012/junho/artigos/multas-eleitorais/index.html, acesso em 11.02.15, 10:01 h, que revela o seguinte: Valores atuais das multas eleitorais -

Situação	Valor mínimo (R$)	Valor máximo (R$)	Valor máximo x10 (R$)
Eleitor faltoso (art. 7º, C.E.)	1,05	3,51	35,14

82. Conforme Código Eleitoral, artigo 7º, caput: "O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966)."

83. Esse inaceitável entendimento foi aplicado até a eleição de 2012, sofrendo mutação positiva no ano de 2014: "ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. (...). 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe 809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de26.8.2014). 3. Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014.(...)." RO – Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014

Professores estrangeiros, iberoamericanos, que visitaram o Brasil, nos últimos encontros do qual participamos sobre direitos políticos no ano de 2014, não entenderam isso, e acharam que estávamos fazendo gracejo com esse direito... Mas poucos e muito poucos brasileiros sabem que isso é verdade, menos ainda sentem que "esse preço vil" demonstra uma situação tragicômica para nossa democracia.

Temos 883.000 eleitores com os direitos políticos suspensos (registro TSE 2013). Temos, em tese, mais de 350.000 pessoas inelegíveis, segundo a redação atual da lei da ficha limpa, tendo em conta o ano eleitoral de 2014 (fonte site TSE). Temos 250.000 presos provisórios, sem sentença ou sentença trânsita em julgado, que tem impossibilidade de "prática" de votar. Cassamos muito mais do que 1.800 candidaturas eleitas, com processos eleitorais judiciais, de 2000 a 2015. Se o TSE mostrar os números oficiais dessas "cassações", teremos resultados ainda mais surpreendentes. E não estamos a incluir o indeferimento de candidaturas não eleitas. Referimo-nos somente àquelas que foram cassadas no registro, diploma ou mandato, por causas diversas da ação de impugnação de registro de candidatura, ou seja, das representações eleitorais, ações de investigação judicial eleitoral, recurso contra expedição de diploma e ação de impugnação de mandato eletivo.

Ministério Público Eleitoral e Justiça Eleitoral se vangloriam dos números de impugnações, de indeferimento de registros e suas cassações. Isso é ruim para a democracia, pois mostra-nos uma patologia, identificada na opinião pública como se isso fosse um bem, um valor, um "crescimento republicano", e não se vê a questão como o ponto de declínio da nossa institucionalidade democrática e uma menos valia dos direitos políticos fundamentais que lhe alicerçam.

Estamos envoltos em moralismos de toda a ordem, especialmente no Direito Eleitoral, como nos adverte o mestre Adriano Soares da Costa, com a sua precisa crítica do que tem chamado de "moralismo eleitoral"[84],

84. Vejam suas palavras que explicam o conceito crítico de *moralismo eleitoral*:
"Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de "moralismo eleitoral", um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e – o que é tanto pior! – sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do "*fichalimpismo*", o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o

moralismo que apregoa, inconfessadamente, uma democracia sem voto, sem eleitores, com juízes platônicos, "filósofos", decidindo no lugar do povo sobre quem deverá dirigir as cidades e estados de nossa federação.

Tendo em conta essas preocupações e norte de reflexão crítica, sugerimos adiante alguns pontos que possam melhorar a saúde dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto em nossa democracia representativa.

II – REFORMAS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO ELEITORAL

Para a melhor efetividade dos direitos fundamentais de candidatura e voto, discorreremos sobre alguns pontos de reformas que deverão ser positivadas no Direito Eleitoral, segundo nossa opinião

---

direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua. *Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instauração de uma democracia sem votos, sem eleitor*. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno burguês.

É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecer a própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais .

O moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justiçamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas.

Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. *O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo*.

Mas o hipermoralismo eleitoral *não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada*. Este é o ponto: *estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica*. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade." (Instituições de Direito Eleitoral, 9 ed., Fórum, p. 16-17)

submetida à intersubjetiva crítica dos leitores.

Para nós, insistimos, a principal reforma "política" reclamável pelos interesses legítimos de nossa democracia constitucional representativa é a reforma de nosso direito e instituições eleitorais, ou melhor, a que reclama a reforma do direito material e do direito processual eleitorais.

O Direito Eleitoral aplicado por nossos tribunais e as suas consequências sobre a validade das decisões populares é que deve ser objeto da mais atenta, séria e refletida reforma política. Ou seja, principalmente as formas jurídicas que positivam a intervenção da justiça eleitoral sobre a validade de registros, diplomas, mandatos e decisões dos colégios eleitorais. E o Direito Positivo, ou o direito aplicável, vai muito além do direito legislado, como demonstra a teoria jurídica[85] e nossas práticas forenses, para alcançar o direito fruto da jurisprudência e o método de compreensão, interpretação e aplicação judiciais do Direito Eleitoral entre nós.

Vejamos algumas dessas necessárias alterações legais ou jurisprudenciais reclamada para o bem dos direitos fundamentais de candidatura e de voto.

1º

Precisamos de um novo Código Eleitoral (que unifique a matéria eleitoral) e de um Código de Processo Eleitoral, no qual haja unificação de ritos, diminuição de prazos para o aforamento de ações em prol da preclusividade e da segurança jurídica do processo eleitoral e do respeito às decisões de soberania popular.

As "condutas vedadas" devem ter tempo reduzido para exercício do direito de ação ao dia da eleição ou até dez dias depois da ocorrência do fato[86]; assim como Ação de Investigação Judicial Elei-

85. Por todos, ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991. 371 p; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 2. ed. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*]. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* [*Teoria dell'ordinamento giuridico*]. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989. 184 p.

86. Atualmente este prazo vai até a data da diplomação, cf. art. 73, § 12º, da Lei 9.504/97, o que pode ocorrer até 19 de dezembro, pelo calendário eleitoral do TSE, ou seja, dois meses e meio depois da eleição concluída, o que permite um "armazenamento tático" dos adversários do candidato eleito. No passado, uma saudável jurisprudência eleitoral, estimulada pelo então Ministro Cesar Peluso, chegou a especificar que em 05 dias, contados do conhecimento provado ou presumido do fato, perderia o interesse de agir o proponen-

toral sobre abuso de poder econômico (e AIJE do 41-A), político e abuso dos meios de comunicação, até 15 dias após a data das eleições[87], com prazos decadenciais. Abusos cometidos antes do processo de registro deverão ser deduzidos em Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e em seu prazo legal, sob pena de decadência, como defende, há muito, Adriano Soares[88] e já fora jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral[89].

---

te da demanda eleitoral, para coibir referidas "táticas". Ver TSE Ac. nº 748, Questão de Ordem em Recurso Ordinário, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, publicado no DJ de 26/08/2005, p. 174: "Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73. Questão de ordem. Acolhimento. – O prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias, a contar do conhecimento provado ou presumido do ato repudiado pelo representante. – Recurso ordinário. Representação. Intempestividade. Recurso desprovido". Vale registrar que o Mestre Adriano Soares da Costa, em notável artigo, combateu "a forma jurídica" como foi instituído esse prazo: "Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art.96 da lei eleitoral", acesso em 29.06.15, 08:32, http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n060-2006-adriano-soares-da-costa. Concordamos com as críticas de Soares da Costa quanto a forma, mas referendamos as preocupações postas na motivação da questão de ordem que suscitou o acórdão do TSE no R.O. n. 748, de 2005.

87. Atualmente é assim: art. 41-A, § 3º, da Lei 9.504/97: "A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)."

88. Em seu afamado Instituições de Direito Eleitoral, 9ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 304: "... a AIJE apenas pode ser ajuizada contra candidato beneficiado por abuso de poder econômico, abuso de poder político, uso indevido dos meios de comunicação social etc., na forma do caput do art. 22 da LC n. 64/90. Se a ação deve ter, obrigatoriamente, como um dos sujeitos passivos, o candidato beneficiado pelo abuso de poder, além de quem lhe deu causa – se não foi apenas ele próprio -, resta claro, de uma luminosidade solar, que não pode ser a AIJE proposta contra quem ainda não tenha sido indicado em convenção partidária e pedido de registro de sua candidatura, qualificando-se como pré-candidato oficial.
Por essa razão, com supedâneo em nosso direito positivo, entendo que a AIJE deve ser proposta contra fatos ilícitos ocorridos após o pedido de registro de candidatura, podendo ser manejada até a diplomação.
Sendo assim, temos que advertir que o abuso de poder econômico ou abuso de poder político praticado antes do pedido de registro de candidatura, além daquelas inelegibilidades não reputadas constitucionais, devem ser atacadas pela ação de impugnação de registro de candidatura, sob pena de preclusão. A AIRC é a ação própria, concebida pelo ordenamento jurídico, para fustigar os fatos geradores de inelegibilidade ocorridos antes do pedido de registro de candidatura, inclusive, e com maioria de razão, aqueles previstos pela Lei Complementar n. 64/90, de escalão infraconstitucional, mercê da possibilidade legal de sua preclusão."

89. "RECURSO ESPECIAL. ARGUICAO DE ABUSO DE PODER POLITICO E ECONOMICO. IMPUGNACAO AO REGISTRO. PRAZO DECADENCIAL. EXTINCAO DO PROCESSO. ART. 3 DA LC 64/90. EM SE TRATANDO DE ALEGACAO DE ABUSO DO PODER POLITICO E ECONOMICO, QUE TERIA OCORRIDO EM PRACA PUBLICA, A VISTA DE TODOS, ANTES DO REGISTRO, E MESMO DA ESCOLHA DOS CANDIDATOS A SENADOR, A GOVERNADOR E A VICE-GOVERNADOR, E FORA DE DUVIDA QUE, NAO TENDO ELA SIDO VEICULADA POR MEIO DE IMPUGNACAO AO REGISTRO DAS RESPECTIVAS CANDIDATURAS, VERIFICOU-SE A DECADENCIA, RAZAO PELA QUAL OUTRO NAO PODERIA TER SIDO O DESFECHO DA REPRESENTACAO SERODIAMENTE MANIFESTADA, SENAO A EXTINCAO DO PROCESSO. RECURSO NAO CONHECIDO. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 12676, Acórdão nº 12676 de 18/06/1996, Relator(a) Min. JOSÉ BONIFÁCIO DINIZ DE ANDRADA, Relator(a) designado(a) Min. ILMAR NASCIMENTO GALVÃO, Publicação: RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume

2º

Devemos positivar regra processual que determine o acatamento de causas supervenientes que suspendam a inelegibilidade propriamente dita, e as que regularizem a quitação eleitoral (que levam a inelegibilidade prática), nos processos de registros (e nos que cassam registros e diplomas), até que se ultime a jurisdição eleitoral junto ao TSE, sendo de se assegurar (por regra legal ou por mutação jurisprudencial) a juntada de documentos e esclarecimentos até mesmo em sede de embargos de declaração ou em recurso especial[90]. Revogando-se a jurisprudência retrocessiva do TSE, que em 2012, no tema de eleições municipais, admitiu isso somente até a instância recursal ordinária do TRE[91]. Isso, sugerimos, para que seja aceito somente em manifestação da defesa do Réu Candidato, de seu partido ou coligação.

Recentemente, evoluiu a jurisprudência do TSE para dizer que até data da diplomação seria possível adução de tal causa superveniente[92]. Pensamos que deveria ser até se esgotar a jurisdição do TSE

8, Tomo 2, Página 119 DJ – Diário de Justiça, Data 16/08/1996, Página 28134)"

90. Atualmente, nos processos de registro, não se admite isso, como demonstra o seguinte julgado: "ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. DEPUTADO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA. IRREGULARIDADE NÃO SANADA. *APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COM O RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE*. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A ausência de certidão criminal da Justiça Estadual de 1º grau "da circunscrição na qual o candidato tenha o seu domicílio eleitoral", exigida no art. 27, inciso II, alínea b, da Res.-TSE nº 23.405/2014, mesmo após a abertura de prazo para a sua apresentação, implica o indeferimento do pedido de registro de candidatura. 2. *Admite-se, nos processos de registro de candidatura, a apresentação de documentos até a instância ordinária ainda que tenha sido anteriormente dada oportunidade ao requerente para suprir a omissão, não sendo possível conhecer de documentos apresentados com o recurso especial*. Precedentes. (...)." (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 45540 - Rio De Janeiro/RJ – Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 30/10/2014).

91. "Rejeição de contas e fato superveniente à interposição do recurso especial. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, reafirmou o que foi decidido no julgamento do REspe nº 263-20, em 13.12.2012, no sentido de que os fatos supervenientes à propositura da ação, que influenciem no resultado da lide, só podem ser considerados até o julgamento em segundo grau de jurisdição, não sendo possível a arguição destes em sede de recurso especial. Na espécie vertente, o candidato obteve provimento do recurso de revisão pelo Tribunal de Contas, que passou a considerar regulares com multa as contas reexaminadas. Entretanto, a decisão favorável foi superveniente à interposição do recurso especial eleitoral e não afastou a inelegibilidade do candidato. Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 112-28, Mineiros/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, em 7.2.2013."

92. "Concessão de liminar afastando condenação por improbidade administrativa e prazo para consideração das causas supervenientes ao registro que afastam a inelegibilidade. (Extraído do Informativo nº 25/2014.) O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, assentou que a concessão de liminar, até a data da diplomação, suspendendo os efeitos de condenação por improbidade administrativa, causa do indeferimento de candidatura, constitui fato superveniente a permitir o registro do candidato. Ressaltou o Colegiado ser

ou do processo eleitoral em si considerado, que pode compreender a apreciação do tema, em recurso extraordinário eleitoral, junto ao STF. Se não mudar a jurisprudência retrocessiva criticada, que a lei a fixe e assim tratará com mais segurança a matéria de causas supervenientes a suspenderem inelegibilidades e outras situações impedientes equivalentes (como a ausência de quitação eleitoral), eis que jurisprudência do TSE tem se mostrado instável – em vários temas, não só nesse.[93] Aliás, o TSE entendia que somente a inelegibilidade poderia se beneficiar das causas supervenientes à suspensão ou cancelamento de seus efeitos. Não estendia isso para as condições de elegibilidade, nas quais incluía as causas de falta de quitação eleitoral. Isso mudou recentemente, de modo positivo, para se admitir que as condições de elegibilidade, preenchidas supervenientes ao registro, possam ser levantadas para o seu deferimento, desde que se apresentem até o último lanço da fase recursal ordinária, não compreendida a de estrito direito.[94]

---

caso de aplicação da norma constante do art. 26-C da Lei Complementar nº 64/1990, que preconiza: O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. Destacou que, estando em curso o processo eleitoral e não havendo trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro de candidatura, cabe conhecer provimento judicial liminar deferido após as eleições, que afasta a causa de indeferimento do registro do candidato. Enfatizou ainda que o conhecimento de fatos supervenientes ao pedido de registro tem sido admitido por este Tribunal nas hipóteses de reconhecimento de inelegibilidade, motivo pelo qual haveria razão para conhecê-los nos casos de afastamento da inelegibilidade. Vencida a Ministra Maria Thereza, que rememorava entendimento deste Tribunal no sentido de ser a data das eleições termo limiar para serem considerados no processo de registro de candidatura fatos posteriores ao pedido, alteradores da condição de elegibilidade do candidato. O Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para deferir o registro de candidatura do embargante, nos termos do voto do relator. Recurso Ordinário nº 294-62, Aracaju/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, em 11.12.2014."

93. Exemplo emblemático: o tempo de contagem da inelegibilidade, se ânuo, na forma posta no Código Civil ou se por ano cheio. Oscilou a Corte entre essas orientações, e, "ultimamente", vigora o primeiro entendimento, depois de "indas e vindas". Entendimento mais ajustado a uma interpretação liberal, no sentido de que restrições a direito devem receber interpretação restritiva, e nunca ampliativa, como era o caso defendido na ideia de "ano cheio". Vingou então a interpretação liberal: conta-se o ano da data da última eleição.

94. "ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, aplica-se o princípio da fungibilidade, para receber como especial o recurso ordinário interposto contra acórdão de TRE que verse sobre condição de elegibilidade. *In casu*, quitação eleitoral. 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe

3º

Mandato para os juízes de tribunal de 06 anos, sem recondução, em qualquer hipótese. Isso nos dará maior estabilidade na jurisprudência eleitoral e eficaz aproveitamento da experiência do juiz que se tornou maduro na e para atividade juseleitoral. E que seja garantida a possibilidade de dedicação exclusiva do Juiz durante o mandato, ao menos ao Juiz tribunalício. Remuneração de quem não é juiz de carreira igual a quem é magistrado, com impedimento à advocacia, durante o tempo de magistratura eleitoral, tendo como parâmetro de vencimento, o vencimento médio entre os magistrados de carreira do tribunal eleitoral.

4º

O recurso especial eleitoral deve ter súmulas e hermenêuticas processuais próprias, devido às peculiaridades evidentes do processo eleitoral, que não comporta largamente ação rescisória (somente nos casos de decisão de inelegibilidade proferida pelo TSE). Resp que deve ter conformada, legislativamente, uma funcionalidade técnico-processual mais própria aos bens tuteláveis nos feitos eleitorais; que precisa ter princípios orientadores diferenciados, devido ao tempo de existência do objeto a que cuidam: mandatos populares e eleições, que tem prazo certo para se exaurirem.

Por exemplo: devem-se conhecer questões de ofício nos recursos de estrito direito na seara eleitoral, ainda que não tenha havido prequestionamento no tribunal "a quo"; e nas matérias que tratam de registro, diploma ou mandato, assim como inelegibilidade, é preciso admitir maior incursão na matéria fática da causa, sem óbices da súmula 7 – STJ , em prol do direito de voto e da candidatura eleita ou em disputa; isso pela ideia de *favor rei*, o *in dúbio* pro réu na seara eleitoral, que amalgama, no caso, o povo eleitor e seu candidato eleito ou em campanha, pois ao se nulificar um registro de candidatura, anulam-se todos os votos válidos dados ao candidato nas urnas.[95]

809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de26.8.2014).3. Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014. 4. Recurso provido, para deferir o registro de candidatura." RO – Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014

95. Ver nosso artigo, para aprofundar esses aportes críticos: "Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica". Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 8, jan./jun, 2013.

5º

Embargos declaratórios com efeitos rescindentes (modificativos) ou uso do mandado de segurança de maneira mais apropriada com tais fins, já que não existe ação rescisória contra decisões de todas as instâncias da justiça eleitoral, a não ser para as decisões do TSE que versem sobre inelegibilidade[96]. Que a lei ou a jurisprudência se encarreguem de positivar essas faculdades processuais, a bem de um devido processo legal eleitoral que preserve mais adequadamente os direitos fundamentais de candidatura e de voto.

6º

Previsão legal expressa do direito do réu de ser ouvido, após a oitiva de todas as testemunhas, bem como o direito de essas serem intimadas judicialmente, notadamente se a parte o requerer de maneira fundada. Como deflui de tratados internacionais, notadamente do Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º, 1, é direito da parte obter o comparecimento compulsório das testemunhas[97]. Como se encontra positivado no direito positivo processual interno, cabe a parte levar a testemunha, independente de intimação judicial[98], o que fere o seu direito à prova e ao devido processo legal, instituindo verdadeira inconvencionalidade na regra doméstica. O direito de serem intimadas judicialmente as testemunhas, nos processos eleitorais, é demais esclarecido na pena do jurista Marcelo Ramos Peregrino, em inovadora obra:

> "O Artigo 5º da Lei das Inelegibilidades afasta o comparecimento coercitivo das testemunhas, retirando, do candidato, um meio absolutamente necessário para a prova em seu prol:
>
> Art. 5° Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciati-

96. Conforme Código Eleitoral: "Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I – Processar e julgar originariamente: (...). j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. (Incluído pela LCP nº 86, de 1996)."

97. "Artigo 8º – Garantias judiciais, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, (...) 2. (...). toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...). f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (...)".

98. Lei complementar 64/90, artigo 22: "V – findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, *as quais comparecerão independentemente de intimação*".

va das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[99], os Estados se comprometem a assegurar o acesso a recurso a qualquer pessoa cujo direito tenha sido violado (...). Uma das garantias do Artigo 14 que merece transcrição:

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

A Convenção Americana, em seu Artigo 8º, expressamente, aduz ser um direito da defesa:

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

No procedimento, cuja pena pode redundar em perdimento da capacidade eleitoral passiva por muitos anos, a impossibilidade de se coarctar testemunhas e peritos para comparecerem em juízo, é quebra insofismável do devido processo convencional.

Destarte, o procedimento formal estabelecido pela Lei das Inelegibilidades destoa, de forma incisiva, do conteúdo do bloco de constitucionalidade acima transcrito, ao impedir e privar o réu da ampla defesa e da convocação de testemunhas, devendo ser considerado inconvencional." (PEREGRINO, Marcelo Ramos. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015. p. 210-211).

7º

Previsão legal de que, havendo empate em julgamento em que se discute a cassação de registro, diploma ou mandato, de candidato eleito, prevalecerá a decisão judicial que respeita o resultado do pleito obtido pelo voto popular ou de preservação do direito fundamental de candidatura, se antes da eleição. Exemplo concreto da problemática: há regra, no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que apenas mantém a decisão recorrida, sem dizer do seu conteúdo[100]. Precisamos de mesma regra existente no processo penal que tutela a liberdade ambulatória[101], para o processo sancionador eleitoral, que deve bem

99. Decreto nº 592 de 5 de julho de 1992.

100. "Art. 71. Encerrada a discussão, o Presidente tomará o voto do Relator e, em seguida, o dos demais Juízes, respeitada a antiguidade a partir do Relator, sendo aquele o último a votar. § 1º Na hipótese de ausência de Juiz ou nos casos de impedimento, suspeição, vaga ou licença médica, e desde que inviável a convocação de suplente, *se a votação encerrar em empate prevalecerá o ato ou a decisão impugnada*, ressalvado o disposto no § 2º do art. 57 deste Regimento Interno."

101. Código de Processo Penal: "Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos. § 1º *Havendo empate* de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, *prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.*"

proteger outra fundamental liberdade: a política.

8º

Necessitamos regra que proíba a mudança de precedentes, que vede a alteração da jurisprudência no curso do ano eleitoral, prejudiciais às candidaturas (eleitas ou não), tanto quando se tratar de preceito material ou de norma processual, para fim de se conferir ao princípio da anualidade eficácia paralisante não só em matéria legislativa, mas também na questão jurisprudencial.

Assim, necessário estabelecer regra processual que impeça a mudança de jurisprudência no curso da eleição que seja prejudicial ao direito de candidatura, por quaisquer de nossas cortes regionais eleitorais, TSE e STF. Regra que impeça que no ano da eleição se altere entendimento benéfico às candidaturas para *in malam parte*, com violação da segurança jurídica assegurada pelo artigo 16 da CF. Embora haja precedente do STF RE-637485, Rel. Gilmar Mendes, no sentido da proposição ora defendida, rico será ao Direito Eleitoral a positivação de norma legal expressa com esse teor garantista.[102]

A interpretação *in bonam* parte, que preserve o resultado da soberania popular, poderá retroagir como aplicação dessa garantia constitucional, como se faz em Direito Penal com a chamada *lex mitior*, *ex vi* dos artigos 2º[103] do Código Penal e 5º, XL[104], da Constituição da República.

102. *"Prefeito itinerante" e segurança jurídica – 11 – "Desta feita, sobrelevou que a importância fundamental do princípio da segurança jurídica para regular o transcurso dos processos eleitorais plasmar-se-ia no postulado da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da CF ("*A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*").* Então, as decisões do TSE que implicassem alteração de jurisprudência, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, não incidiriam de imediato no caso concreto e somente possuiriam eficácia sobre outras situações no pleito eleitoral posterior. *Finalizou que a decisão do TSE em tela, apesar de ter asseverado corretamente que seria inelegível para o cargo de prefeito o cidadão que exercera por 2 mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em município diverso, não poderia retroagir a fim de alcançar diploma regularmente concedido a vencedor das eleições de 2008 para prefeito de outra municipalidade. Aquilatou que se deveria assegurar a conclusão do mandato a ele. Por fim, assentou, sob o regime da repercussão geral, que: a) o art. 14, § 5º, da CF, interpretar-se-ia no sentido de que a proibição da segunda reeleição seria absoluta e tornaria inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já cumprira 2 mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; e b)* as decisões do TSE que acarretassem mudança de jurisprudência no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento não se aplicariam imediatamente ao caso concreto e somente teriam eficácia sobre outras situações em pleito eleitoral posterior. *RE 637485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.8.2012. (RE-637485)"*

103. "Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"

104. "XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;"

Ou seja, pode-se admitir a retroação benigna, mas não se pode permitir a retroatividade maligna da interpretação nova. Diante dessa premissa soa estranho julgamento recente do TSE[105], que não aplicou ao passado entendimento mais benigno, alegando óbice decorrente do princípio da segurança jurídica. Justamente a segurança jurídica é garantia para se proteger o grande plexo de liberdades do réu, e não para elevar a capacidade punitiva do Estado ou para abastecer as expectativas punitivas da Sociedade. Trata-se de uma garantia contramajoritária.

Essa garantia de uma interpretação ou aplicação de entendimento *in bonam parte* não pode ser desprezada no processo *penal* eleitoral *não-criminal*, devendo receber o mesmo tratamento do processo que aplica penas de liberdade ambulatória, o processo que aplica penas políticas de AIJE (como são a cassação de registro, diploma e inelegibilidade, além da multa). O TSE, pelo seu plenário, em antológico julgado, de 21.05.15, afirmou: "*As sanções eleitorais, embora não sejam propriamente criminais, enquadram-se no âmbito mais amplo do direito sancionador, de modo que a elas devem ser aplicados, naquilo que pertinente, os princípios penais e processuais penais*."[106]

Nesse viés, há que se atentar que não menos importante se mostram as liberdades políticas (especialmente candidatura e voto) e segurança processual, as quais, tal qual a liberdade individual ambulatória (protegível nos feitos criminais), hão de ser resguardadas e aplicadas em todos os processos judiciais. E para uma justa leitura analógica entre *processo penal* e *processo civil eleitoral*, nas quais essas liberdades estão em defesa, tem-se, inegavelmente, que *aos acusados de delitos cíveis eleitorais devem ser aplicadas por completo as ordens legais que garantam suas amplas*

105. "ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. (...) 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe 809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de26.8.2014). 3. *Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014*. 4. Recurso provido, para deferir o registro de candidatura." RO – Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014

106. Conforme excerto do aresto proferido nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral n° 670-73.2012.6.24.0088 – Blumenau – SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.05.15.

defesas e a segurança jurídica de suas posições de liberdade.

Exemplo que demonstra a necessidade dessa regra é o julgado "in malam parte" (por tal, retrocessivo) do TSE n. RO 401-37.2014.6.06.0000, de 26.08.14, Rel. Min. Henrique Neves[107], que tematizou o julgamento de contas publicas de prefeito pelo Tribunal de Contas e seus reflexos no plano do direito de candidatura[108].

Esse precedente ocorreu em 26.08.14, 51 dias depois do processo eleitoral iniciado, e menos de 40 dias antes das eleições, e após o prazo para que todos os processos de registro tivessem sido julgados em todas as instâncias da justiça eleitoral (21.08.14).

Ele corporificou mudança jurisprudencial, injustificado "overruling" que levou ao indeferimento de inúmeras candidaturas, cujos registros tinham sido deferidos em primeiro grau nos Tribunais eleitorais no ano de 2014[109]. Como exemplo, podemos indicar decisão monocrática no caso do RO 526-04/SC, em que atuamos como advogado da parte prejudicada no TSE: o candidato a deputado estadual, após

107. "ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO. (...). 2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso 1 do art. 10 da LC n° 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas. 3. *Entendimento, adotado por maioria*, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea g do art. 10, 1, da LC n° 64/90, que reconhece a aplicação do "disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição". 4.*Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.* (...)."

108. No entendimento mais benéfico (à candidatura) anterior se entendia que para o caso de Chefes do Executivo, como os Prefeitos Municipais, o título oriundo de julgamento final de tribunal de contas, que tenha rejeitado as contas, não se prestava para embasar alegação de inelegibilidade. Ou melhor, entendia-se, como regra geral, que somente os julgamentos realizados e ultimados pela Câmara de Vereadores poderiam gerar inelegibilidade. A viragem "maléfica", no curso da eleição, e retroativa, foi a que mudou tal entendimento para entender que qualquer julgamento efetivado pelo Tribunal de Contas, que não a título de parecer prévio, é apto a embasar adução de inelegibilidade.

109. Apenas para ilustrar nossa crítica, apontamos que 03 meses e 08 dias antes, faltando apenas 45 dias para o início do período eleitoral, vigorava este entendimento no TSE: "RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CAUSA DE INELEGIBILIDADE. JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE VEREADORES. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. *À exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas por prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal, cabendo aos Tribunais de Contas tão somente a função de emitir parecer prévio, conforme o disposto no art. 31 da Constituição Federal.*(...).. (AgR-REspe n. 658-95.2012.620.0015, Acórdão de 20/05/2014, Relatora Min. Laurita Hilário Vaz – original sem grifo)."

ter obtido seu registro no TRE-SC, com base no entendimento consolidado antes de 26.08.14, teve seu registro indeferido por ato monocrático de Ministra junto ao TSE, que aplicou "a nova e prejudicial regra jurisprudencial" aos fatos pretéritos![110]

Ou seja, no ano de 2014, iniciada a propaganda eleitoral em 05 de julho, vigorava um entendimento, e em meados de agosto mudou o TSE a sua jurisprudência de sorte a confundir todas as previsões das candidaturas em curso, tornando incerta a atividade defensiva e o trabalho dos operadores do direito, mormente dos advogados e seus constituintes, assim como dos magistrados eleitorais das instâncias ordinárias.

Por tal situação, e outras mais, necessitamos de regra que já existe para o processo administrativo federal, e que deveria estar, *mutatis mutandis*, positivada no Código Eleitoral à preservação dos direitos fundamentais de candidatura e voto:

> "Art. 2º (...). Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de(...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação." (Lei federal nº 9.784 , de 29.01.99)

Ou seja, deveríamos ter a seguinte normativa em nossa legislação eleitoral: "Nos processos eleitorais, notadamente os sancionadores, serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma material ou da norma processual eleitorais da forma que melhor garanta proteção do direito de candidatura e de voto, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação se prejudicial a esses direitos fundamentais."

9º

Maximação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta a liberdade de candidatura e a soberania das urnas, com a proibição de uma ação eleitoral iniciar com uma imputação, sobre determinado crivo legal, e, após o debate processual e a sentença, no recurso, inaugurar-se outra classificação jurídica para os fatos, realizando indevidamente uma *emendatio libeli* eleitoral. Precisamos, nos

110. Em agravo regimental a decisão foi reformada somente após a eleição, para se deferir o registro, mas por outro fundamento e não o que criticara a violação ao artigo 16 da CF. E isso custou a falência da candidatura a deputado, pois as pesquisas indicavam em prol do concorrente um número 60% superior ao registrado nas urnas, antes do indeferimento pelo TSE, que ocorreu 14 dias antes das eleições. Um flagrante caso de intervenção indireta da Justiça eleitoral no resultado das eleições!

pleitos eleitorais, afastamento da ideia de que o réu apenas se defende dos fatos, e não da classificação jurídica, como em perspectiva crítica leciona o jurista Néviton de Oliveira Batista Guedes[111], em importante

111. Conforme "Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo Direito", publicação de 24.09.14, 20:47 h., acesso em 17.02.15, 14:00 h., http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito:
"(...) no direito brasileiro, especialmente nos processos acusatórios — na ação penal e de improbidade administrativa —, tem-se admitido a condenação do acusado com base em dispositivo diverso do que foi proposto na petição inicial; tudo sob a consideração de que *o acusado se defende dos fatos, não da norma que os qualifica*, partindo-se da premissa de que a sua condenação com base em norma diversa da apontada na inicial não lhe prepara qualquer prejuízo, nomeadamente, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
O que fundamenta essa orientação jurisprudencial, contudo, agora podemos dizê-lo, é a crença de que haveria sempre uma clara distinção entre a atividade de delimitar os fatos e aquela outra, em que eles são classificados ou definidos juridicamente. Ou seja, persiste a crença, divulgada sem contestação, de que o juízo sobre os fatos não compromete o juízo sobre a sua qualificação jurídica (juízo sobre normas), e vice-versa.
Entretanto, como veem, a estarem corretas as premissas que introduziram o presente artigo, no mínimo, devemos tomar a sério essa antiga orientação de nossos tribunais de que, em nenhuma circunstância, o acusado sairá prejudicado pelo fato de o magistrado, ao final do processo, conferir aos fatos que lhe são imputados uma *classificação jurídica diferente* daquela que foi expressamente sugerida na inicial e que, o que é mais grave, foi tomada em consideração durante toda a instrução do processo. (...).
Contudo, (...), a partir de H-G Gadamer, juristas como Konrad Hesse, têm acentuado que, na atividade de qualificação dos fatos, o mais certo é que ocorra um verdadeiro *círculo hermenêutico*, em que o intérprete seleciona a norma a partir do fato colhido na realidade, mas, da mesma forma, o fato é selecionado tendo em consideração uma prévia antecipação da norma que se pretende aplicar. Se isso é verdade, não é difícil perceber que, no mais das vezes, o acusado tenderá — durante toda a instrução probatória — defender-se não apenas dos fatos puros, mas dos fatos como foram qualificados pelo autor. Aliás, em processo judicial e no âmbito do direito, não existem *fatos puros,* mas fatos qualificados por uma ou outra norma.
O autor não imputa "fatos puros" ao acusado. Diversamente, são-lhe imputados fatos previamente destacados da realidade à luz de abstrata consideração ou qualificação normativa. Descrição de fatos no direito é, em primeiro lugar, *descrição ou imputação jurídica* de fatos. (...).
Entretanto, no que tange ao fato ao qual se dirige uma norma, para que se possa isolá-lo do mundo da vida com as características que têm importância para a aplicação do direito, há de se perceber e descrevê-lo com a ajuda do *Tatbestand* hipotético da norma. De outro lado, na exata dedução de Alexy, essas características relevantes do fato podem oferecer motivo para, no caso concreto, não se aplicar a norma que inicialmente se tinha *diante dos olhos*, assim como para precisar, ou rejeitar algumas marcas distintivas do próprio *Tatbestand* normativo, ou mesmo para acrescentar-lhe alguns indícios antes considerados como não relevantes. Dá-se aqui o instrutivo *ir e vir de perspectiva* de que nos falava K. Engisch, isto é, para compreender e delimitar o caso concreto, carecemos da perspectiva da norma; para compreender a norma, precisamos da perspectiva no fato.
Assim, não obstante se reconheça que o acusado deva se defender dos fatos, o certo é que *ele se defenderá dos fatos como foram qualificados pelo próprio autor*. (...). A exceção de classificação normativa abertamente indevida e teratológica, o mais certo é que o acusado se defenderá, durante toda a instrução probatória, dos fatos *como juridicamente descritos e qualificados pelo autor*.
Atento a isso, em posição contrária à nossa jurisprudência, tem o Tribunal Constitucional alemão emprestado especial homenagem ao *princípio da não-surpresa processual*, não aceitando que qualquer condenação seja imposta ao acusado sem que antes ele possa falar dos motivos de fato e de direito que, ao final, concretamente servirão de base à sua condenação. Cumpre ao Tribunal, portanto, *não lhe surpreender* com condenação baseada em fatos, ou normas de direito, que não foram indicadas na ação inicialmente admitida pelo órgão julgador. (...).
No Brasil, também já encontra repercussão entre ilustradas vozes o princípio da não surpresa em matéria de processo acusatório. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero acentuam o direito à segurança do cidadão, precisamente, na suas relações com o poder judiciário, espe-

artigo divulgado em sua coluna *Constituição e Poder*, do site *Conjur*.

Exemplifiquemos: os casos em que as ações judiciais eleitorais discutem "conduta vedada", com base no inciso VII do artigo 73 da Lei 9.504-97[112], gastos com publicidade. Como hipótese, vislumbremos ação em que todo o debate se deu desde a inicial à contestação, passando pela sentença, tendo como *thema decidendum* a média anual com gastos de publicidade. Dada a sentença de improcedência, recorre o autor, perspectivando "ex novo" o tema como abuso do poder político, do qual a conduta vedada seria espécie, e toma o teor da publicidade, sua qualidade – não mais como *quantum* de gastos -, para dizer que houve publicidade abusiva, violadora do artigo 74[113], da Lei 9.504, etc.

Ora, isso tem sido corrente em nossos tribunais eleitorais, até mesmo juízes procedendo de ofício a essa indevida "emendatio", que pode trazer julgamentos inválidos pois serão *extra petita*, como demonstra um caso debatido no TSE, em que atuamos como defensores do vice-prefeito em chapa eleita e empossada, relativos à eleição de 2012: o Recurso Especial Eleitoral n. 336-45, de Brusque-SC, relator Min. Gilmar Mendes, em que se improveu o recurso para manter decisão de segundo grau que alocará o tema de abuso de poder econômico, ao lado do tema de conduta vedada.[114]

---

cialmente, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa. De fato, "por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda o juízo de '*terza via*'. Há proibição de decisões surpresa (*Verbot der Überrachungsentscheidungen)*."

112. "Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...). VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição."

113. "Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)."

114. Para deixarmos bem vincado o exemplo prático vivido, destacamos trecho de nosso arrazoado: "Em todo o curso do processo, desde o aforamento da inicial, ocorrida em 04.09.12 até a prolação do parecer da procuradoria regional eleitoral, dado em 21.11.12, o debate se deu sobre fatos, provas e temas unicamente subsumidos ao artigo 73, VII, da Lei 9.504/97, ou seja, tratou-se de conduta vedada relativa ao limite de gastos com publicidade no ano da eleição. Como a doutrina eleitoral entende "conduta vedada" como espécie de "abuso do poder político", a inicial e o debate forense de primeiro grau trataram "abuso" nesta perspectiva, e nunca sob o prisma do 74-LGE c/c 37§, 1º, CF.
E houve na narrativa da inicial, com o claro propósito de tentar salientar a gravidade da conduta vedada, a mera alusão de que a publicidade traria proveitos eleitorais aos representados. Todavia, nunca, em nenhum momento, apresentou a inicial *causa petendi* estribada no artigo 74, da lei 9.504/97, que remete ao artigo 37§ 1º, da CF. Nem descreveu fatos e provas tendentes a demonstrar a ocorrência de ilícitos subsumíveis ao 74, como fez,

10º

Estabelecimento de regra que imponha o uso restrito e excepcional das presunções em matéria de prova no processo cível eleitoral, notadamente se os julgamentos se derem após as eleições e se tratar de candidatura eleita. É preciso restringir o alcance e o uso do artigo 23[115], da LC 64/90, que tem gerado abusos judiciais, notadamente em primeiro grau de jurisdição, para acolher presunções contra as candidaturas, notadamente as eleitas, para sanarem falhas das acusações advindas do ministério público, candidaturas ou partidos adversários aos réus.

Ao assim agir o juiz eleitoral deixa de ser o terceiro imparcial, por sobre as partes em conflito, e passa a integrar, de maneira inconfessa, o lado da persecução eleitoral, que só cabe aos autores das ações eleitorais. A imparcialidade da jurisdição periclita, quando isso acon-

---

surpreendentemente, o aresto regional, em verdadeiro "emendatio libelli" desautorizada pelo direito processual eleitoral – e *sententia debet esse conformis libello*!
A inicial fora tão precisa em sua argumentação e *causa petendi* única, que demonstra seu específico objetivo as fls. 13, que sempre e unicamente era e é reconhecer a inelegibilidade dos recorrentes no artigo 73, VII, da Lei 9.504/97 (aduzido as fls. 02 e 19), ao citar expressamente o artigo 1º, I, letra "j", da C 64/90, alterada pela LC 135/10, que dispõe: "os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 anos." A inicial, além de não valorar os fatos e nem delinear sua imputação de ilícito eleitoral de acordo com o artigo 74 da lei 9.504/97, que remete ao artigo 37, § 1º, da CF, e trata de abuso de poder político com publicidade promocional do nome, símbolo de candidato ou partido político, deixou de demonstrar tal objetivo, quando silenciou, igualmente, sobre o dispositivo próprio da lei de inelegibilidades, que seria o artigo 1º, I, letra "d": "os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)." Somente no STF, em Agravo em Recurso Extraordinário Eleitoral (ARE 1057246), julgamento monocrático de 27.09.17, Relator Min. Ricardo Lewandowski, é que foi revertida a injusta cassação de registro prolatada pelo TRE-SC, restabelecendo-se a sentença absolutória cível de Zona Eleitoral. A defesa, em grau de jurisdição de estrito direito, foi firmada e desenvolvida em conjunto com o exímio eleitoralista Joelson Dias, advogado brasiliense, ex-Ministro do TSE.

115. "Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral." No caso Dilma-Temer-TSE, julgado em 09.06.17, foram apreciadas, conjuntamente, quatro ações, que tematizaram o alcance e aplicação do dispositivo transcrito: as Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) 1547-81 e 1943-58, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) 7-61 e a Representação por captação ou gasto ilícito de recurso (RP) 8-46. Todas tramitaram perante a Relatoria do Min. Herman Benjamin, em substituição à Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Ver análise completa do julgamento em trabalho conjunto dos eleitoralistas Roberta Gresta e Fernando Neisser, publicado em 16.06.17, disponível em http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/, acesso em 09.10.17, 20h21m. O acórdão, até a presente data, ainda não foi publicado.

tece, quando a larga se utiliza o artigo 23 para se admitir fatos não alegados pelas partes ou se tirar conclusões baseadas em presunções sem base legal específica.

11º

Precisamos revogar todas as regras de inelegibilidades previstas na vigente LC 64/90 que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos. A exemplo:

i) as alíneas que prevejam a restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fundadas em processos administrativos disciplinares[116] e de julgamento de contas públicas[117] ou de processos não penais;

ii) positivação de regra legal de vedação para que não haja aplicação da lei ficha limpa a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência (04.06.10);

iii) pedimos a revogação das hipóteses que preveem inelegibilidade nas demissões disciplinares ou exclusões dos órgãos de classe. Todavia, se mantidas pelo legislador, que se introduza a distinção de que só deve haver inelegibilidade nas causas relacionadas com improbidade administrativa ou crimes previstos na legislação eleitoral que gerem inelegibilidade.

Os itens "i" e "iii" pelo fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana preveem a impossibilidade de restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fruto de processos administrativos[118].

116. "Art. 1º, I: (...) m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...). o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...) q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

117. "Art. 1º, I, g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

118. Referimos ementa de petição advocatícia que apresentamos em contrarrazões a recurso or-

Sabemos que desde 1990, com a Lei Complementar n. 64, tem se aferido inelegibilidades com base na alínea "g"[119] – hipótese de inelegibilidade apreciada pela justiça eleitoral tendo em conta o resultado do julgamento de contas públicas efetivado pela casa legislativa (Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa ou Congresso Nacional) ou tribunal de contas, cujo teor foi apenas alterado pela LC 135/10. E também sabemos que nunca se cogitou sequer da inconstitucionalidade de sua redação. Não se desconhece que há 27 anos a LC 64/90 trata de processo administrativo sancionatório a gerar inelegibilidades para candidaturas, sendo que o Poder Judiciário eleitoral, por sua cúpula máxima, o TSE, nunca entendeu inválida essa normativa, pois sob nenhum parâmetro ela foi questionada, seja o constitucional ou o convencional.

Mas afirmarmos a inconvencionalidade da alínea "g" pois há estudos recentes que apontam a possibilidade do controle de convencionalidade de qualquer lei[120] pelo Judiciário nacional, e, de outro, sobre a lei ficha limpa, que a contrastam com tratados internacionais de direitos humanos.

Estudo com o viés que abrange essas duas perspectivas é o do jurista catarinense Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, na obra o *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa – direitos políticos e inelegibilidade*. Aliás, Marcelo Peregrino, em aresto de sua lavra como juiz do TRE-SC (vaga dos juristas), foi o primeiro magistrado brasileiro a reconhecer, em precedente judicial, que é possível sim o controle de

---

dinário do MP junto ao TSE, nos autos de n. 52.604/SC: "IMPOSSIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO GERAR INEGIBILIDADE – EFEITO EXCLUSIVO DO PROCESSO JUDICIAL DE ÍNDOLE PENAL – VIOLAÇÃO AO PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA EM SEUS ARTIGOS 23, 1.b e 2., PELA PRODUÇÃO DA ALÍNEA "G", DO INCISO I, ARTIGO 1º, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90 (REDAÇÃO ALTERADA PELA LC 135/10) – NECESSIDADE DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A SER EXERCIDO, NA FORMA DIFUSA, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL – JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA A REFERENDAR A TESE – NECESSIDADE DE MANTENÇA DO DEFERIMENTO DO REGISTRO, COM AFASTAMENTO, NO CASO CONCRETO, DA ALÍNEA "G", PARA SE GARANTIR EFETIVIDADE AO DIREITO POLÍTICO FUNDAMENTAL (E CONVENCIONAL) DE CANDIDATURA." Isso tudo deduzido com base na profunda obra já referida, de Marcelo Ramos Peregrino.

119. Art. 1º, I, *g*: são inelegíveis, para qualquer cargo, "os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

120. Ver MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

convencionalidade em processos judiciais eleitorais. Vejamos excerto do julgado, no qual atuamos como advogado suscitante do tema:

> "(...). AUSÊNCIA DA OITIVA DO RECORRENTE E DE TESTEMUNHAS. INCIDÊNCIA NA ORDEM INTERNA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – *Status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º , § 2º da CF/88. *Possibilidade do controle de convencionalidade* (doutrina de Flávia Piovesan e Cançado Trindade). Ausência de violação à ampla defesa e contraditório na falta de interrogatório do recorrente. *Inteligência do art. 8º , 2, D, Convenção Americana de Direitos Humanos, art. X e XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 3º , "b" e "d" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. (Precedentes STF e STJ RHC 7.463, rei. Min. Vicente Cernecchiaro). (...)" (Acórdão n. 28.812, RECURSO ELEITORAL N° 670-73.2012.6.24.0088. j. 14.10.13) (sublinhamos!)

O julgamento de contas pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, que pode gerar a inelegibilidade de agentes públicos com base na alínea "g", é fruto de decisões tomadas em procedimentos administrativos e não procedimentos judiciais penais, como esclarece o publicista catarinense Rodrigo Valgas dos Santos, em obra[121] a respeito de procedimento administrativo e julgamento de contas.

E processos administrativos disciplinares, de contas, de corpo-

121. Conforme lição de seu livro:
"iii) A caracterização do *procedimento* enquanto *processo,* se realizado em *contraditório*, pode mitigar uma adequada visão da processualidade administrativa. A variedade de procedimentos dentro da Administração não implica uma gradação de importância, no sentido de considerar certos procedimentos mais importantes que outros, pois todos os procedimentos traduzem o exercício da função administrativa, ainda que de um modo diferenciado na forma pela qual se exteriorizam; a noção procedimental vai além da simples noção de litígio, sendo mais adequada na seara administrativa a terminologia *procedimento*.
iv) Para nós, *procedimento* é gênero no qual os *procedimentos* (em sentido estrito) e os *processos* (ocorrentes no âmbito judicial) são espécies. Os *processos* judiciais guardam peculiaridades que os distinguem dos *procedimentos*, embora comunguemos da ideia de uma processualidade ampla que ocorre em todas as funções estatais.
v) Essa visão procedimental tem importante repercussão nos procedimentos de julgamentos de contas públicas, pois as atividades e as funções dos tribunais de contas veiculam-se, fundamentalmente, pela via procedimental. De conseguinte, a processualidade nas cortes de contas, sem exceção, realiza a função administrativa e de controle que lhes é peculiar, devendo resguardar ao máximo os direitos e as garantias fundamentais das partes. Assim, presentes os litigantes ou acusados, não há que negar-se o contraditório e a ampla defesa, sob fundamento de que se está diante de procedimento e não de processo, até porque tal imposição decorre da Constituição e não de querelas terminológicas." in Rodrigo Valgas dos Santos. *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais – contas anuais, princípios e garantias constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229/230.

rações profissionais são processos não-judiciais, que não podem gerar restrição a direito político fundamental de candidatura ou de voto. Isso por imperativo de garantia convencional. Vejamos o teor da norma parâmetro contrastada pela alínea "g" – parâmetro defluente do Pacto de São José da Costa Rica, que é direito interno para o Brasil, *ex vi* do Decreto Presidencial n. 678, de 06.11.92:

> "Artigo 23 – Direitos políticos:
> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
> a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
> b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
> c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
>
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal."

E vejamos as normas da lei ficha limpa, que podem ser objeto de eventual controle de convencionalidade, e por tal, necessitam de revogação reparadora do Congresso Nacional:

> "Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...).
> "g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).
> (..).
> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)
> (...).
> o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de pro-

> cesso administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

O contraste entre esses dispositivos está no fato de que as normas nacionais eleitorais pressupõem processo administrativo de contas, disciplinar ou corporativo sancionador, e a normativa internacional exige a restrição ao direito de elegibilidade exclusivamente em face de decisão condenatória advinda de processo judicial penal. Ou seja, o Pacto não admite restrição a direito de candidatura com base em decisão tomada em processo administrativo, como é o caso dos julgamentos de contas públicas procedido pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, processos disciplinares e de corporações profissionais.

As normativas das alíneas "g", "m" e "o" restringem o direito de elegibilidade, o direito político fundamental de candidatura, com base em decisões tomadas em processos administrativos. Daí resulta o contraste inconvencional. Por isso se justifica a necessidade de revogação dessas alíneas.

E nas hipóteses convencionais citadas, a elegibilidade, o direito de candidatura, não pode sofrer restrição com base em decisão condenatória definitiva tomada em processo administrativo, mas somente por decisão tomada em processo judicial, em processo sancionador penal desenvolvido perante Órgão do Poder Judiciário. O legislador e o juiz eleitorais estão vinculados ao cumprimento das convenções internacionais quando estas constituírem direito interno por atos legislativos legítimos, *ex vi* dos artigos 4º, II[122], 5°, § 2º[123], 49, I[124], 84, VIII[125], da Constituição da República c/c com o artigo 23, 1.b e 2., da Convenção Americana de Direitos Humanos (decreto presidencial n. 678, de 06.11.92).

A fundar nossa afirmação nos baseamos nas lições de Marcelo Peregrino:

> "A Corte Interamericana afirmou os limites da intervenção restri-

122. "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos."

123. "Art. 5. (...) § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (sublinhamos!)

124. "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional."

125. "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional."

> tiva dos direitos políticos ressaltando a necessidade de obediência àqueles requisitos convencionais previstos no Artigo 23.2 da Convenção, ou seja, a mitigação somente pode ocorrer por "(...) idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal":
>
> ´De acordo com o artigo 23.2. da Convenção se pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso 1 do artigo, exclusivamente pelas razões estabelecidas no inciso. A restrição deve encontrar-se em lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo e ser proporcional a este objetivo. Quando há várias opções para alcançar esse fim, deve se escolher o que restrinja menos o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue. (tradução nossa)`." (obra citada, p. 150).

O Judiciário e Legislador brasileiros estão comprometidos, no plano interno, a observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, verifiquemos o que tem decidido essa Corte Internacional *sobre restrição ao direito de sufrágio passivo (direito de candidatura) baseado em decisões administrativas, tomadas por autoridades administrativas, em processos administrativos.* Mais uma vez calha ler, com atenção, o que nos diz Marcelo Peregrino:

> "A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso *López Mendoza v. Venezuela*, decisão de 11 de setembro de 2011, discutiu, exatamente, a inelegibilidade do autor para participar da vida política de seu país por decisão lavrada por autoridade administrativa (Controladoria-Geral da República da Venezuela[126]) nas eleições regionais de 2008. (...).
>
> López Mendonza foi considerado inabilitado para o exercício de funções públicas. Posteriormente, o Conselho Nacional Eleitoral aprovou normas para as eleições, as quais afastavam a elegibilidade daqueles considerados interditados ou inabilitados para o exercício da função pública, sendo que 400 (quatrocentas) pessoas foram atingidas pela medida administrativa.
>
> A Corte Interamericana deixou assentada a violação aos direitos políticos de López apontando a desobediência aos requisitos para a restrição deste direito fundamental no caso concreto (art. 23.2), em especial, a ausência da condenação por um juiz criminal, não

126. "A Controladoria Geral da República é órgão com matiz constitucional integrante do chamado Poder Cidadão que é exercido pelo Conselho Moral Republicano. Este poder está incumbido da prevenção investigação e sanção dos fatos que atentem contra a ética pública e a moral administrativa, dentre outras atribuições. (...)*". (nota da obra de Marcelo Peregrino)*

sendo qualquer sanção possível de causar a inelegibilidade:

´En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.´

(...).. *En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.*

En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.´

(...).

Outro caso muito interessante ocorreu na Colômbia e dizia respeito ao candidato a Prefeito de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego que teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução, de natureza "disciplinar", emitida pela Procuradora-Geral da Nação, que o destituiu e o inabilitou por 15 (quinze) anos, em face de alegadas irregularidades quando de sua administração como prefeito da mesma cidade. A Comissão Interamericana, assim, concedeu uma medida provisional suspendendo a decisão administrativa, em março de 2014, ressaltando a necessidade de preservação dos parâmetros convencionais para a restrição de direitos políticos.

(...)." (Obra citada, p. 255/259).

Assim, nos é lícito concluir: o direito de elegibilidade, o direito fundamental de candidatura, não pode ser restringido com base em decisão tomada em processo administrativo, como são os casos das decisões tomadas por tribunais de contas, processos disciplinares de servidores públicos ou processos ético-corporativos, mas somente por decisões extraídas de processos judiciais penais. Por isso que se apregoa a revogação dos dispositivos citados, como forma de se realizar, no plano interno, a eficácia da convenção americana de direitos humanos.

Sobre o tema da retroatividade da lei ficha limpa e seu contraste com os direitos humanos, o artigo 9º[127] da CADH – não obstante

127. "Artigo 9º – *Princípio da legalidade e da retroatividade* – Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se." Em julgamento de 04.10.17, de triste memória para o Direito Eleitoral e o Direito Constitucional brasileiros,

a declaração de constitucionalidade ocorrida nas ADC´s 29 e 30-STF – justifica a necessidade de revogação ou alteração jurisprudencial sobre o tema, no âmbito do TSE e STF. Mais uma vez vale lermos Marcelo Peregrino, no *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*, páginas 231-246:

> "Quanto ao Artigo 9º da Convenção, as dificuldades da Lei Complementar nº 135 se iniciam na sua aplicabilidade imediata colhendo referências e condutas passadas e, nos casos de condenação judicial, anteriormente fixadas pelo Poder Judiciário em definitivo, para se impor o alargamento do prazo da sanção de 3 (três) para 8 (oito) anos, ou seja, ofensa clara à coisa julgada.
> (...).
> Os contornos do Artigo 9º da Convenção, segundo a Corte Interamericana, não deixam dúvida quanto à inconvencionalidade da majoração mencionada face à sua superveniência ao fato, como se retira do precedente:Caso *Vélez Loor vs. Panamá,* 23 de novembro de 2010."

em resposta ao Recurso Extraordinário Eleitoral n. 929.670/DF, por maioria de votos (6 x 5), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é válida a aplicação do prazo de oito anos de inelegibilidade àqueles que foram condenados pela Justiça Eleitoral, por abuso do poder econômico ou político, anteriormente à edição da Lei Complementar (LC) 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Reconheceram a constitucionalidade da aplicação retroativa do prazo de oito anos os ministros da ala moralista do STF Luiz Fux, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os ministros da ala constitucionalista Ricardo Lewandowski, relator, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Vale a leitura do voto vencido do Ministro Celso de Mello, com 36 laudas, que aprofunda os sentidos de nossa crítica ao tema e sua exegese pela maioria moralista. Celso de Mello refere doutrina de Adriano Soares da Costa, como iluminante de suas razões de voto (páginas 07 a 10). Explicando a ala moralista e a ala constitucionalista no tema ficha limpa: os moralistas seriam aqueles Magistrados que olhando para a nossa Constituição e para a cena política brasileira, encontram no princípio da moralidade administrativa, no princípio da probidade, na ideia de vida pregressa ilibada para candidatos, o maior valor a ser perseguido em uma eleição. Para esses Ministros, tais princípios, somados ao cânone de proporcionalidade entre bens em conflito (direitos individuais x moralidade), são os principais critérios que devem balizar toda a produção das leis, especialmente uma lei que defina o processo de escolha dos candidatos, através da fixação de hipóteses de inelegibilidades. Os constitucionalistas, por sua vez, são aqueles Ministros que veem na Constituição um limite ao exercício arbitrário de poderes públicos ou privados. Para esses a Constituição tem um sistema de direitos fundamentais que deve ser observado na feitura de leis, sem qualquer exceção para as leis eleitorais. A vontade de Constituição é o fiel da balança a regrar a vontade popular, a vontade do legislador e a vontade judicial. Para esses Magistrados, entre os direitos fundamentais respeitáveis em qualquer produção do Legislativo ou do Judiciário está a segurança jurídica, a não retroatividade das leis, a presunção de inocência, a razoabilidade da ação legislativa punitiva, o limite anual para incidência de leis novas que alterem o processo eleitoral. E mais: o sagrado direito de receber votos, de candidatar-se, de disputar um mandato público é tão importante quanto qualquer direito fundamental como é o de votar; é tão relevante para o regime democrático como a liberdade de ir, vir e ficar é para qualquer regime afastado da barbárie e que caminha rumo ao avanço civilizatório. Os Ministros constitucionalistas se sustentam na razão (Voltaire), expressa na razão jurídico-constitucional, para ditarem seus comportamentos e suas decisões judiciais. Para eles uma Constituição é importante também para as minorias e para conter a fúria e a paixão das maiorias, que, em dados momentos históricos, podem, sem freios constitucionais, desencadear involuções ao argumento de estatuírem progressos.

12º

Introdução de regra na LC 64/90 que positive a modulação de pena entre 04 a 08 anos, e que haja a detração de tempo de inelegibilidade, quando o tempo final da pena for incerto, durante o exercício do direito de defesa pelo réu, nos processos de improbidade ou nos penais, tal qual sugerido no voto do Relator Ministro Luiz Fux, na ADC 30-STF, vencido nesta parte[128]. Não podemos tolerar a inelegibilidade processual, tão bem criticada e revelada por Adriano Soares, em seu afamado blog.[129]

128. Como demonstra o item 12 da ementa de seu voto relatorial não majoritário nesse capítulo, na ADC n. 30: "12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado."

129. "A sanção de inelegibilidade e o trânsito em julgado: a nova "inelegibilidade processual" (...).
Cunho a expressão *inelegibilidade processual* para denominar a inelegibilidade que decorre exclusivamente do ônus do tempo do processo, sendo a sua causa e razão de ser gerar uma sanção processual indireta pelo manejo de recursos inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), criando assim limitações gravosas e antidemocráticas ao pleno exercício da pretensão à tutela jurídica e ao livre acesso ao Poder Judiciário.
A *inelegibilidade processual* seria decorrente da decisão de órgão colegiado, enquanto durar o processo, sem direito a uma espécie de *detração eleitoral* para o cômputo da inelegibilidade de material de 8 anos. Essa *inelegibilidade processual* seria, portanto, um desestímulo ao uso dos meios recursais próprios, em verdadeira negativa de acesso ao Judiciário: recorrer seria um ônus insuportável para quem tivesse a inelegibilidade decretada por um órgão colegiado.
Sem juízo de constitucionalidade, se fôssemos aplicar a LC 135 a secas, teríamos alguns exemplos graves de inelegibilidade da LC 64/90, com a redação da LC 135:
Art. 1º, I, "e": soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo penal (*inelegibilidade processual*); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de natureza penal, decorrente da suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.
Art.1º, I, "l": a soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo por improbidade que decretou a suspensão dos direitos políticos (*inelegibilidade processual*); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.
Note-se que, em hipótese de inelegibilidade decorrente de ilícitos não-eleitorais (condenação criminal transitada em julgado, *v.g.*), há agora a criação de uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual, como gravíssimo ônus para inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário e tornar inviável ou insuportável o manejo de recursos processuais, ainda que viáveis, firmes e sérios.
No caso da condenação criminal, se o recurso contra a decisão condenatória, proferida por órgão colegiado, tiver um resultado demorado (digamos, 5 ou 10 anos), a *inelegibilidade processual*, somada ao cumprimento da pena (acaso improvido o recurso) e à inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena, poderá levar a uma sanção total de inelegibilidade de mais de 30 anos, o que nada mais é do que o degredo político.
Aqui, parece-me, será o ponto correto a ser debatida a inconstitucionalidade da *inelegibilidade processual* sem que haja sequer uma detração, uma subtração daquela *inelegibilidade material de 8 anos*. *O correto, o constitucional, seria a LC 135 ter previsto a aplicação da inelegibilidade de 8 anos desde a decisão de órgão colegiado, como execução imediata*.
Mas criar um *inelegibilidade de natureza meramente processual*, como terrível ônus do processo, é uma solução legislativa fascista, criminosa e estapafúrdia.

13º

Limitação legal do número de fatos componentes da causa de pedir e do número de réus em ações eleitorais. Positivação de regras mais rigorosas para que se possa delimitar o cúmulo objetivo ou subjetivo de ações em processos eleitorais. Ou melhor: fatos que não guardem relação de tempo, circunstância, lugar, modo e concorrência de autorias, não deverão ser objeto do mesmo processo. Para tal se faz necessária também a previsão de regra que faculte o seccionamento do processo, seu desmembramento, a requerimento fundado das partes.[130]

14º

Asseguramento por lei, de até seis testemunhas por fato, para cada parte, notadamente por cada parte passiva, pessoa física, seja ela candidato ou não, para que não reste a acusação como a moduladora do direito de defesa do réu, diante dos fatos que alega e dos sujeitos que indicará no polo passivo do processo.[131]

Sim, um caso para a psiquiatria forense, como afirmou o Min. Gilmar Mendes.
Desse modo, chamo a atenção para as seguintes conclusões:
(a) a sanção de inelegibilidade pode ter execução imediata, desde a decisão de órgão colegiado, exceto nos casos proibidos pela Constituição (condenação criminal e improbidade administrativa);
(b) a *inelegibilidade processual*, enquanto durar o tempo do processo, é inconstitucional, viola o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e impede o acesso frutuoso ao Poder Judiciário; e
(c) a solução constitucional adequada teria sido a LC 135 ter previsto a execução imediata da inelegibilidade cominada potenciada de 8 anos (sem, portanto, postergá-la para o trânsito em julgado e absurdamente criando uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual)."

130. Essa preocupação nos ocorreu depois que atuamos em um complexo processo judicial eleitoral, no qual eram 05 réus, acusados por múltiplos e diversos fatos, que não guardavam relação de pertinência entre eles. Tratava-se do pleito de 2012, de AIJE discutindo desde o 41-A, passando pelo 73, da lei 9.504/97, até abuso do poder político e econômico. O cúmulo subjetivo e objetivo fora abusivo. Registramos essa preocupação em petição cautelar apresentada ao TSE em prol de apenas um dos réus, nosso constituinte: "Insta dizer que houve indevido cúmulo subjetivo e objetivo de ações em um mesmo processo judicial eleitoral, feito de forma abusiva pelo d. Ministério Público Eleitoral, pois pelas circunstâncias de lugar, tempo e ação, o que se imputa a C., absolutamente nada tem haver com a imputação aos demais réus. Isso onerou por demais a sua situação processual, e colocou, indevidamente, no mesmo leito processual situações absolutamente distintas, tanto material quanto processualmente falando. Essa confusão ocasionada pela digna acusação eleitoral cível toldou, por certo, a devida análise do caso de C., como distinto dos demais. Prova desta confusão é que o despacho que inadmitiu seguimento ao Resp na origem, (...), não distingui a diferença entre as teses recursais de C. e dos demais réus, teses que, processuais e materiais, demonstram essa distinção crucial, olvidada pelas instâncias ordinárias desta especializada justiça. Por certo, se C. tivesse tido um processo somente para ele, o resultado, desde o primeiro grau, lhe teria sido absolutório (...)." Essa cautelar foi autuada como AC Nº 67566, distribuída por dependência à Ministra do TSE Laurita Vaz, que a deferiu para reintegrar o requerente em seu mandato de vereador, em decisão monocrática de 19.08.14.

131. A preocupação com o número de fatos e testemunhas respectivas nos chegou ao advogarmos em prol de réus em ação judicial eleitoral com 38 imputações e 04 partes passivas distintas. Trabalhamos desde a contestação até o recurso ordinário, que foi provido, acolhendo nossa tese de nulidade por cerceamento de defesa em face da limitação ilegal do número de testemunhas. Em nosso arrazoado recursal deduzimos as seguintes questões,

15º

Sugerimos a revogação da alínea "i", do inciso I, do art. 1º, da LC

---

que iluminam, reflexamente, a presente proposição legislativa:
"Outra nulidade que macula o trâmite desta AIJE desde a audiência de instrução e julgamento, diz respeito a manifestamente ilegal limitação a 12 (doze) do número de testemunhas ouvidas em audiência para cada parte, independentemente da quantidade de fatos, partindo-se da equívoca premissa de que todos os 04 Investigados seriam uma única parte.
(...).
Contudo Excelências, a limitação importou em grave cerceamento de defesa que fere o direito de qualquer acusado de não ser condenado sem que a autoridade julgadora lhe garanta, em igualdade de condições com a acusação (que imputou 38 fatos e subfatos!), os meios aptos e suficientes de provar sua inocência, garantia esta que integra o alicerce principal dos direitos subjetivos previstos na Constituição delineados a partir dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, LIV e LV).
(...).
O prejuízo patenteia-se, embora a nulidade seja absoluta e dispense sua demonstração, pela razão de que os Recorrentes restaram condenados pela r. sentença recorrida sem que todos os fatos, circunstâncias e documentos da inicial pudessem ser regularmente contrapostos, em virtude da limitação das testemunhas.
(...).
O segundo motivo a ditar a insustentabilidade da r. decisão, é que a própria dicção do inciso V, do art. 22 da LC 64/90 deixa claro que o número máximo de testemunhas que a lei prevê (seis) é para cada parte, isto é, para cada representante ou representado, com o que mostra-se ilegal querer considerar os Demandados (em número de 4) como sendo uma única parte. Isto é, a própria literalidade da regra, tomada pela r. sentença como fundamento da legalidade da limitação, em verdade nos traz elemento crucial a evidenciar a impropriedade da medida.
Isto fica ainda mais claro se tomarmos em conta a redação do §1º, do art. 26 da Resolução do TSE n. 23.367/11, que diz: *"As testemunhas deverão ser arroladas pelo representante, na inicial, e pelo representado, na defesa, com o limite de 6 para cada parte, sob pena de preclusão" (grifo nosso)*.
(...).
Terceiro motivo: é evidente que o legislador não estabeleceu um número instransponível de 06 testemunhas a serem arrolados pelas partes independentemente do número de infrações imputadas, pois isso inviabilizaria o direito fundamental dos acusados ao efetivo contraditório e a ampla defesa – pois colocaria sobre os ombros do Acusador a medida e a extensão do direito de defesa dos Acusados. Assim, basta ampliar as acusações, com cúmulo objetivo de ações em mesmo processo eleitoral, que o direto de defesa dos acusados diminui na mesma proporção!
Assim, numa representação que indicasse mais de 6 fatos distintos (no caso concreto são aproximadamente 38 imputações), não poderia o acusado contar sequer com uma testemunha por fato, pois, seguindo-se aquela inconstitucional interpretação, o número de seis testemunhas jamais poderia ser ultrapassado, ainda que sejam muitas as questões a serem elucidadas.
(...).
Ademais, se considerarmos que cada uma das 38 imputações poderia, em tese, ter dado azo a uma demanda eleitoral independente, ninguém contestaria o fato de que nesta hipótese cada acusado poderia arrolar até 06 testemunhas de acordo com o art. 22, V, da LC 64/90.
Vale dizer, fosse um único fato imputado teria o acusado a chance de arrolar até 06 testemunhas para contrapô-lo com efetividade. Todavia, tendo decidido a Coligação Recorrida cumular vários fatos numa única demanda, ainda assim estariam os Réus limitados a 12 testemunhas, com o que se teria a seguinte regra: *quanto maior for o número de condutas atribuídas aos representados na inicial, menor será o número de testemunhas para rebatê-las*.
Portanto, como de fato já havíamos alertado, a audiência de instrução (...) e agora também a r. sentença que nela se baseou, é nula de pleno direito. Isto porque o que se limitou foi o número de testemunhas e não o número de fatos a serem discutidos. (...)."
O recurso foi provido através do acórdão 29.340, do TRE-SC, prolatado nos autos de R.E. 631-60.2012.6.24.00, em 02.07.14. Ao depois ainda ouve a interposição de dois embargos declaratórios, ambos providos (acórdãos 29.409 e 29.991), para esclarecer os efeitos processuais das nulidades decorrentes dessa limitação ilegal do número de testemunhas.

64/90 (alterada pela LC 135/10)[132], que prescreve inelegibilidade sem qualquer processo judicial antecedente, por sua evidente violação a garantia constitucional do devido processo legal (5º, LIV, da CF). Pois comina pena sem juízo e sem processo – e sem a perspectiva de procedimento a se instaurar -, além de impor sanção sem prazo certo para exaurimento de seus efeitos. É patente a sua inconstitucionalidade em face da garantia constitucional e convencional do *due process of law*.

16º

Alteração da alínea "g" – caso não seja revogada totalmente -, que trata do julgamento de contas públicas nos processos oriundos do Tribunal de Contas, para elencar, fixamente, o rol de condutas que se enquadram como aptas a gerar inelegibilidade, sem que a justiça eleitoral, caso a caso, sem devido processo legal antecedente, decida, *ad hoc*, sobre improbidade dolosa, com base em material de instrução (provas e debate argumentativo) em que nunca se debateu improbidade, dolosa ou culposa.

A nosso ver há inconstitucionalidade a ser considerada, que nunca foi objeto de enfrentamento pela doutrina e jurisprudência (as Adc´s n. 29 e 30 não a trataram, por ausência de debates judiciais em controle difuso), que diz respeito à violação aos artigos 2º e 5º, II, 14, § 9º da Constituição da República, dispositivos que tratam do princípio da reserva legal qualificada ou da legalidade estrita e da separação de poderes, eis que a alínea "g", na forma positivada desde 1990 e alterado em 2010, delega indevidamente ao Judiciário eleitoral o direito de dizer, *ad hoc*, da ocorrência não só de improbidade como de inelegibilidade, sem que haja um critério jurídico seguro antecedente (regras jurídicas claras e taxativas, com os tipos hipotetizados das condutas), além de não haver um devido processo legal a lhe respaldar essa aferição no plano do Tribunal de Contas, pois nele não se discute, no feito administrativo, dolo e/ou improbidade.

Ocorre com a alínea "g" uma indevida delegação legislativa ao Judiciário e uma inconstitucional capitulação do dever de legislar por parte do legislador eleitoral, nos termos postos pela LC 135/10 e sua alínea "g".

132. "i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;"

A norma instituída na alínea "g" é autorizativa de delegação ao Judiciário para "constituir/estatuir ´ad hoc´ inelegibilidades, e pode ser considerada *norma objeto* em juízo de constitucionalidade. A *norma parâmetro* para aferirmos sua inconstitucionalidade encontra-se no princípio constitucional especial da reserva legal qualificada para a definição de inelegibilidade (artigo 14, § 9º, da CR que exige lei complementar), que densifica o princípio constitucional geral da legalidade/liberdade (artigo 5º, II, da CR), o qual, por sua vez, dá consistência ao princípio constitucional estruturante do Estado de Direito[133] (artigo 1º, da CR).

Vejamos as razões que justificam nossa posição no que tange ao princípio da legalidade qualificada para a prática de atos judiciários e para a definição estrita de hipóteses de inelegibilidades.

Na ordem jurídica brasileira, irradiada pelo princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, as decisões mais importantes referentes às atribuições dos órgãos judiciários, ao atuar concreto dos membros da justiça eleitoral, aos caminhos a serem seguidos pelos juízes no desencargo de suas funções institucionais, cabem ao legislador, à lei, à legislatura.

À lei incumbe definir, com supremacia sobre qualquer ato de cunho judicial, as hipóteses de configuração de ilícitos, inelegibilidades, competências, funcionamento e organização dos órgãos estatais. E essa definição deve conter um certo nível de segurança jurídica e determinabilidade que impeça o juiz de surpreender o cidadão com decisões jurídicas que não haviam sido queridas e/ou tomadas pelo legislador[134].

133. Para a compreensão do discurso estruturante sobre princípios constitucionais ver nossos: *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p. e *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 02, jul./dez. 2003, p. 393-426. Para uma visão dos princípios como garantidores da democracia ver nosso *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86. E para um olhar crítico sobre o uso e abuso dos princípios ver nosso *Princípios e retorno do pêndulo – crítica ao chamado neoconstitucionalismo. Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 87, ano 16, set./out. 2014, p. 63-67.

134. Rico ler as lições de J. J. Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional,* 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 372:
"*O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é de exigência de clareza das normas legais (...). A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um ato legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de:*
"- alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos [como é garantia definição

Assim, quando a lei especificar competências, definir restrições a direitos, ordenar atribuições, conferir modos de atuação às autoridades judiciárias, deve fazê-lo de tal maneira clara, precisa e determinada, que não enseje ao juiz, via sentença (ou acórdão), o direito de subverter a ordenação legislativa (o querer ordenante do legislador), ocasionando, com isso, a ocorrência do que a doutrina constitucional chama de cláusulas demissórias ou abdicatórias do poder de legislar.

Ou seja, não poderá o legislador instituir opções legais tão abertas a ponto de permitir ao juiz o exercício de delegação legislativa indevida, concedendo-lhe a faculdade de realizar, via sentença, aquilo que somente ao ato legislativo cumpriria fazer. Ou melhor: é vedado definir a inelegibilidade "*ad hoc*". Dizer se o ato "configurará" ou não hipótese de improbidade em processo de registro de candidatura, quando isto já deveria ter sido feito com precisão e certeza pelo legislador eleitoral, a quem caberia especificar, taxativamente, quais condutas ou grupo de condutas implicariam este juízo, como a lei fez ao definir os tipos de crimes que gerariam inelegibilidades (Artigo 1º, inciso I, letra "e", itens 01 a 10, da LC 64/90, alterada pela LC 135/10.).

Em outras palavras: quando houver cláusulas legais autorizando a delegação judiciária de competências legislativas (como a de estatuir inelegibilidade), essa autorização legal não deve ser tão exageradamente genérica e imprecisa a ponto de tornar inócuo o próprio regramento normativo estabelecido pelo legislador, que, por ato do juiz, poderá ser de todo subvertido.

Em nosso entendimento doutrinário a regra da alínea "g" incorre em tal vício de inconstitucionalidade, pois sua redação autoriza que o Judiciário, "ad hoc", defina o que será ou não será inelegibilidade, ao dizer se houve ou não improbidade dolosa, vez primeira, sem que o tribunal de contas tenha debatido no processo administrativo de contas esses temas de maneira original e primeva.

A alínea "g", na forma posta pela LC 135/10, não estabelece o rol de atos que entende como configurável de improbidade, e, delega, indevidamente, tal estatuição, caso a caso, ao Judiciário eleitoral, o que

---

de inelegibilidades por lei complementar];
"- *constituir uma norma de atuação para a administração* [como garantia de legalidade dos atos judiciais que deferem ou não registro às candidaturas nas eleições geridas, administrativa e judicialmente, pela justiça eleitoral];
"- *possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos*."

subverte a ordem constitucional, no que toca a exigência de reserva legal qualificada de lei eleitoral estatuídora de inelegibilidades (Lei complementar clara, específica e exauriente quanto à matéria normada!). Insistamos: a generalidade da delegação para estatuir inelegibilidade é tão exagerada na alínea "g", por ato próprio do judiciário eleitoral, que antes da lei complementar 135/10 o TSE entendia que não aplicar 25% na educação não gerava inelegibilidade[135]. Hoje[136], com a nova redação da 135/10, se entende que não aplicar os mesmos 25% na educação é ato de improbidade doloso e por tal gera a inelegibilidade.

Assim, o judiciário ficou com "carta branca" para dizer e desdizer o que entende, em cada caso, como sendo ato doloso que configura improbidade e inelegibilidade, em completa subversão da segurança jurídica e da possibilidade de cálculo pelo cidadão de seu enquadramento na "genérica" alínea "g".

Essa volatilidade de significados, essa abertura sem limites,

135. "Registro de candidatura – Contas rejeitadas – (...). Possibilidade de a Justiça Eleitoral verificar se as irregularidades são insanáveis, mesmo havendo decisão do Tribunal de Contas e da Câmara Municipal desaprovando as contas. (...). Não-aplicação do mínimo constitucional da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino – Irregularidade que não acarreta inelegibilidade. Recurso conhecido e provido. RESPE – RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16433 - Cananéia/SP, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, j. 05.09.2000."
"AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO TSE. 1. A falta de aplicação do percentual mínimo em educação não gera inelegibilidade. Precedentes.(...). Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30169 - Nova Serrana/MG, Relator Min. EROS ROBERTO GRAU, j. 28.04.2009."

136. "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA.INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE 25% EM EDUCAÇÃO (...). DESPROVIMENTO. 1. A rejeição de contas do agravante em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 25% exigido no art. 212 da CF/88 configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90 (REspe 246-59/SP, de minha relatoria, PSESS de 27.11.2012).(...). AgR-REspe – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7486 - General Salgado/SP, Relatora Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 29.11.2012."
"ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE CONTAS. NÃO APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXIGIDO CONSTITUCIONALMENTE EM EDUCAÇÃO. IRREGULARIDADE INSANÁVEL E CONFIGURADORA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A não aplicação do mínimo constitucional exigido na área de educação consubstancia irregularidade de natureza insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, atraindo, bem por isso, a inelegibilidade inserta no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90.2. *In casu*, neguei seguimento ao ordinário considerando que a não aplicação do mínimo constitucional exigido na área deeducação caracteriza irregularidade insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, enquadrando-se na inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. (...) Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 178285 - Belo Horizonte/MG – Relato Min. LUIZ FUX, j. 11.11.2014."

é que denuncia o vício de invalidade que acoima a alínea "g". Sua cláusula (in)especificadora de inelegibilidade consagra *conteúdo abdicatório ou demissório do poder de legislar*[137], pois não pré-define, de forma determinada, precisa e indene de dúvidas, quais atos praticados pelos agentes públicos, e julgados pelas cortes de contas, gerarão inelegibilidades. Essa certeza deveria ser reclamada até pelas Cortes de Contas, para que seus juízes tivessem ideia precisa das consequências "eleitorais" de suas decisões.

Ao dar aplicação judicial a tal dispositivo legal os juízes eleitorais de cada Estado brasileiro subvertem a ordem jurídica eleitoral, regrando "ad hoc" por ato judicial o que o legislador eleitoral deveria

137. Conforme Gilmar Ferreira Mendes em seu texto "Questões Fundamentais de Técnica Legislativa", inserido na *Revista Trimestral de Direito Público,* nº 01, 1993, p. 262-263:
"Alguns princípios constitucionais balizam a formulação das disposições legais. Do princípio do Estado de Direito e de alguns postulados dele derivados podem-se inferir alguns requisitos que devem nortear a elaboração de atos normativos.
"O princípio do Estado de Direito exige que as normas jurídicas sejam dotadas de alguns atributos, tais como precisão, ou determinabilidade, clareza, densidade suficiente para permitir a definição das posições juridicamente protegidas e o controle de legalidade da ação administrativa.
(...).
"O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas sejam pautadas pela precisão e clareza, permitindo que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. Devem ser evitadas, assim, as formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias.
(...).
"Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, II), pela seguinte fórmula: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.'
"Os postulados do Estado de Direito, da Democracia (art. 1º) e o princípio da reserva legal (Cf. art. 5º, II) impõem que as decisões normativas fundamentais sejam tomadas pelo legislador.
(...).
"A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. (...).
"É verdade que a identificação de uma delegação legislativa indevida, em virtude da adoção de cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório, há de ser feita em cada caso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece, todavia, elementos para que se estabeleça uma orientação mais ou menos segura sobre o assunto.
"Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os standards, isto é, 'os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa.' Esforçando-se por sistematizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado:
'O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas."
Aceitam-se, porém, como legítimas fórmulas que enunciem, v. G.:
'Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) (...)'.
"Na elaboração da lei devem ser evitados as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível caráter renunciativo. Elas representam inequívoca deserção da obrigação de deliberar politicamente e podem caracterizar afronta ao princípio da reserva legal." (grifos nossos)

ter normado por ato legislativo.

Tendo em conta todas essas premissas teóricas é possível afirmar a inconstitucionalidade da alínea "g". E por tal deve o Congresso Nacional proceder com sua revogação ou haver a declaração de sua inconstitucionalidade, seja no controle difuso (por qualquer órgão judicial) ou no controle concentrado de constitucionalidade (pelo STF).

III – REFORMAS JURISPRUDENCIAIS E CULTURAIS DO E NO DIREITO ELEITORAL

O direito eleitoral, devido a estrutura da nossa justiça eleitoral e do modo como ela tem procurado desincumbir sua missão nos últimos 15 anos, tornou-se um direito fortemente "jurisprudencializado". Um direito que para o seu escorreito entendimento e devida aplicação exige do operador jurídico que acompanhe as inúmeras mudanças que a jurisprudência "positiva" em cada eleição.

Além de uma legislação fragmentária que tornou inócua muitas disposições do velho Código Eleitoral de 1965, o direito eleitoral sofre a mudança não só da jurisprudência, mais de outro fenômeno encontrável somente na justiça eleitoral: o caráter inovador primário de muitas resoluções do TSE, que alteram, ao talante discricionário de 07 ministros sem investidura popular, o próprio direito positivo. As críticas a essa tendência arredia ao Direito Constitucional brasileiro, expusemos em nosso artigo *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral")*. Resenha Eleitoral – Revista Eletrônica do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, n. 3, jan./jun de 2012, acesso em 28.07.13.

Algumas "mudanças jurisprudenciais" já foram sugeridas no capítulo antecedente, e agora apontaremos outras, assim como indicaremos os pontos para "reforma cultural" em torno do direito eleitoral, para se prestigiar ótima concretização legislativa e judicial dos direitos fundamentais de candidatura e de voto.

17º

Mudança na interpretação retrocessiva quanto ao direito de voto, relativamente à ideia de se aplicar o artigo 81, § 1º, da CF[138], quando

138. "Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º – Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. § 2º – Em qualquer dos casos,

houver dupla vacância, por causa eleitoral, nos dois últimos anos de mandato, das chefias de executivo: hoje a regra que vigora, a depender do que estiver positivado nas Leis Orgânicas Municipais, é de que haja eleição indireta, quando a vacância ocorrer no último biênio, e direta, quando se der no primeiro. E o momento para se levar em conta é o da primeira decisão judicial tomada cassando registro, diploma ou mandato, ainda que suspensa por cautelares ou efeito *ex legem*. Decisão recente do TSE fixou (não sabemos para até quando valerá tal entendimento...) o critério da decisão judicial sancionadora, se prolatada no primeiro biênio ou segundo, levará a eleição direta ou indireta, respectivamente[139]. Há uma proposição de alteração jurisprudencial do Ministro Dias Toffoli no sentido de que até o terceiro ano, ocorrendo vacância por causa eleitoral, a eleição deverá ser direta.[140-141]

---

os eleitos deverão completar o período de seus antecessores."

139. "Cassação de diploma e realização de novas eleições". O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, assentou que a vacância dos cargos de chefe do Executivo e vice decorrente de cassação de diploma se efetiva juridicamente com a sentença condenatória, mesmo que esta os mantenha cautelarmente no exercício do múnus público, aguardando decisão de instância superior. Afirmou ainda que, sendo a sentença prolatada no primeiro biênio do mandato, cabe realização de eleições diretas, caso a Constituição ou lei orgânica do ente federativo adote a mesma norma prevista no art. 81 da Constituição da República.(...). " Mandado de Segurança nº 219-82, Presidente Tancredo Neves/BA, TSE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.6.2015 – fonte: Informativo TSE – Ano XVII – nº 8, Brasília, 1º a 14 de junho de 2015.

140. "Entendo que, em respeito aos primados do regime democrático e da soberania popular, mesmo diante da eventual previsão da LOM pela realização de eleições indiretas, o pleito deva ser realizado sob a forma direta caso a dupla vacância decorrente de decisão da Justiça Eleitoral ocorra nos 3 (três) primeiros anos do mandato, evitando-se tal modalidade apenas no último ano.
A meu ver, outro aspecto relevante diz com a origem da dupla vacância, pois, em se tratando de eleições suplementares determinadas pela Justiça Eleitoral, cabe a esta estabelecer o modo como se fará o pleito, o que afasta, em definitivo, a incidência do art. 81, § 1º, da Carta Política. Diante desse quadro, a solução mais ponderada, segundo penso, é suspender, tão somente, a realização das eleições indiretas, mantendo-se no cargo o Presidente da Câmara Municipal, porquanto, consoante afirma o próprio requerente, já houve a alteração da titularidade do Poder Executivo desde 31.3.2015 (fl. 344). Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, as sucessivas alternâncias na chefia do Poder Executivo devem ser evitadas, porquanto geram insegurança jurídica e descontinuidade administrativa.
A questão relativa à modalidade da eleição suplementar – direta ou indireta – trata-se de matéria relevante que está em discussão nos autos do AgR-MS nº 222-71/PR, levado a julgamento na sessão de 19.3.2015, ocasião em que pedi vista antecipada dos autos, estando, portanto, ainda pendente de final apreciação pelo Plenário deste Tribunal." j. monocrático dia 28.04.15, AC Nº 23536, Brusque-SC.

141. O artigo 224 do Código Eleitoral de 1965 teve sua redação alterada pela Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, assim reformando o entendimento consolidado no TSE: "Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. (...) § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165,

18º

Mudança da visão da justiça eleitoral e do ministério público (mudança da pré-compreensão) de que justificam suas existências pelo número de registros que indeferem ou pelo *quantum* de registros, diplomas ou mandatos que cassam. A propaganda da justiça eleitoral divulgada em 2014, divulgada pelo TSE e MP, parte de um pressuposto triste: a política é o espaço da corrupção, os candidatos são, em regra, corruptores, e o eleitor um hipossuficiente destituído de capacidade de escolha moral, facilmente corrompível.

19º

Interpretação das leis materiais e processuais eleitorais no sentido crescente de maior concretização dos direitos políticos de candidatura e voto como direitos fundamentais. Colocação no devido lugar, a partir desses direitos fundamentais, da ideia ludibriante de moralidade das eleições, vida pregressa e modelação moral do voto do eleitor. Cuidado com o neofascismo decorrente do moralismo eleitoral e da relativização do direito positivo pela moral.

20º

Abandono de falsas ideias: do pré-conceito do "candidato inimigo"[142], do "eleitor infante" e da "demonizacão da democracia representativa". Abandono dos neofascismos involuntários, retomados nas práticas institucionais por falta de perspectiva histórica e por esquecimento dos ideais de liberdade e respeito às garantias legais, constitucionais e convencionais conquistadas.

21º

Olharmos para a história das democracias ocidentais e para o direito de voto e de candidatura como direitos fundamentais que asseguram a protetividade de todos os demais direitos, como nos demonstrou a história de Mandela e África do Sul, a luta pelas diretas já no Brasil e mesmo as lutas de Martin Luther King pelo direito de voto dos negros na década de 50 e 60 nos EUA. E como nos ensina o

---

de 2015) § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

142. Interessante ler o instigante artigo de Marcelo Ramos Peregrino, "Direito Eleitoral do Inimigo", publicado no site empório do direito em 11.04.15, http://emporiododireito.com.br/direito-eleitoral-do-inimigo-por-marcelo-peregrino/

riquíssimo texto, componente do novo evangelho do direito eleitoral brasileiro, de Néviton Guedes, ao comentar os artigos 14 a 16, da Constituição Federal:

> "Com razão já se disse que os demais direitos inseridos numa Constituição, ainda que mais básicos, *seriam ilusórios* se o direito de participar das decisões políticas fundamentais da comunidade nacional não for assegurado. Nos Estados Unidos, por exemplo, já em 1886, a Suprema Corte daquele país pôde afirmar a qualidade de direitos fundamentais aos direitos políticos, precisamente, porque neles reconheceu, em última e mais elevada instância, a salvaguarda e defesa de todos os demais direitos. Portanto, não parece haver dificuldade em se aceitar que tanto o direito de votar como o de ser votado são daqueles direitos essenciais à preservação dos demais direitos fundamentais (como preferem os norte-americanos, *preservative of all rights*)." [143]

22º

Curarmo-nos, enquanto sociedade, da esquizofrenia política reinante: queremos o melhor da política e dos políticos, mas quem de nós se lança para política ou para ela aconselha que seus filhos a adentrem, ou a mocidade em geral a procure. A mídia e a opinião pública desenham ao País um quadro catastrófico da política e dos políticos, igualando todos os mandatários pelo pior critério de avaliação possível. Necessidade de se estimular de que os políticos que amam o ofício nele permaneçam e estímulo para que novas lideranças apareçam no cenário político e partidário. Desinteligência sobre o espaço da política na vida republicana: queremos política, mas não queremos fazê-la, vivê-la ou cooperar com ela. Fazemos pouco e pedimos muito.

23º

Abandonarmos a ideia de que a moralização da política se dê por repressão a partir do Direito Eleitoral. De que o Direito Eleitoral deverá curar as insuficiências dos processos de improbidade e penais criminais para excluir da vida pública pessoas que não mereçam a chancela popular por práticas ilícitas.

24º

Conscientizarmo-nos que o foco para a mudança é a educação, e a educação para servir a República, a educação cívica e civilizatória, com

143. Em seus comentários aos artigos 14 a 16 *in*: – SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio, et all. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2014, p. 660.

a divulgação dos valores do constitucionalismo e da democracia para todas as classes sociais, plasmando a consciência coletiva para valorizar as instituições republicanas, sem atitudes que enalteçam a democracia retoricamente, mas que, em termos pragmáticos, a enfraqueçam.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem esgotar todos os aspectos que a temática tratada poderia suscitar, procuramos trazer ao Direito Eleitoral proposições que operadores do direito e legisladores devem atentar. As ideias expostas constituem pontos de sugestão ao Congresso Nacional, ao TSE e a OAB, para serem refletidos quando da reforma política de nosso Direito Eleitoral Positivo. Sobre esses pontos nossa opinião pública e nossos advogados, promotores e juízes eleitorais, assim como nossos legisladores devem refletir a fundo, tanto *de lege lata*, quando *de lege ferenda*, colocando-os na agenda política nacional. Pois é necessário tanto *reformas* na postura hermenêutica do judiciário eleitoral quanto na legislação eleitoral. Reformas que preservem a efetividade do direito de candidatura e assegurem estabilidade ao decidido pelas urnas populares, com maior respeito ao direito político fundamental de voto. Judiciário, legislador e sociedade civil precisam contabilizar com mais vagar e preocupação o real valor desses dois direitos políticos fundamentais, pilares de nossa democracia representativa.

V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* [*Teoria dell'ordinamento giuridico*]. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989. 184 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 372.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

—-. "Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art. 96 da lei eleitoral", acesso em 29.06.15, 08:32, http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n060-2006-adriano-soares-da-costa.

—-. "A sanção de inelegibilidade e o trânsito em julgado (a nova "inelegibilidade processual"). http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2011/03/sancao-de-inelegibilidade-e-o-transito.html. Publicação de 26.03.2011, acesso em 30.06.15, 13:13h.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e*

*plebiscitos pela população. Análise do caso brasileiro***.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3153, 18 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21124>. Acesso em: 18 fev. 2012.

—-. *A Constituição como garantia da democracia. O papel dos princípios constitucionais.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21059>. Acesso em: 11 fev. 2012.

—- *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável.* Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011.

—-. *STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa?* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011;

——. *Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense.* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011;

——. *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral").* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>. Acesso em: 6 maio 2012.

—-. *Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. Jus Navigandi,* Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

—-. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas.* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 02, jul./dez. 2003, p. 393-426.

—-. *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86.

—-. *Princípios e retorno do pêndulo – crítica ao chamado neoconstitucionalismo. Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 87, ano 16, set./out. 2014, p. 63-67.

—-. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

GUEDES, Néviton. *Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo Direito*, publicação de 24.09.14, 20:47 h., acesso em 17.02.15, 14:00 h., http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito.

—-. Comentários aos artigos 14 a 16. *in*: – SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio, et all. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2014. p. 655-689.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991. 371 p.

KING, Martin Luther. "Nos deixem votar" in: – "Os melhores discursos de Martin Luther King: um apelo à consciência.", editado no EUA por Clayborne Carson e Kris Shepard, trad. Sergio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, 179 p, p. 49-54.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 2. ed. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*]. Trad. de José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.

MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*, inserido na *Revista Trimestral de Direito Público,* nº 01, 1993, p. 262-263.

PEREGRINO, Marcelo Ramos. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa – direitos políticos e inelegibilidades*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

—-. *Direito Eleitoral do Inimigo*. Site empório do direito, publicado em 11.04.15, acesso em 30.06.15, 14:12h., http://emporiododireito.com.br/direito-eleitoral-do-inimigo-por-marcelo-peregrino/.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais – contas anuais, princípios e garantias constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAPÍTULO 6

PRESCRIÇÃO DA PENA CRIMINAL E INELEGIBILIDADE:

TEMAS INEXPLORADOS E FUTUROS OVERRULING'S NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

1. INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral precisa dialogar mais com o Direito Penal para aprimorar sua dogmática[144] e fazer a crítica de sua jurisprudência (destacadamente do TSE), formada, muitas vezes, sem assento no Direito Positivo e sem lastro adequado de técnica juspenal.

São vários os temas que podem resultar em frutíferos diálogos entre o Direito Eleitoral e o Direito Penal:

i) a coisa julgada criminal e a inelegibilidade como cominação penal anexa;

ii) a norma eleitoral como norma penal heterotópica (Pontes de Miranda) e as garantias constitucionais penais;

iii) a condenação em penas alternativas à prisão e atração de inelegibilidade;

iv) a retroatividade da lei ficha limpa, no campo penal, como retroação prejudicial ao réu, como retroatividade *in malam parte*;

v) a presunção de inocência como garantia convencional internacional e a inelegibilidade[145];

144. Para Vera Regina Pereira de Andrade: a ¨Dogmática Jurídica (...) se identifica com a ideia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imanente) a 'construção' de um 'sistema' de conceitos elaborados a partir da 'interpretação' do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por *finalidade* ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, consequentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica." Cf. seu *Dogmática Jurídica: escorço de sua configuração e identidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

145. Estudo pioneiro nesse viés, tendo em conta o devido processo legal, que abarca a presunção de inocência, é o de Marcelo Ramos Peregrino, *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*, 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. Em 11.09.15, este autor e o jurista Marcelo Peregrino, ajuizamos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em nome do cidadão brasileiro Odilson Vicente de Lima (Campo Erê, SC), medida provisional contra a República Federativa do Brasil, por violação ao Pacto de São José da Costa Rica. Na petição ajuizada discutimos afronta

vi) a inelegibilidade como efeito da condenação criminal: seria pena ou restrição ao "regime da elegibilidade"?;

vii) a interpretação adequada em tema de elegibilidade decorrente de condenação criminal e o regime de direitos fundamentais políticos;

viii) a possibilidade de se conhecer, incidentalmente e como prejudicial de mérito, em processo de registro de candidatura, a tese da coisa julgada inconstitucional criminal[146];

---

ao princípio convencional da presunção de inocência por decisão da justiça eleitoral que aplicou a lei ficha limpa a caso decidido em dezembro de 2004, sem ter havido trânsito em julgado. Também impugnamos a retroação maligna da LC 135/10, com ampliação da pena de inelegibilidade para aplicação ao passado. O processo aguarda apreciação de admissibilidade há dois anos e um mês. Esperamos resposta jurídica da Corte Interamericana, a vencer o raciocínio moralista e contra constitutione do STF, de 04.10.17, que por maioria de 06 x 05, no RE 929.670/DF, entendeu aplicável a lei da ficha limpa a fatos anteriores a sua vigência, mesmo que de forma lesiva, para aumento de penas já passadas em julgado ou para "criminalizar" fatos como delitos eleitorais antes imprevistos nas normas anteriores a 04.06.10, quando entrou em vigor a LC 135/10.

146. Defendemos essa posição em recurso inominado eleitoral em processo de registro de candidatura, na eleição de 2012, com os seguintes argumentos;
"INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL VÁLIDA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL SENTENCIANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL FIXADORA DA COMPETÊNCIA DECISÓRIA – INVALIDADE DA NORMA – INVALIDADE BENÉFICA AO RÉU NO FEITO CRIMINAL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF QUE NÃO PODE PREJUDICAR A SITUAÇÃO JURÍDICA DO RÉU CRIMINAL E IMPUGNADO – TESE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL – PREJUDICIAL DE MÉRITO DEDUZIDA EM PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL EM OPOSIÇÃO À DECISÃO INCONSTITUCIONAL TOMADA EM PROCESSO CRIME – INCONSTITUCIONALIDADE DO TÍTULO CONDENATÓRIO PENAL QUE SUSTENTA A ARGUIÇÃO DE INELEGIBILIDADE – IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO – NECESSIDADE DE DEFERIMENTO DO REGISTRO DO CANDIDATO ODILSON
(...).
E a coisa julgada inconstitucional, constatada a sua existência, pode se apreciar sua adução, como prejudicial de mérito, em qualquer processo em que se deduza pretensão fundada em título judicial inconstitucional, como é o caso da decisão condenatória, descrita na inicial.
(...).
O fenômeno da coisa julgada inconstitucional pode ser verificado de várias formas na decisão já passada em julgado e revestida de imutabilidade.
No presente caso, a acórdão inconstitucional que condenou o Recorrente pela prática do crime previsto no Decreto-lei 201/67, foi a causa de inelegibilidade alegada pelo Recorrido.
No entanto, apesar de não ter ocorrido o trânsito em julgado da referida sentença, verifica-se, *ex vi* da norma *expost factum* LC 135/10, os efeitos da coisa julgada criminal de 14.12.04, mais precisamente, da coisa julgada inconstitucional, pois conforme já exposto, há nulidade na referida condenação, tendo em vista que foi prolatada por juízo incompetente, pois juízo fundado em norma processual inconstitucional, decisão ilegítima e inconstitucional que agora funda a causa de pedir e é fundamento do pedido de inelegibilidade aduzido contra o Recorrente.
Logo, a referida condenação que embasou o Recorrido a propor a presente Impugnação, possui os efeitos da coisa julgada inconstitucional e, portanto, seus efeitos não devem ser reconhecidos no presente feito eleitoral, devendo ser afastada a sua incidência no presente processo de registro.
Ou melhor, assim como leis inconstitucionais podem ter eficácia afastada, no controle difuso de inconstitucionalidade, sentenças inconstitucionais, que demandem execução ou sejam causa de pedir de demandas subsequentes que reclamem a sua valia, caso as sentenças sejam inconstitucionais, como o título condenatório ora impugnado, essas decisões podem ter seus efeitos afastados, por força de arguição incidental, a título de prejudicial de

ix) a possibilidade de se permitir, como questão de ordem pública, no seio da justiça eleitoral, o reconhecimento da prescrição da condenação penal ainda irreconhecida na justiça comum ou incorretamente estabelecida e a ser corrigida na justiça especializada;

x) a detração da inelegibilidade decorrente de condenações criminais sem trânsito em julgado;

xi) a correlação e *bis in idem* entre a suspensão dos direitos políti-

---

mérito, e a decisão a ser tomada no processo subsequente, pode reconhecer sua inconstitucionalidade e negar efeitos para a pretensão nela baseada.
Na declaração de inconstitucionalidade que importa ao presente caso, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da norma processual penal que houvera fixado a competência originária penal ao julgamento de ex-prefeitos [Adins 2797 e 2860]. Deste modo, todas as decisões criminais dadas com base nesta lei inconstitucional, e que afetaram o *status libertatis* de réus na mesma situação do Impugnado, são inconstitucionais, havendo, com relação a elas todas – (...)-, a aplicação da tese da "coisa julgada inconstitucional", podendo ser incidentalmente reconhecida para os fins da presente ação judicial eleitoral de impugnação de registro de candidatura.
Aliás, insta observar, que a Justiça Eleitoral nunca aplicou, em qualquer processo judicial eleitoral, até a data desta arguição, os benefícios dessa novel teoria do Direito Processual brasileiro, teoria que se funda, entre outras obras, no livro coletivo multicitado, coordenado pelo baluarte do tema entre nós: Carlos Valder do Nascimento, *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5 ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2005, 274 p.
Assim, vale discorrermos, para efeitos de aplicação nessa Ação de Impugnação de Registro de candidatura, algumas linhas sobre "a coisa julgada inconstitucional e instrumentos de seu controle em qualquer processo judicial, mesmo em processos eleitorais que pressuponham decisões penais inconstitucionais como títulos embasantes de inelegibilidades." (...).
Pelos artigos 475-L e 741 do CPC (...) considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativos inconstitucionais declarados pelo Supremo Tribunal Federal. Com essas normas, erigiu-se, no plano do Direito Positivo processual brasileiro, como regra para qualquer processo, seja ele cível, penal ou eleitoral, a sustentação da coisa julgada inconstitucional, resultante de sentenças atentatórias à normalidade constitucional e aos princípios constitucionais.
(...).
Registremos, ademais, que regras semelhantes aos artigos do CPC antes citados, foram introduzidas no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos: "Considere-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal".
Com todas essas regras de direito processual positivo, a tese da coisa julgada inconstitucional ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais, seja por meio de impugnações autônomas ou mesmo em sede de aduções *incidenter tantum,* como a ora feita neste processo judicial eleitoral, ao se impugnar a valia, por inconstitucionalidade, de título judicial penal sustentante de inelegibilidade do Impugnado."
Esses argumentos foram improvidos por decisão do TRE-SC, no acórdão n. 27.128 de 27.08.12, Rel. Juiz Julio Schattschneider:
"RECURSO – IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATO A PREFEITO FORMULADA POR CANDIDATO A VEREADOR – LEGITIMIDADE E INTERESSE – CONDENAÇÃO CRIMINAL PROFERIDA POR CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO – ITEM 1 DA ALÍNEA E DO INCISO I DO ARTIGO 1o DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO, EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DAQUELE ÓRGÃO – IMPOSSIBILIDADE DE A JUSTIÇA ELEITORAL CONHECER DA QUESTÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE INELEGIBILIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 26-C DA CITADA LEI COMPLEMENTAR – INDEFERIMENTO DO REGISTRO – DESPROVIMENTO."

cos como efeito do trânsito em julgado da condenação criminal e a inelegibilidade a partir da sentença colegiada sem preclusão máxima;

xii) os efeitos da prescrição penal – antes e depois do trânsito em julgado da condenação – sobre a inelegibilidade.

Este último ponto será objeto deste estudo, especialmente em face do precedente paradigma TSE Respe 23.851, de 17.03.05[147] e as alterações operadas no instituto da inelegibilidade pela LC 135/10. O precedente referido assentou que a prescrição da pena (prescrição da pretensão executória[148]) não extingue a inelegibilidade. A partir da data da ocorrência desse tipo de prescrição, começaria a fluir o prazo da inelegibilidade de 03 anos, antes da LC 135/10, e de 08 anos, após sua vigência.

Esse tema revela problema recorrente constatado em inúmeros processos de registro de candidatura em todo o País. É tema carente de detida reflexão juspenal e suas consequências sobre o Direito Eleitoral, e, sobretudo, sobre a dogmática dos direitos fundamentais[149], e,

147. RESPE – RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 23851 - Inaciolândia/GO – Acórdão nº 23851 de 17/03/2005 – Relator designado Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO – Dj 26/08/2005 – RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 3, Página 299: "RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. MOTIVO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PENA. INELEGIBILIDADE POR TRÊS ANOS. LC nº 64/90, art. 1º, I, e. CPC, art. 462. 1 – As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. nº 22.676, rel. Min. Caputo Bastos). 2 – Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3 – *Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória.* Recurso especial desprovido."

148. A diferença conceitual entre prescrição da "pretensão punitiva" e da "pretensão executória" é bem exposta no livro clássico de Damásio de Jesus: "Na *prescrição da pretensão punitiva*, impropriamente denominada 'prescrição da ação', a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo." (*Prescrição Penal*, 13 ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 23). "Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito de punir concreto se transforma em *jus executionis:* o Estado adquire o poder-dever de impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal pelo Poder Judiciário. Pelo decurso do tempo o Estado perde esse poder-dever, i. e., perde o direito de exercer a pretensão executória. Daí falar-se em *prescrição da pretensão executória,* impropriamente chamada 'prescrição da pena' e 'prescrição da condenação. (p. 87).

149. Obras referência sobre direitos fundamentais na literatura brasileira: Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional,* 10 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, 493 p.; Virgilio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009, 279 p.; Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais,* 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, 304 p.;

notadamente, sobre a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura.

Trataremos então da prescrição penal e suas consequências sobre o direito de candidatura. Veremos a diferença que se estabeleceu na jurisprudência eleitoral sobre os efeitos que se reconhecem na prescrição, antes ou depois do trânsito em julgado. Antes do trânsito: a prescrição da pretensão de punir = extinção de todos os efeitos, inclusive a inelegibilidade; depois do trânsito, a prescrição da pretensão executória da pena = somente alguns efeitos, permanecendo a inelegibilidade.

A ilustrar nossa exposição formulamos hipotético caso para atentarmos à gravidade das questões a serem solvidas, de *modo evolutivo*[150], pela jurisprudência e doutrina eleitorais brasileiras.

A hipótese será a seguinte:

- *Heráclito* foi denunciado em 2002 por ter cometido crime em coautoria com servidora pública (*Amélia*), *pelo* tipo do artigo 313-A, do CP. Foram condenados em 2004 a 2 anos e 02 meses, sendo que a pena mínima (2 anos) fora elevada em face da continuidade delitiva. Somente os réus recorreram, transitando em julgado a condenação em março de 2004 para a acusação. Apreciados ambos os recursos de apelação e desprovidos em 2005, foi mantida a condenação tal qual dada em primeiro grau, apenas havendo um voto divergente, para retirar de Amélia a cominação de perda do cargo público.
- Amélia então interpusera embargos infringentes e de nulidade, que foram providos em 2006, para alijar, da sentença, a perda da função pública. Sobrevieram certidões nos autos atestando que para "as partes", transitara em julgado a condenação (em segundo grau) em maio de 2006 e para acusação,

André Rufino do Vale, *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais – repensando a distinção entre regras, princípios e valores,* São Paulo, Saraiva, 2009, 274 p. Vale destacar a primorosa e competente tradução feita por Virgílio Afonso da Silva, da obra clássica de Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, 669 p.

150. A evolução referida pressupõe um sentido, um caminhar: *evoluir* no sentido da Constituição, das garantias fundamentais, da preservação dos direitos fundamentais de voto e de candidatura, e não o retrocesso a reboque de discursos moralistas, que apregoam – sem o confessar – uma democracia sem voto, a infantilização do eleitor, a criminalização das candidaturas e uma intervenção por vezes excessiva dos juízes eleitorais, que, ao modo dos reis filósofos (Platão), dirigem as cidades, pela escolha dos seus governantes no lugar da soberania popular. Já bem desenvolvemos essa crítica em *Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

em junho do mesmo ano.

- Baixados os autos para execução penal o feito tramitou sem executar a pena, e em sentença de agosto de 2014 foi reconhecida a extinção da pretensão executória por prescrição, que segundo a sentença execucional se operou em 02.07.14.
- Segundo a jurisprudência eleitoral, a partir do Respe 23.851/05, a inelegibilidade é efeito "secundário da condenação", e não perde vigência com a prescrição da pena. Seus efeitos se iniciam a partir da data de ocorrência da prescrição da pretensão executória. Assim, para Heráclito, os 08 anos de inelegibilidade se estenderão de 02.07.14 até 02.07.22, em face da retroação da lei ficha limpa, que alcançaria as sentenças transitadas em julgado, mesmo as criminais.
- Na eleição municipal de 2016, Heráclito resolveu candidatar-se a Vereador, já que seu processo remonta fatos de 14 anos, condenação há 12 e prescrição da pena há 02, parecendo-lhe não mais haver qualquer óbice ao direito político fundamental de candidatura, pois já pôde votar após a extinção da causa que gerara a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF).
- Heráclito inscreve sua candidatura e o Ministério Público Eleitoral, pedindo aplicação do entendimento consolidado no TSE desde 2005, afora ação de impugnação de registro de candidatura ao argumento que estaria inelegível até 22.07.22, com incidência do item 1, letra "e", inciso I, artigo 1º, da LC 64/90 alterada pela LC 135/10, por ter praticado crime contra o patrimônio público.
- Heráclito contrata advogado que deduz, em contestação, o seguinte:

  1. Prescrição penal, qualquer que seja (da punibilidade ou da pretensão executória) extingue todos os efeitos juseleitorais da condenação penal. Normas penais materiais que não preveem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade. Inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena. Tema penal e tema eleitoral sujeitos à reserva de lei e lei qualificada, de atos normativos primários emanados do congresso nacional quanto aos efeitos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral. Jurisprudência assente do TSE que não se sustenta no direito positivo e cria efeito não previsto em lei. Elementos normativos a reclamar *overruling*. Necessi-

dade de *distinguish* em face do conjunto normativo invocado não constante dos precedentes da Superior Corte Eleitoral. Flagrante inconstitucionalidade do entendimento consolidado. Desrespeito às regras hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade e restritiva em temas de restrições a direitos. Interpretação ordinária que contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura. O devido respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Não incidência do art. 1º, I, letra 'e', item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

2. Transcurso do prazo de oito anos de inelegibilidade tendo como marco o trânsito em julgado da condenação criminal. Impossibilidade jurídica de ter como marco a data em que se operou a prescrição da pretensão executória. Exaurido o tempo de restrição ao direito fundamental de candidatura, não incide o art. 1º, I, letra 'e', item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

3. Inelegibilidade cominada em face de condenação criminal trânsita em julgado antes da positivação da lei ficha limpa. Prazo legal de 3 anos já expirado segundo a norma eleitoral revogada. Impossibilidade de extensão do prazo para 8 anos por força de lei nova após o trânsito em julgado das cominações.[151] Irretroatividade *in pejus*. Violação ao Pacto de São José da Costa Rica. Inconvencionalidade da retroação lesiva à liberdade política fundamental. Ofensa à coisa julgada criminal *in malan parte*. Inadmissibilidade. Ações declaratórias de constitucionalidade 29 e 30, STF, que não trataram, especificamente, do aumento do prazo de pena de inelegibilidade em face condenação criminal. Posições atuais de 07 ministros (Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Roberto Barroso) do STF contrária às conclusões do relator das adc's (Luiz Fux). Tema com repercussão geral reconhecida n. 860. Julgamento iniciado no STF com 02 votos favoráveis no sentido da tese defensiva. Decisões monocráticas dos outros 07 mi-

151. O Tribunal Regional Eleitoral de SC assim se pronunciou, em setembro de 2016, fixando a impossibilidade de retroação da lei ficha limpa:
"ELEIÇÕES 2016 – RECURSO ELEITORAL – DECISÃO INDEFERITÓRIA DO REGISTRO DE CANDIDATURA – INELEGIBILIDADE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME AMBIENTAL – LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 12,], "E", 3 – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA – *FATO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO PRETERITA DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA REPRIMIDA – INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA RETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 INADMITIDA* – HIPÓTESE CONCRETA, ADEMAIS, QUE JUSTIFICARIA O PROVIMENTO DO RECURSO, SEJA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, MENCIONADA *EN PASSANT,* OU PELO DECURSO DOS 3 (TRÊS) ANOS DA EXTINÇÃO DA PENA, APLICADA A LEI ANTIGA – PROVIMENTO DO RECURSO. (RECURSO ELEITORAL N. 133-56.2016.6.24.0082 – REGISTRO DE CANDIDATURA – INELEGIBILIDADE – 82a ZONA ELEITORAL – ANCHIETA Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos Relator designado: Juiz Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu, acórdão 31.616, de 22.09.16.)."

nistros que a referendam. Não incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, letra 'e', item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

4. Reconhecimento da prescrição da pretensão executória em termos mais favoráveis ao declarado na execução penal do Impugnado. Questão de ordem pública. Possibilidade de conhecimento do tema no âmbito da justiça eleitoral apenas para afastar inelegibilidade, sem coisa julgada material para a justiça criminal[152]. Ocorrência da prescrição da pena em 17.03.2008 e não em 02.07.2014. Prescrição da pretensão executória – "*dies a quo*" contado a partir do trânsito em julgado para a acusação (Art. 112, I, do CP) – Precedentes de 2015 do STF no sentido de que antes do julgamento do HC 84.078-4, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5-2-2009, como era possível a prisão-sanção antecipada mesmo na pendência de "recurso extraordinário", poderiam e deveriam os órgãos estatais promover a execução penal – Fatos, denúncia, sentença, acórdão e trânsito em julgado todos ocorridos entre 2002 a 2006 – Incidência do art. 112, I, do Código Penal – Extinção da pena que se deve contar com base na pena aplicada na sentença, mas sem o aumento da continuidade delitiva – Inteligência do art. 119 do CP e súmula 497 do STF – Pena aplicada individual de 02 anos – fluxo de mais de 04 anos entre o trânsito em julgado para a acusação (17.03.2004)

152. Em processo de registro de candidatura que atuamos em 2016 aduzimos a mesma tese e o Juízo eleitoral de primeiro grau a acolheu para corrigir a data fixada no juízo de execução penal, deferindo a candidatura de nosso constituinte. Estamos falando de decisão de 08.09.16 tomada pela 93ª Zona Eleitoral de SC nos autos de Processo de Registro de Candidatura n. 45446.2016.624.0097. Houve recurso do Ministério Público Eleitoral. Em 28.09.16 obtivemos decisão colegiada em revisão criminal (n. 4009207-53.2016.8.24.0000, TJSC) que corrigiu o marco temporal do juízo de execução penal para o mesmo sentido declarado na sentença deferitória do registro. E por tal razão, em 30.09.16, foi desprovido o recurso do *Parquet* pelo Tribunal Regional Eleitoral de SC (acórdão n. 31.905).
Registramos que há posição contrária do TSE relativamente ao sentenciado na 93ª Zona Eleitoral de SC:
"AgR-RO – Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 193206 - São Paulo/SP – Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO – j. *16/10/2014* – AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. REGISTRO. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1°, INC. I, E, DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90. CRIME. JUSTIÇA COMUM. DECRETAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. EXTENSÃO. CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESPROVIMENTO.1. "Não compete à Justiça Eleitoral verificar a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da pena imposta pela Justiça Comum" (AgR-RO nº 417432, Rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 28.10.2010)."
"AgR-RO – Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 94078 - Belém/PA -Relator Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA – j. 18/09/2014 – AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. CRIME COMUM. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. 1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.2. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não compete à Justiça Eleitoral, ao analisar os processos de registro de candidatura, declarar extinta a punibilidade por prescrição da pretensão punitiva supostamente ocorrida em ação penal que tramita na Justiça Comum.3. A alegação de prescrição virtual ou antecipada, além de não encontrar respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores, não se amolda ao conceito de fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade, previsto no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97.Agravo regimental a que se nega provimento."

> e a data de 17.03.2008 – Matéria de Ordem Pública cognoscível a qualquer tempo (art. 61 do CPP) – Prescrição do "*jus punitionis*" verificada em marco antecedente aquele fixado na execução penal. Precedentes do TSE. Doutrina de Marcos Ramayana. Consequente exaurimento do prazo de inelegibilidade 05 meses antes do registro de candidatura. Não incidência do art. 1º, I, letra 'e', item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10). Improcedência da impugnação.

Nossa análise se prenderá ao primeiro e segundo argumento da defesa de Heráclito, deixando o terceiro e quarto à curiosidade do leitor e para um próximo artigo. Esses dois pontos argumentativos iluminarão nossa reflexão em torno do tema "prescrição da pena e inelegibilidade".

Eles delimitam o que propomos como necessários *overruling*'s na jurisprudência do TSE, em face do precedente Respe 23.851/05, que poderão se dar em uma de duas perspectivas:

- a primeira: evoluir para o entendimento que qualquer tipo de prescrição leva a extinção do efeito inelegibilidade;
- a segunda: mantida a distinção entre as prescrições penais e seus efeitos sobre a elegibilidade, que se altere o marco temporal da contagem do tempo de inelegibilidade para a data do trânsito em julgado da condenação, e não mais persista a tese de que deve ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

Partimos das seguintes premissas no enfrentamento dos dois pontos que reclamam *overruling*[153]:

- a inelegibilidade é efeito primário da condenação e não secundário;
- a prescrição qualquer que seja – a da pretensão punitiva ou da pretensão executória – é prescrição da punibilidade, portanto extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;
- a distinção havida no Direito Eleitoral de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juseleitorais ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo da ordem jurídica vigente.

153. Segundo o jurista Lênio Streck: "*Overruling* ocorre quando um tribunal se dá conta de que tem de mudar sua jurisprudência. Deve demonstrar porque está assim agindo. Além de explicar as razões legais, deve dizer por qual prognose o faz. *Overruling* quer dizer: o caso "provocador" deve ser um "caso" que tenha o condão de provocar essa reviravolta." em seu artigo eletrônico "O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?", encontrável em http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia, acesso em 08.09.16, 08:47 h."

2. PRESCRITA A PENA CRIMINAL CESSA A INELEGIBILIDADE DIANTE DO DIREITO POSITIVO ELEITORAL E PENAL

Em nosso caso hipotético, Heráclito, desde a ocorrência da prescrição da pretensão executória, *não deveria estar inelegível*, eis que a prescrição, seja a da pena (da pretensão executória), seja a do poder de punir, afasta o efeito da condenação quanto à inelegibilidade, pois *extingue a punibilidade em todas as suas formas* – mesmo considerada esta restrição eleitoral como efeito primário ou secundário da sentença penal. A questão é que, para o Direito Positivo, prescrito o direito de punir ou de executar a pena (formas distintas de *prescrição da punibilidade*), não mais subsiste fundamento *para* inelegibilidade[154].

Partimos da premissa normativa de que prescrição penal, qualquer que seja a sua espécie – a do direito de punir ou da pretensão executória – extingue todos os *efeitos juseleitorais* da condenação penal. A distinção havida na jurisprudência eleitoral do TSE, especialmente desde o Respe 23.851 (Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso) de 17.03.05, de que a prescrição da pena não elide a inelegibilidade, passando a fluir da sua ocorrência o período de restrição ao *jus honorum*, não tem apoio seja nas normas constantes do Direito Penal brasileiro, notadamente no Código Penal (reformado em sua parte geral em 1984[155]), seja

154. É o que afirmava antigo julgado do TSE, após a reforma penal de 1984: "[...] Prescrita a execução da pena antes do início de seu cumprimento, não há falar na inelegibilidade a que se refere a letra *e* do inciso I do art. 1o da LC no 64/90. A decretação da prescrição tem efeitos imediatos e repercute no processo de registro de candidatura em curso. [...]" *NE*: Condenação com base nos arts. 304 e 297 do Código Penal, por porte de carteira de habilitação falsa. *(Ac. de 3.9.2002 no REspe n*o 19.960, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.) E também o que afirmara um julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: "RE – RECURSO ELEITORAL nº 3940 - Araguari/MG – Acórdão nº 3233 de 03.09.08 – Relator RENATO MARTINS PRATES: Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2008. Deferimento. Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, somente diante de sentenças condenatórias transitadas em julgado torna-se possível o indeferimento de pedidos de registro de candidatura. Ocorrência de extinção de punibilidade. *A prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória, é causa extintiva da punibilidade, consoante expresso no art. 107, IV, do Código Penal. A reabilitação alcança tão-somente as penas e os efeitos decorrentes do art. 92 do Código Penal. (...)*."

155. Não desconhecemos que também havia esse entendimento jurisprudencial eleitoral sob a vigência da parte geral original do Código Penal de 41. Todavia, a reforma dessa parte geral, feita pela Lei 7.209 de 11.07.84 sustenta as nossas assertivas, como veremos adiante. Vejamos o entendimento anterior à reforma juspenal dos anos 80:
"INELEGIBILIDADE. O CONDENADO POR DELITO CONTRA O PATRIMONIO, AINDA QUE OBTENHA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE, "EX VI" DA PRESCRICAO DA PENA, PERMANECE INELEGIVEL ENQUANTO NÃO ALCANÇA A REABILITACAO (ART. 119 DO CODIGO PENAL). INTELIGÊNCIA DA ALÍNEA "N", DO INCISO I, DO ART. 1, DA LEI COMPLEMENTAR N. 5, DE 29 DE ABRIL DE 1970. RECURSO ORDINÁRIO, A QUE SE NEGA PROVIMENTO." RECURSO OR-

na legislação eleitoral, destacadamente na Lei de Inelegibilidades. O precedente Respe 23.851-TSE (e os posteriores que o repetem) é desapegado do Direito Positivo, nele não encontra raiz normativa ou origem lógico-dogmática.

E o *erro jurisprudencial* consolidado no TSE parte de dois equívocos de dogmática juspenal[156]:

a) o primeiro é de considerar que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação, quando, em verdade, é efeito primário, tão primário que passou a fluir seu período inibitório, depois da vigência da

DINÁRIO nº 3407 - /SP – J. 29/09/1970 – Relator Min. DJACI ALVES FALCÃO)
"DISTINCAO ENTRE PRESCRICAO DA ACAO E DA CONDENCAO. A PRESCRICAO DA ACAO EXCLUI A APRECIACAO DA PRETENSAO PUNITIVA. OCORRENDO ESTA NAO SE PODE CONSIDERAR INELEGIVEL O CANDIDATO." (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 4587 - /SP – J. 22/10/1976 – Relator Min. JOSÉ FRANCISCO BOSELLI)
"EMBARGOS DE DECLARACAO. ERRO MATERIAL QUANTO AO EXAME DE SENTENCA CRIMINAL, CUJO EFEITO FOI O DE DECLARAR PRESCRITA A ACAO PENAL, E NAO, SOMENTE, A PENA. RECONHECIDO QUE A SENTENCA DECLAROU A PRESCRICAO DA ACAO PENAL, CONSIDERA-SE ELIDIDA A INELEGIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATORIOS ACOLHIDOS." (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 5403 - São Paulo/SP – J. 21/10/1982 – Relator Min. EVANDRO GUEIROS LEITE – Relator designado Min. JOSÉ MARIA DE SOUZA ANDRADE)
E na transição, apontamos o seguinte julgado, após a reforma de 1984 e dois dias depois de promulgada a CF de 1988:
ELEITORAL - INELEGIBILIDADE - CONDENACAO POR DELITOS CONTRA A FE PUBLICA - PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA – REABILITACAO. RECONHECIDA A PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA (DA ACAO PENAL) NAO PODEM RESULTAR CONSEQUENCIAS DE QUALQUER ORDEM PARA O BENEFICIADO. EMBORA O JULGADO ALUSIVO A CLADI DOMINGOS GRANDO HAJA DECRETADO A RENUNCIA DO ESTADO A PRETENSAO EXECUTORIA DA PENA DE ACORDO COM A LEGISLACAO DA EPOCA, O CERTO E QUE, COM A REFORMA PENAL INTRODUZIDA PELA LEI N. 7.209/84, A HIPOTESE SUBSUMIU-SE NA FIGURA DA PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA, DA PRESCRICAO DA PROPRIA ACAO (PARG. 1, DO ART. 110 E RESSALVA DO CAPUT DO ART. 109, AMBOS DO CODIGO PENAL). SUBSISTENCIA DO ART. 746 DO CPP QUE ESTABELE O RECURSO EX-OFFICIO DA DECISAO CONCESSIVA DE REABILITACAO. PRECEDENTE DA CORTE (AC. 8.237 -REL. MIN. CARLOS VELLOSO – REC. 6.340). DEU-SE PROVIMENTO EM PARTE, AO RECURSO PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DOS CANDIDATOS A VEREADOR. ("RESPE – RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 7108 - /SC – j. 07/10/1988 – Relator Min. SEBASTIÃO REIS)

156. Ricardo Antunes Andreucci faz importantes observações que se amoldam à nossa perspectiva crítica relativamente à jurisprudência do TSE e a sua solução para o tema da "prescrição da pena e inelegibilidade": "A jurisprudência registra hipóteses (...), demonstrando que nem sempre as lacunas e antinomias são solucionadas com atendimento ao princípio da legalidade, porque, muitas vezes, termina-se criando situações nas quais se amplia o âmbito punitivo para além da mera descrição legal." (p. 18) "A lacuna, nestes termos, e nestes limites, operaria para além da reserva legal, não sendo solvida em benefício do acusado, mas em seu detrimento, criando limitações de direitos não previstas previamente em lei." (p. 20) "... as opções surgem sobre um hiato, sem que de modo direto, venham justificadas pela lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico, sendo capazes de ensejar a majoração das sanções (...), sem correspondência, pela ausência de previsão específica, ao dogma da *nulla poena sine lege."* (p. 21) Cf. seu livro *Direito Penal e Criação Judicial*, São Paulo, 1989, 103 p.

LC 135/10, a partir da condenação colegiada (tribunalícia ou do júri[157]), antes mesmo do trânsito em julgado. E com antecedência à própria suspensão dos direitos políticos (art. 15, III[158], da CF) que, no regime original da LC 64/90, só fluía após o cumprimento da pena, ou seja, quando tornavam a operar os direitos políticos, aí começaria o marco temporal de inelegibilidade. Esse efeito *inelegibilidade*, que decorre *ope legis*, anexo à sentença[159], sem integrar quaisquer de seus capítulos textuais, é tão primário, que é o primeiro, em ordem lógica e cronológica, que sofre o cidadão, depois de condenado por órgão colegiado.

Efeito tão primário da condenação como o é a suspensão dos direitos políticos por força do artigo 15, III, da CF. *Mas ainda mais primário do que esse, pois temporalmente o antecede. Ou melhor: a inelegibilidade vem antes do que a falta de condição de elegibilidade expressa na suspensão*

157. "Recurso Ordinário nº 263449 - São Paulo/SP – Acórdão de 11/11/2014 – Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – Relatora designada Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA – *Ementa:* RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO FEDERAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 9, DA LC 64/90. CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ÓRGÃO COLEGIADO DO PODER JUDICIÁRIO. DESPROVIMENTO. 1. A inelegibilidade do art. 1º, I, e, 9, da LC 64/90 incide nas hipóteses de condenação criminal emanada do Tribunal do Júri, o qual constitui órgão colegiado soberano, integrante do Poder Judiciário. Precedentes: REspe nº 611-03/RS, Dje 13.8.2013 e REspe nº 158-04/MG, PSESS 23.10.2012."

158. "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...). III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos."

159. Necessário lembrar Adriano Soares da Costa sobre a inelegibilidade como efeito incluso ou anexo às sentenças judiciais:
"...o legislador pôs na mesma norma, indistintamente, inelegibilidade decretada como conteúdo de uma decisão judicial (efeito inexo ou incluso) e inelegibilidade decorrente de efeito anexo ou excluso, aplicada *ope legis* como pena acessória (...).
(...) a inelegibilidade cominada é sanção que pode ser conteúdo ou efeito anexo da sentença. Em ambos os casos, a inelegibilidade é conteúdo ou efeito da sentença! (...).
Se o efeito é incluso à sentença, fazendo parte do conteúdo da decisão, é porque a inelegibilidade é efeito do fato jurídico ilícito, estando pois na relação de direito material, sendo constituída pela decisão judicial que primeiramente declarou que o ato ilícito se deu. Ou seja, a inelegibilidade se liga primeiramente ao ato ilícito, sendo constituída como sanção à sua prática. Assim, a questão fundamental é saber se ao tempo do fato a lei o previa como ilícito e se a ele cominava aquela sanção. Se a sanção derivar de lei posterior, aplicá-la seria dar-lhe efeito retroativo, revolvendo inconstitucionalmente o passado.
Diversamente, como efeito anexo da decisão judicial, a norma não desce aos fatos ilícitos mesmos, mas toma a decisão judicial sobre eles como ato-fato jurídico, sobre o qual faz incidir a inelegibilidade como efeito anexo. A questão jurídica seria diversa: não seria o caso de se olhar se o fato ilícito eleitoral foi anterior ou posterior à lei, mas sim se: (a) já há relação jurídica processual; e (b) se já há decisão judicial em que os efeitos da inelegibilidade serão anexados.
É evidente que a lei que criou a sanção como efeito anexo da sentença tenha que ser, para ter efeito, anterior à formação da relação processual, quando já estabilizada pela contestação (princípio da eventualidade). E com muito mais razão, é evidente também que não há como se soldar o efeito anexo a decisões já proferidas quando a lei nova ingressou em vigor. Nem em um caso nem no outro há possibilidade de aplicação da nova lei, salvo se for para lhe atribuir retroatividade." (cf. seu *Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral.* 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 214).

dos direitos políticos decorrente do trânsito em julgado da condenação criminal. Havendo decisão condenatória colegiada, nasce a inelegibilidade. Por sua vez, a suspensão dos direitos políticos, somente com o trânsito em julgado entra em efeito no mundo jurídico, afetando o "status activus" do condenado.

b) o segundo equívoco é o de afirmar que somente a prescrição do direito de punir extingue todos os efeitos da condenação, inclusive a inelegibilidade, *enquanto que a prescrição da pretensão executória não só faria subsistir a inelegibilidade como a partir de sua ocorrência começaria a fluência da limitação à capacidade eleitoral passiva.* E o TSE, segundo entendemos, o afirma sem sustento na ordem jurídica vigente, nas regras positivas de Direito Penal ou de Direito Eleitoral.

A lei penal ou a lei eleitoral não prescrevem que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação criminal, ou afirmam que ela subsiste depois de reconhecida a prescrição, seja do *jus puniendi*, seja do *jus executionis poenalis*. Como um *mantra*, sem detida análise do Direito Positivo e da Dogmática Jurídica[160], têm sido repetidas as premissas equívocas do Respe 23.851, mesmo depois da radical alteração sofrida pelo instituto da inelegibilidade com a LC 135, de 04.06.10.

Vejamos as normas da legislação criminal[161] que regraram a condenação penal e seus efeitos, assim como a prescrição da punibilidade – antes da sentença penal recorrível e depois da sentença penal transitada em julgado – tanto no Código Penal, como no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. E na Lei de inelegibilidades e na Constituição da República:

Código Penal:

Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior dei-

160. Gustavo Bohrer Paim discorre sobre o papel da dogmática para a segurança jurídica no Direito eleitoral, o que ilumina a nossa crítica e preocupação quanto ao tema em foco: "É pertinente que se assinale que, no Direito Eleitoral, a insegurança é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de *inteligibilidade do ordenamento jurídico,* retirando do Direito a sua função de orientação. (...). É importante, para a segurança jurídica, a existência de uma doutrina sólida, de profissionais do Direito que tornem mais claras as previsões legislativas e que, por sua postura crítica, diminuam o risco de arbitrariedades do julgador. (...). A dogmática contribui com a segurança jurídica. Quanto menos desenvolvida for a doutrina sobre determinado tema, maiores serão os riscos de decisões imprevisíveis, dependentes de fatos incontroláveis, visto que, quando não há uma dogmática precisa e coerente, a tendência é a de que haja uma resolução caso a caso de forma desconexa, muitas vezes, de forma contraditória, mitigando a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade." Cf. seu *Direito Eleitoral e Segurança Jurídica,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 23-24. Vale registrar que esse ilustre autor foi eleito, na eleição municipal de 2016, Vice-Prefeito da cidade de Porto Alegre-RS.

161. Atentar especialmente para as leis 7.209 e 7.210, de 07.11.1984. A primeira reformou a parte geral do Código Penal de 1941 e a segunda estatuiu a Lei de Execução Penal.

xa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Efeitos genéricos e específicos
Art. 91 – São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92 – São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)
(...).
II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 93 – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único – A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (....).
III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV – pela prescrição, decadência ou perempção;

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final,

salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...).

Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Código de Processo Penal:
Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008): (...) f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Lei de Execução Penal:
Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Lei Complementar 64/90 alterada pela LC 135/10:
Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...). e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

Constituição da República:
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
XLVI – a lei regulará a individualização da pena (...);
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 14. (...). § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legiti-

> midade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)
>
> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
> III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos."

Da leitura dos enunciados normativos e da interpretação que se possa fazer deles, parece lícito afirmar:

a. a prescrição extingue a punibilidade ao modo da *abolitio criminis*, e extingue todos os efeitos da condenação, *sejam eles genéricos ou específicos, secundários ou primários*;

b. há extinção da punibilidade que se dá antes da sentença definitiva e depois dela (art. 107, IV, CP), preservando-se alguns efeitos condenatórios quando ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, efeitos estes estrita e expressamente discriminados na lei penal (artigos 91 a 93 CP), que não incluem a inelegibilidade como efeito a ser preservado após o reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena;

c. a LC 64 é de 1990 e o Código Penal foi alterado pela Lei 9.268, de 01.04.96, que institui limitação aos direitos de participação na coisa pública (espécie de direito político fundamental), quando positivou no artigo 92, I, do CP, que efeitos da sentença penal fossem também a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que expressamente motivados na decisão. *Esses efeitos penais seriam preservados, mesmo após a reabilitação do condenado!*

d. Na Reforma Legislativa de 1996 não se introduziu a inelegibilidade como efeito secundário da condenação ou mesmo se disciplinou a permanência de sua eficácia após reabilitação ou extinção da pena. E assim também não se fez com a Lei 7.209, de 07.11.84 (Lei de Execução Penal). E a Lei de Inelegibilidade, tanto na redação original da LC 64/90 como na da LC 135/10, positivaram prazo tendo como termo limite 03 e 08 anos *após o cumprimento da pena*, e não de sua extinção pela prescrição;

e. o artigo 492 do CPP regra que a sentença poderá – *expressamente* – estabelecer os efeitos genéricos e específicos da condenação. Nada tratando sobre inelegibilidade que é efeito anexo *ope le-*

gem, primário e imediato da condenação colegiada ou do trânsito em julgado, observado os crimes enunciados no art. 1º, I, "e", itens 01 a 10, da LC 64/90. O artigo 202 da LEP prescreve, ao tratar do *cumprimento ou extinção da pena,* que cumprida ou extinta a pena não mais se fará referência à condenação, *exceto nos casos legais*.

f. a lei de inelegibilidade considera o efeito temporal de inelegibilidade *após o "cumprimento de pena", e não de sua extinção por prescrição.* O que pela redação vigente da LC 135/10 não trará nenhuma facilitação *à impunidade eleitoral*, eis que desde a condenação colegiada está inelegível o condenado até o cumprimento da pena, e depois, por mais 08 anos. Assim, não cumprida a pena por prescrição, restará o período de inelegibilidade fluído antecedentemente ao fato temporal que registra sua ocorrência – que vai da condenação colegiada, passa pelo trânsito em julgado e desse até a prescrição da pena criminal.

g. *o tema do crime, da pena e seus efeitos devem sempre estar sob reserva de lei, reserva de parlamento, como garantia fundamental penal* (art. 5º, XXXIX, CF). E no caso da inelegibilidade, *sob reserva de lei qualificada* (art. 14, § 9º, CF)[162]. *Deve estar previsto expressamente na lei os efeitos da condenação que se preservam após a extinção da pena.* E a *norma heterotópica penal* do art. 1º, I, letra "e", da LC 64/90, não estabeleceu que, *não cumprida a pena*, haverá efeito de oito anos após a data do reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

h. o *devido processo penal*[163] *e o devido processo eleitoral*[164] não podem

162. Eneida Desiree Salgado em seu clássico livro *Princípios Constitucionais Eleitorais,* 2 ed., Belo Horizonte, 2015, ao dizer sobre o princípio da reserva legal em matéria eleitoral, notadamente em tema de inelegibilidade, esclarece: "O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade." (p. 247-8). "Nas regras de disputa pelos cargos eletivos impõe-se uma reserva legal absoluta. Em matéria eleitoral – como no âmbito tributário e em Direito Penal – é possível se referir a um princípio de reserva parlamentar (....). A Constituição expressamente se refere à reserva de lei complementar para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade (art. 14, § 9º) (...)." (p. 250). "A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade (...) – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral." (p. 251).

163. Obra referência sobre o devido processo penal é a de Nereu José Giacomolli: *O Devido Processo Penal – abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF)*, São Paulo, Atlas, 2014.

164. E obra pioneira quanto ao devido processo eleitoral é a de Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*, 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. Especialmente nos capítulos 2, 4 e 6, nos quais aprofunda o conceito de *due process of law* e o correlaciona com temas centrais do Direito

validar a supressão da liberdade política de candidatura sem que a lei estabeleça, expressamente, que permanece o efeito inelegibilidade após a extinção da pena criminal por prescrição, por mais 08 anos.

i. na individualização em abstrato dos efeitos da condenação penal[165], no que toca a inelegibilidade e seu período de vigência para o condenado, não positivou o legislador congressual a permanência de sua eficácia após a extinção da pena pela prescrição, pressupondo claramente que apenas o efetivo cumprimento da pena ensejaria, depois, a fluência de mais 08 anos de inelegibilidade. Descartando-se, por exclusão, a permanência desse efeito na hipótese de extinção da pena por prescrição, pois aí não haverá cumprimento de pena.

Para aferirmos o fundamento do que afirmamos, revisemos o enquadramento dogmático que a doutrina juspenal brasileira faz dos enunciados normativos que tratam da condenação penal e seus efeitos.

Começemos com a advertência feita por Raul Zaffaroni e Nilo Batista:

> "É inquestionável que normas penais executivas não podem afetar garantias constitucionais, qualquer que seja a sua natureza, assim como que não pode faltar em qualquer legislação atual um conjunto de normas positivas que se relacionem com os diversos sistemas de penas, com os procedimentos de aplicação, execução ou cumprimento das mesmas (...)." "... pois um poder punitivo que opere sem limites quanto ao tratamento, desde a condenação até a extinção da pena, implicaria plena arbitrariedade (...)."[166]
>
> "Sabe-se que a criminalização secundária e a prisonização surtem *efeitos estigmatizantes e deteriorantes*; este dado da realidade impõe ao direito da execução penal, como função, reduzir ao mínimo tais efeitos."[167]. "Constituindo a execução penal um objeto distinto da declaração penal da sentença, que opera como simples limite máximo atualizado – ao longo de um processo – pela concreta intervenção

Eleitoral, sob os influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência das Cortes Internacionais de Justiça. Vale sublinhar o subtítulo do capítulo 6 "controle de convencionalidade da lei complementar 135/10 [lei ficha limpa] em face do devido processo convencional e dos direitos políticos", em que analisa a ideia de *Procedimento, A Proibição de Retrocesso dos Direitos Políticos, A Presunção de Inocência e o Devido Processo Convencional, As Presunções, A Retroatividade, A Contagem dos Prazos da Inelegibilidade e A Lei das Inelegibilidades.*

165. Obra referencial para o assunto é a de Guilherme de Souza Nucci, *Individualização da Pena*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, 432 p.

166. Cf. *Direito Penal Brasileiro I,* 4 ed., Rio de Janeiro, Revan, 2013, p. 298-9.

167. Ob. cit., p. 300.

executória, *é indispensável um controle judicial específico, que garanta ao condenado os direitos não atingidos pela pena privativa de liberdade...*"[168].

A doutrina de Fernando Capez, ao tratar dos efeitos da condenação penal *não registra a inelegibilidade como efeito principal, secundário, extrapenal genérico ou específico*[169]. Refere apenas a permanência dos direitos políticos como suspensos, enquanto durar o cumprimento da pena[170]. Capez ainda afirma que na ocorrência de prescrição da pretensão executória (PPE) permanecem todos os *efeitos penais secundários e extrapenais*. Todavia, não demonstra o fundamento legal para tal conclusão e nem esclarece quais seriam esses efeitos.[171]

Cesar Roberto Bitencourt, afirma que:

> "A sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência jurídica direta, a sentença condenatória produz outros tantos efeitos, ditos *secundários* ou acessórios, de natureza penal e extrapenal. *Os de natureza penal* estão insertos em diversos dispositivos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Os de natureza extrapenal encontram-se elencados nos artigos 91 e 92 do estatuto repressivo, e são denominados *efeitos genéricos e efeitos específicos* da condenação (...)"[172]

Bitencourt ainda esclarece quais seriam os *efeitos extrapenais*, subdividindo-os em *efeitos genéricos*: a) tornar certa a obrigação de indenizar; b) perda em favor da união dos instrumentos e produto do crime[173]; e *efeitos específicos*: a) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; b) incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; c) inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso. *Esse jurista também não inclui a inelegibilidade como efeito secundário da condenação. Sequer a refere ou a trata de qualquer forma em sua obra.*

Damásio de Jesus[174] *também não trata de inelegibilidade como efeito da condenação, seja ele primário ou secundário*. E ao se ocupar, especificamente, da prescrição da pretensão executória da pena, afirma:

> "A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pre-

168. Ob. cit., p. 301.
169. *Curso de Direito Penal – parte geral 1,* 18 ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 535-542.
170. Ob. cit., p. 540.
171. Ob. cit., p. 633.
172. Cf. *Tratado de Direito Penal – parte geral 1,* 20 ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 846.
173. P. 846-7, ob. cit.
174. Em seu clássico *Prescrição Penal*, 13 ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

> tensão executória impede a execução das penas e da medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único), subsistindo as consequências de ordem secundária da sentença condenatória, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência (salvo o disposto no art. 64, I) etc."[175]

Luiz Regis Prado[176] ao tratar sobre efeitos secundários penais também *não inclui a inelegibilidade entre eles e sequer dela trata como efeito da condenação*. Classifica, como os demais, os efeitos secundários extrapenais, como os genéricos e os específicos, acrescendo que os efeitos genéricos independem da referência expressa na sentença[177]. Todavia, aduz que os efeitos específicos devem ser nela motivados[178] (inclusos, inexos).

Regis Prado ao falar sobre a prescrição da pretensão executória, nada diz sobre o efeito inelegibilidade, o que pressupõe que para o Direito Penal este não prevalece quando houver extinção da pena:

> "Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, não se executa a pena imposta e tampouco a medida de segurança (art. 96, parágrafo único, CP), embora subsistam os efeitos penais secundários da condenação e os efeitos civis (art. 67, II, CPP)."[179]

Cleber Masson[180] repete as teses dogmáticas dos efeitos principais e secundários da condenação – secundários de natureza penal e secundário extrapenal, e nada refere sobre a inelegibilidade como efeito secundário da pena.[181]

Julio Fabrini Mirabete também refere os efeitos penais secundários[182] e os efeitos extrapenais[183], todavia, igualmente, sequer trata de inelegibilidade como efeito da condenação ou lhe atribui efeito secundário da sentença condenatória.

Entre os eleitoralistas, Joel J. Cândido corrobora a nossa posição doutrinal:

> "Prescrição da pretensão executória – Antes do advento da súmula

175. Ob. cit., p. 95.
176. Cf. *Curso de Direito Penal Brasileiro. V. I Parte geral,* 5 ed., São Paulo, RT, 2004.
177. p. 723, ob. cit.
178. Idem, p. 725.
179. Ob. cit., p. 795.
180. *Direito Penal – Parte Geral Vol. I,* 3 ed., Método Jurídico-Gen, Rio de Janeiro, 2010.
181. Ob. cit., p. 762-3.
182. Cf. *Manual de Direito Penal,* 16 ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 342.
183. Ob. cit., p. 344-5.

> n. 9 do TSE, a prescrição da pretensão executória não impedia a inelegibilidade de que cogita esta alínea *e*. Vigente a Súmula n. 9, como a extinção da pena impede a suspensão dos direitos políticos (que é o antecedente), inviabiliza, com muito mais razão, a inelegibilidade aqui cogitada (que é consequente). Mais a mais, esta inelegibilidade da alínea *e* pressupõe o cumprimento da pena, o que não ocorre na prescrição da pretensão executória. E por fim, pela redação daquele édito pretoriano se vê que para a suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade é irrelevante que permaneçam, na prescrição executória, os efeitos secundários da condenação." [184]

Diante da revisão doutrinária que fizemos é patente que as normas penais materiais de *nossa ordem jurídica* não preveem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade.

Também fica claro a inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena.

E sendo o tema penal dos efeitos da condenação e o tema eleitoral da inelegibilidade sujeitos à reserva de lei, e de lei qualificada, lei como ato normativo primário emanado do Congresso Nacional e de seu processo legislativo, a jurisprudência não pode sustentar, de *per si*, sem chão normativo positivado, os efeitos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral, como seria a permanência da inelegibilidade após a decretação de extinção da pena.

Nossa crítica à jurisprudência consolidada pós Respe 23.851-TSE é iluminada pelas advertências de Ana Paula de Barcellos.[185] Assim, este

184. Cf. *Direito Eleitoral Brasileiro,* 16 ed. São Paulo, Edipro, 2016, 120. Súmula 9-TSE: A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.

185. Em seu profundo estudo intitulado *Direito e Política, Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia*, in; – SARMENTO, Daniel (coord.), *Jurisdição Constitucional e Política,* Rio de Janeiro, Forense/Gen, 2015 (p. 661-71): "Continua a ser vedado ao juiz, em um Estado democrático de direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais. Entretanto, quais são essas distinções e, portanto, quais os limites da atividade jurisdicional, em face do princípio da legalidade? Qual o ponto de equilíbrio?" (p. 662) "Os limites tradicionais que conduziam a atividade jurisdicional eram, e continuam a ser, os elementos semântico, histórico, sistemático e teleológico de interpretação. A decisão judicial deve se reportar a um texto normativo compreendido no sistema no qual se insere, tendo a Constituição em seu cimo hierárquico. Ainda que o texto não seja unívoco, não admitirá uma infinidade de interpretações, estabelecendo desde logo um campo máximo possível de sentidos. O intérprete submete-se ainda à finalidade pretendida pela norma, não necessariamente pelo legislador, embora o elemento histórico possa ser útil para a compreensão desse propósito." (p. 662) "Larenz, por exemplo, afirma que toda a interpretação de um texto há de iniciar-se com o seu sentido literal, pois uma interpretação que não se situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas

precedente que não se sustenta no Direito Positivo e cria efeito não previsto em lei, em decisão majoritária congressual, deve ser revisto.

Os elementos normativos que destacamos reclamam *overruling*. E necessário se fazer *distinguishing*[186] em face do conjunto normativo descrito, não constante dos precedentes da Superior Corte eleitoral, notadamente na discussão havida no Respe 23.851-TSE.

Assim, damos por patente a inconstitucionalidade do entendimento consolidado, por olvidamento dos princípios constitucionais da reserva qualificada de lei penal-eleitoral e do devido processo legal, eis que as normas eleitorais e penais infraconstitucionais referidas estão a ser desconsideradas, em suas textualidades e juridicidades, pela exegese ainda vigente no TSE.

Além do problema normativo descrito, há desrespeito às regras

---

modificação de sentido." (p. 662) "A razão subjacente à assertiva supra pode ser resumida da seguinte forma. Em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Em um Estado democrático de direito, é preciso reconhecer e não asfixiar as margens de conformação legislativa, no âmbito das quais o legislador pode cristalizar, por meio da legalidade, as opções políticas explícitas da comunidade em um universo de alternativas possíveis. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua vinculação a decisões majoritárias." (p. 663) "Por outro lado, essa vinculação não haverá de ser apenas retórica ou formal. Ou seja: não basta a menção a um dispositivo qualquer – impertinente ou genérico – para que a exigência referida se encontre atendida. Na realidade, a decisão judicial precisa demonstrar a sua conexão com as decisões majoritárias em vigor e explicitar, de forma racional, suas escolhas, em especial nas hipóteses em que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico" (p. 664) "É possível afirmar que o limite entre a atuação do Legislativo e do Judiciário é delineado, como regra, pela vinculação da decisão judicial ao sentido possível de um texto normativo e do sistema no qual ele se insere, ou, dito de outro modo, por sua vinculação a uma decisão majoritária. No entanto, o que dizer da atividade jurisdicional quando o legislador não disciplinou determinado tema e está-se diante, portanto, do silêncio legislativo?" (p. 664) "Na linha do que se expôs (...) a decisão judicial respeita a legalidade na medida em que está vinculada de forma consistente e racional a uma decisão majoritária ou, de forma mais concreta e simples, a uma possibilidade de sentido de um texto normativo em seu contexto sistemático. E se não existir um texto tratando da matéria? E se não houve qualquer decisão política específica criando direitos ou obrigações de um determinado assunto?" (p. 665) "Até porque a ausência de regulamentação específica de uma matéria não significa um vazio jurídico: a ela se aplica o art. 5º, II, da Constituição. Nos termos do dispositivo constitucional, se uma conduta não é vedada pelo sistema jurídico, ela é lícita aos particulares, e se uma conduta não é considerada obrigatória, as pessoas estão livres para praticá-la ou não. Essa é a regra definida pelo próprio constituinte originário: diante de uma situação não especificamente regulada pelo Direito, essa a norma a ser aplicada. O silêncio legislativo, portanto, como regra, conduz à incidência do art. 5º, II, da Constituição, devendo aplicar-se o critério da liberdade (...)." (p. 666)

186. Segundo Luiz Guilherme Marinoni: "O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente." Cf. seu *Precedentes Obrigatórios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 326.

hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade e restritiva em temas de restrições a direitos.

Isso por que leis restritivas de direitos, lei continentes de restrições às liberdades, como são a LC 64/90 e a LC 135/10, responsáveis por instituir novas causas de inelegibilidades, devem ser interpretadas restritivamente[187],tendo em conta o *princípio de interpretação liberal*, inferível da obra clássica de Carlos Maximiliano[188].

A norma eleitoral do art. 1º, I, 'e' da LC 64/90 – alterada pela LC 135/10 – consagra restrição à elegibilidade, *pressiona*, *restringe*, comprime a liberdade positivada nos artigos 1º e 14, da Constituição da República, *in verbis*:

> *"Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."*
>
> *"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos"*

Não é possível se interpretar o dispositivo legal do artigo 1º, I, letra "e" de modo a estendê-lo ao ponto de criar permanência de efeito penal após a extinção da pena. Se a norma eleitoral-penal refere "após o cumprimento de pena", e a pena não sendo cumprida pela prescrição, não se pode ter por verificada a causa de inelegibilidade da alínea "e". Era o que disse o voto vencido do Ministro Humberto Gomes de Barros no Respe 23.851: "A intepretação de S. Exa. [Ministro Carlos Velloso] alarga o âmbito do preceito cominatório, por isso prefiro me

187. Nesse sentido a jurisprudência eleitoral: RO – Recurso Ordinário nº 106738 - Fortaleza/CE – Acórdão-TSE de 16.09.14 – Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes: "ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. INCIDÊNCIA NAS INELEGIBILIDADES DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEAS g E l, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. PROVIMENTO DO RECURSO. (...).8. (...). Com base na compreensão da reserva legal proporcional, *as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sobre fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dogmática de proteção dos direitos fundamentais*."

188. Cf. seu *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, 426 p.: "Em regra, é estrita a interpretação das leis (...) punitivas" (p. 205); "*Estritamente* se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (...); consequentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade." (p. 322); "*In dúbio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est:* 'Na dúvida, pela liberdade! Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor'." (p. 261) "Parecem intuitivas as razões pelas quais reclama exegese rigorosa, estrita, de disposições cominadoras de penas. (...); por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o ímprobo não visado por um texto expresso." (p. 323); "A regra da exegese estrita (...) decorre (...) no preceito que manda não reconhecer crime 'sem lei anterior que o qualifique'." (p. 324).

acomodar no alcance exato do dispositivo legal para acompanhar o eminente relator [Ministro Caputo Bastos]."

O princípio constitucional da *separação de poderes* e a garantia fundamental da *legalidade*[189] devem inibir qualquer ação elastecedora do *moralismo hermenêutico* que procura corrigir decisão do legislador, elegendo critérios "morais", extra Direito positivo, para *alargar* a sua vontade ou mesma negá-la[190].

E no aresto 23.851, *em juízo moral, mas não de direito positivo*, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence (que se alinhou a maioria vencedora), se afirmou que: "a interpretação beneficia quem não cumpriu a pena". (...). "*O que impressiona é que o agente que, em função da fuga, não se submeteu à pena é beneficiado em relação àquele que cumpriu a pena*."

E o derradeiro argumento do precedente, que sustenta a sua conclusão até hoje, caducou, não tem mais razão de ser depois da alteração operada pela LC 135/10:

> "Afinal, *não se afigura razoável* dispensar tratamento diferenciado entre o condenado por crime contra a administração pública que cumpre pena ou as condições do *sursis* e aquele que a ela não se submete em razão da prescrição da pretensão executória, considerando o primeiro inelegível por três anos após o cumprimento da pena e o segundo elegível tão logo extinta a punibilidade."

Diante da lei positiva, penal e eleitoral, tal comportamento hermenêutico em matéria restritiva ao *jus honorum* não respeita os limites da atividade judicial e o círculo de garantias fundamentais em jogo, especialmente a dos direitos políticos fundamentais no que toca a liberdade de candidatura, ao *status activus*, que não pode ficar refém da moralidade *definida arbitrariamente*. *O direito fundamental de candidatura deve receber interpretação que lhe confira a máxima efetividade possível* (J. J. Gomes Canotilho[191]). A interpretação ordinária do Respe

189. Remetemos para nosso parecer sobre separação de poderes e legalidade: *Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação. Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

190. Para o fundamento teórico de tais críticas indicamos o esclarecedor livro de Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico – introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 2006, p. 90/94. E em mesmo norte, nosso artigo *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral")*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>. Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: http://jus.com.br/revista/texto/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral#ixzz1u4OY6zDe.

191. "Este princípio, também designado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser

23.851 contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura.

Essa exigência de máxima efetividade aos direitos fundamentais deve iluminar o respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Isso acentua a doutrina constitucional contemporânea[192] e a jurisprudência eleitoral começa a replicar suas preocupações[193]. E assim, observando esses limites her-

---

atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais (...), sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). Cf. seu *Direito Constitucional e Teoria da* Constituição, 3 ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 1149.

192. Cf. Néviton Guedes – "Dos Direitos Políticos – Artigos 14 a 16 da Constituição Federal" *in:* Leoncy, Léo Ferreira (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. (p. 654-689): "os direitos políticos *conformam, iluminam e restringem o significado de toda a ordem jurídica nacional* e, como tal, vinculam não apenas os poderes públicos do Estado, como também os poderes privados (...). Em relação a eles, portanto, também se pode afirmar que, da compreensão que *vinculam objetivamente* os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), impõem a todas as suas esferas não apenas um dever negativo de abster-se de intervenções *inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais* no âmbito de proteção das normas que asseguram direitos políticos, mas também se lhes impõe um dever positivo de tudo fazer e promover no sentido de conferir a máxima concretização e efetividade desses direitos, inclusive (...) *quando não se esteja diante de uma pretensão subjetiva do cidadão.* Em resumo, graças à sua condição essencial de direitos fundamentais, os direitos políticos condicionam e limitam *positiva e negativamente* as possibilidades de intervenção estatal, em quaisquer dos seus níveis e funções (administração, legislação e jurisdição), no que respeita ao âmbito de proteção das condutas por eles asseguradas." (p. 672).

193. Recurso Eleitoral n. 138-45.2016.6.24.0093 – Classe 30 – Acórdão-TRE/SC 31.381, de *25.08.16* – Rel. designado Juiz Rodrigo Brandeburgo Curi: "RECURSO ELEITORAL – INSCRIÇÃO ELEITORAL QUE SE ENCONTRA SUSPENSA EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL (CONDENAÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE) – DECISÃO DE RESCISÓRIA QUE AFASTOU A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – DIREITO AO VOTO – *DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CLÁUSULA PÉTREA (CF, ART. 60, § 4º, II) QUE SE SOBRELEVA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E DE HIERARQUIA INFERIOR – CONFERÊNCIA DE MÁXIMA EFETIVIDADE A DIREITO CONSTITUCIONAL* – RESTABELECIMENTO DA CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA – LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO RELACIONADA À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS (....). – PROVIMENTO DO RECURSO."
À constituição desse importante precedente, trabalhamos na qualidade de Advogado do Recorrente, aduzindo, entre outros, os seguintes blocos de argumentos recursais, assim ementados na petição de recurso inominado eleitoral:
- DA IMEDIATA EFICÁCIA DA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA EM AÇÃO RESCISÓRIA QUE DESCONSTITUIU A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS APLICADA AO RECORRENTE. RESTABELECIMENTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS QUE INDEPENDEM DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO COMPETE À JUSTIÇA ELEITORAL "AVALIAR" OU "HOMOLOGAR" AS DECISÕES ADVINDAS DA JUSTIÇA COMUM. CABE-LHE APENAS REGISTRAR AS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA COMUNICAÇÃO DE VIGÊNCIA OU REVOGAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – SE LIMINAR MONOCRÁTICA EM AÇÃO RESCISÓRIA GARANTE O DIREITO DE CANDIDATURA NO PROCESSO DE REGISTRO, COM MAIS RAZÃO DECISÃO COLEGIADA FINAL NESTE TIPO DE AÇÃO RESTITUE O DIREITO DE VOTO EM TEMA DE ALISTAMENTO ELEITORAL.
- O FECHAMENTO DO CADASTRO ELEITORAL NÃO PODE IMPEDIR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO, POIS APENAS COM UM "CLIQUE" E USO DO

menêuticos e essas exigências da interpretação constitucional contemporânea, deve haver *overruling* no TSE, para se entender que qualquer que seja o tipo de prescrição, do direito de punir ou da pena, desaparece o efeito primário (ou secundário) da inelegibilidade.

3. INELEGIBILIDADE DEVE SER CONTADA DO TRÂNSITO EM JULGADO QUANDO HOUVER PRESCRIÇÃO DA PENA

Outro *overruling* que reclama a jurisprudência do TSE, caso não aceite a Suprema Corte Eleitoral a *proposição evolutiva* antes descrita, tendo em conta o mesmo Respe 23.851: o prazo de inelegibilidade de 08 anos, quando houver a extinção da pena, face a nova redação da LC 135/10 e as premissas do precedente, se deve contar a partir da data do trânsito em julgado da condenação criminal, e não como era antes de 04.06.10 (entrada em vigor da lei da ficha limpa), a partir da extinção da pena por prescrição.

Ou seja: a jurisprudência corrente do TSE, antes da lei ficha limpa e após a sua vigência (sem reflexão sobre o que trabalhamos neste artigo), entende que da ocorrência da prescrição da pretensão executória, da data em que a mesma se consuma, começa a fluir o prazo de inelegibilidade de 8 anos.

Ora, tal forma arcaica de contagem do prazo tinha *discutível* razão de ser: a inelegibilidade como só se dava com o trânsito em julgado da condenação criminal, após o cumprimento da pena começaria a fluir o seu prazo de 03 anos, conforme a redação original da LC 64 de 1990:

> "Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...). e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, *pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena*."

CÓDIGO ADEQUADO, PELO SISTEMA ELETRÔNICO DE CONTROLE, SE DESOBSTRUI O NOME NO CADASTRO, QUE NÃO ESTÁ AUSENTE DO ALISTAMENTO, MAS APENAS COM A EFICÁCIA SUSPENSA. O ARTIGO 91 DA LEI 9.504/97 NÃO IMPEDE A SITUAÇÃO DO ALISTADO COM CADASTRO SUSPENSO, MAS APENAS O ACESSO DE NOVOS ALISTANDOS. *A INTERPRETAÇÃO QUE DEVE PREVALECER NO CASO É O DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE APONTA OS DIREITOS POLÍTICOS COMO OS DIREITOS QUE SÃO A CONDIÇÃO DE PROTETIVIDADE DE TODOS OS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEVENDO SE ASSEGURAR A ELES A MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL.*

Assim, de 1990 até 2010, por 20 anos, a fluência do prazo de inelegibilidade só iniciaria após o trânsito em julgado e depois do cumprimento da pena. Deste modo, durante a execução da pena, ficava o condenado sem *condição de elegibilidade*[194], pela suspensão dos direitos políticos[195]. Concluída essa fase, a da falta de condição de elegibilidade (com a extinção da pena pelo seu cumprimento), começaria a fluir o triênio de *inelegibilidade*.

No modo revogado de contar o termo inicial (o *dies a quo*) do prazo de inelegibilidade, esse começava a fluir restrição ao direito fundamental de candidatura depois de atendido dois requisitos: (i) *o trânsito em julgado da condenação* e (ii) *o cumprimento da pena*. Depois do cumprimento da pena, e somente depois, nunca antes, é que começaria a fluência da limitação ao *jus honorum* do cidadão condenado. Nessa forma de contagem decaída, para haver resultado útil de aplicação da lei de inelegibilidades, o prazo de impedimento de candidatura contava a partir da extinção da pena, seja pelo cumprimento, seja pela prescrição da pretensão executória.

Todavia, com a redação dada à LC 64/90 pela lei ficha limpa (LC 135/10), a inelegibilidade, para fluir, não necessita mais de trânsito em julgado da condenação. A sua fluência foi antecipada para um momento muito anterior ao do trânsito em julgado, *o da condenação colegiada por tribunal de apelação ou por tribunal do júri*:

> "Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...). e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;"

A nova normativa fez não só aumentar o prazo de inelegibilidade (que em 1990 era de 03 anos e em 2010 passou a ser de 08 anos), como antecipou a sua fluência para momento anterior ao trânsito em julgado.

Assim, como foi alterado radicalmente o quadro normativo fixa-

194. Segundo Rodrigo López Zilio: "... as condições de elegibilidade não se confundem com as hipóteses de inelegibilidade, embora ambas possuam o mesmo efeito: o impedimento ao direito de concorrer a mandato eletivo. As condições de elegibilidade são requisitos que o candidato deve implementar para que possa concorrer nas eleições; as causas de inelegibilidade são impedimentos a capacidade eleitoral passiva, que podem anteceder, ou não, ao registro do candidato." Cf. seu *Direito Eleitoral*, 5 ed., Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2016, p. 183.

195. Cf. art. 14, § 3º, II, da CF: "São condições de elegibilidade, na forma da lei (...), o pleno exercício dos direitos políticos."

dor do prazo de fluência de inelegibilidade, é razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação *pro homine*[196] – que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (o direito de voto e de candidatura) – que quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição da pretensão executória, se comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim da preclusão máxima – do trânsito em julgado. Pois só assim se observarão melhor os direitos do réu, o *favor rei* e o *favor libertatis* no que toca ao *status activus* dos condenados penais.

Se não for assim, além da extensão do prazo de 03 para 08 anos, os condenados terão, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, *seja do legislador*, *seja do juiz*, *seja do administrador*.

Para aquilatarmos a irracionalidade do modo de se contar que caducou, devemos atentar para a doutrina de Adriano Soares da Costa[197],

196. Para entendermos a aplicação desse princípio no plano do Direito Eleitoral imbricado com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, necessário recorrermos a obra pioneira de Marcelo Ramos Peregrino, *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015. "(...) neste chão dos direitos humanos, vige, como regra de maior valor hermenêutico, a preponderância da norma mais protetiva ao homem, do princípio *pro homine* ou *pro persona*, como se vê nos Artigos 4º, Artigo 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) da Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (...). A doutrina de André Carvalho Ramos aponta o desdobramento do princípio *pro homine* nas seguintes diretrizes: i) a interpretação sistemática de maneira a reconhecer os direitos inerentes, mesmo que implícitos (....); ii) a interpretação das eventuais limitações ao direito devem ser restritivas; iii) uso nas hipóteses de omissões e lacunas." (p. 210-211).

197. **"**Cunho a expressão *inelegibilidade processual* para denominar a inelegibilidade que decorre exclusivamente do ônus do tempo do processo, sendo a sua causa e razão de ser gerar uma sanção processual indireta pelo manejo de recursos inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), criando assim limitações gravosas e antidemocráticas ao pleno exercício da pretensão à tutela jurídica e ao livre acesso ao Poder Judiciário.
A *inelegibilidade processual* seria decorrente da decisão de órgão colegiado, enquanto durar o processo, sem direito a uma espécie de *detração eleitoral* para o cômputo da inelegibilidade material de 8 anos. Essa *inelegibilidade processual* seria, portanto, um desestímulo ao uso dos meios recursais próprios, em verdadeira negativa de acesso ao Judiciário: recorrer seria um ônus insuportável para quem tivesse a inelegibilidade decretada por um órgão colegiado. Sem juízo de constitucionalidade, se fôssemos aplicar a LC 135 a secas, teríamos alguns exemplos graves de inelegibilidade da LC 64/90, com a redação da LC 135: **Art. 1º, I, "e"**: soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo penal (*inelegibilidade processual*); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de natureza penal, decorrente da suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.
(...).
Note-se que, em hipótese de inelegibilidade decorrente de ilícitos não-eleitorais (condenação criminal transitada em julgado, *v.g.*), há agora a criação de uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual, como gravíssimo ônus para inviabilizar o acesso

quando trata da "inelegibilidade processual" e o voto do Ministro Luiz Fux – vencido nesta parte – ao sugerir detração de tempo de inelegibilidade no acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30[198].

Não estamos a defender a justa detração do prazo de inelegibilidade do Ministro Luiz Fux e nem o reconhecimento da inconstitucionalidade da inelegibilidade processual, como propõe Adriano

---

ao Poder Judiciário e tornar inviável ou insuportável o manejo de recursos processuais, ainda que viáveis, firmes e sérios.
No caso da condenação criminal, se o recurso contra a decisão condenatória, proferida por órgão colegiado, tiver um resultado demorado (digamos, 5 ou 10 anos), a inelegibilidade processual, somada ao cumprimento da pena (acaso improvido o recurso) e à inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena, poderá levar a uma sanção total de inelegibilidade de mais de 30 anos, o que nada mais é do que o degredo político.
Aqui, parece-me, será o ponto correto a ser debatida a inconstitucionalidade da *inelegibilidade processual* sem que haja sequer uma detração, uma subtração daquela *inelegibilidade material de 8 anos*. *O correto, o constitucional, seria a LC 135 ter previsto a aplicação da inelegibilidade de 8 anos desde a decisão de órgão colegiado, como execução imediata*. Mas criar uma *inelegibilidade de natureza meramente processual*, como terrível ônus do processo, é uma solução legislativa fascista (...).
Desse modo, chamo a atenção para as seguintes conclusões: (a) a sanção de inelegibilidade pode ter execução imediata, desde a decisão de órgão colegiado, exceto nos casos proibidos pela Constituição (condenação criminal e improbidade administrativa); (b) a inelegibilidade processual, enquanto durar o tempo do processo, é inconstitucional, viola o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e impede o acesso frutuoso ao Poder Judiciário; e (c) a solução constitucional adequada teria sido a LC 135 ter previsto a execução imediata da inelegibilidade cominada potenciada de 8 anos (sem, portanto, postergá-la para o trânsito em julgado e absurdamente criando uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual)." Cf. Adriano Soares da Costa, *Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral*. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 202-203.

198. "*A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado – , essa extensão pode ser excessiva*.
Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo caput do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, de per se, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.
A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal).
Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.
Cumpre, destarte, proceder a uma interpretação conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea "e" como da alínea "l" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, seja *possível abater*, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, *o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado*." (pgs. 39-40 do aresto, voto Relator Ministro Luiz Fux).

Soares da Costa. Nossa proposição é mais limitada, embora concordemos com ambos. Apenas propomos exegese que altere a jurisprudência consolidada do TSE[199] que fixa a contagem do prazo, quando da prescrição executória, a partir de sua ocorrência, o que pode ser muito depois do trânsito em julgado, marco temporal que entendemos conforme a ordem jurídica democrática.

Retomemos nosso caso ficto para vermos como, antecipado o prazo de contagem da inelegibilidade para o trânsito em julgado, se fará mais justiça ao cidadão condenado (e a toda a sociedade) do que na manutenção do desatual critério que leva em conta data da ocorrência da prescrição da pena. E veremos que o critério ainda em vigor, e que deve ser revogado por *overruling*, é ainda mais prejudicial ao acusado/condenado, caso a inelegibilidade continue a ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

Vejamos:

a. se a lei ficha limpa estabelece o critério de inelegibilidade desde a condenação colegiada, e o STF (ADC's 29 e 30) firmou que seu efeito é retroativo, alcançando o passado, então Heráclito estaria inelegível desde a confirmação de sua condenação pelo tribunal em 28.06.2005, ou seja, já estaria sem elegibilidade há 11 anos (*prazo 03 anos superior ao tempo limite de inelegibilidade já transcorrido...*);

b. pelo entendimento jurisprudencial do TSE a ser superado, que conta a inelegibilidade até 8 anos após a extinção da pretensão executória, Heráclito ainda estaria inelegível até 02.07.22 (por 17 anos e 5 dias), pois o Juízo Execucional Penal decretou a extinção da pena como ocorrida na data de 02.07.2014;

199. – "[...] 2. O prazo de inelegibilidade em hipóteses de crime contra o patrimônio público começa a fluir após a prescrição da pretensão executória. [...]"*(Ac. de 1º.2.2011 no AgR-RO nº 56641, rel. Min. Hamilton Carvalhido.)*
- "[...] Registro de candidatura. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Crime contra a administração pública. Prescrição da pretensão executória. Incidência de inelegibilidade. Art. 1º, I,*e*, da LC nº 64/90. [...] As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro. [...] 1. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I,*e*, da LC nº 64/90 incide após a prescrição da pretensão executória. Precedentes do TSE. [...]" *(Ac. de 6.11.2008 no REspe nº 32.209, rel. Min. Fernando Gonçalves, red. designado Min. Joaquim Barbosa.)*
- "1 – As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. nº 22.676, rel. Min. Caputo Bastos). 2 – Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3 – Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória."(REspe n° 23.851/GO, red. para o acórdão Mm. Carlos Velloso, DJ de 26.8.2005).

c. o critério que propomos é mais consentâneo à razoável duração do processo, ao respeito ao direito fundamental de candidatura, à razoabilidade, à proporcionalidade e ao devido processo legal, e por ele haverá outras datas de cessação da inelegibilidade a contar então do trânsito em julgado da condenação criminal. Se contarmos a data de trânsito para as partes, 29.05.06, essa inelegibilidade de oito anos já teria concluído seu ciclo em 29.05.14! Se contarmos o trânsito em julgado para a acusação, 23.06.06, essa inelegibilidade expirou assim em 23.06.14. Ou seja, por qualquer desses marcos de trânsito em julgado, estaria elegível Heráclito, para o pleito municipal de 2016.

A situação é tão paradoxal para o Direito Positivo e para a Dogmática penal e eleitoral, que se tivesse Heráclito cumprido a pena tão logo baixado os autos para o juízo de execução penal (julho de 2006), pela regra de inelegibilidade vigente em 2006, que dava 03 de anos de óbice após o cumprimento da pena – 02 anos e 02 meses – ele a teria cumprido em setembro de 2008, e a partir desta data fluiria o prazo de 03 anos de impediência ao *jus honorum*, que teria findado em setembro de 2011.

Todavia, em face da retroação da lei ficha limpa, positivada pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30-STF, esse prazo teria se estendido por mais 05 anos, o que levaria o termo final da inelegibilidade de Heráclito para setembro de 2016.

E para o caso ficto, segundo o entendimento criticado do TSE, tendo se dado a prescrição da pena pela inércia dos órgãos judiciais e ministeriais encarregados de fazer cumprir a condenação penal[200],

200. Na Lei de Execução Penal se fixou quem são as autoridades encarregadas do processo executivo criminal, seus deveres e poderes, bem como a natureza do rito e o modo de sua promoção. Não podendo transferir-se as responsabilidades "encarcerantes" para o condenado.
Na LEP são órgãos da execução penal o Juízo da Execução e o Ministério Público (art. 61, incisos II e III). E se vê que compete ao juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; emitir anualmente atestado de pena a cumprir (art. 66, V, letra "a", VI e X).
O Ministério Público deve fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Ao MP ainda incumbe requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (art. 67, II, letra "a")
Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução (art. 147).
Cabe ao Juiz da execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena (art. 149, I e II).

essa inércia resultou em novo fardo para o condenado Heráclito, que verá estendido seu prazo de inelegibilidade até julho de 2022, ou seja, por mais 05 anos e 10 meses, em face da tese de que havendo a prescrição da pretensão executória, a partir de sua ocorrência, começa a fluência do período de inelegibilidade. A inércia estatal, aumenta, ilegalmente e sem justificativa lógico-formal, o prazo de inelegibilidade de Heráclito em mais 5 anos e 10 meses! Olvidando a legalidade, a extinção da punibilidade e a razoabilidade dos entendimentos judiciais.

E a desproporção – insistamos – de tal entendimento jurisprudencial fica ainda mais patente se atentarmos que desde a condenação colegiada em segundo grau ou pelo tribunal do júri, estava inelegível Heráclito. E enquanto recorreu, esteve inelegível. Ou seja, enquanto exerceu o seu direito de defesa, que se tornou ônus para ele, permaneceu inelegível. Transitada em julgado a condenação, agora a inércia dos órgãos de execução penal é também ônus para o condenado. A positivação de tal entendimento não encontra sustentáculo na ordem jurídica ou razão lógico-legal para ser mantida.

O critério de *discríminen*[201] do legislador (artigo 1º, I, letra "e", da LC 64/90) foi exasperado pelo *discríminen* do TSE no Resp 23.851/05, pois se pela lei tomou-se o exercício do direito de defesa como fator discriminatório para *alongamento* do prazo de inelegibilidade, instituindo o que Adriano Soares da Costa nominou, criticamente, de inelegibilidade processual[202], que torna o termo final de impedência incerto (e desproporcional, como afirma o Ministro Luiz Fux); agora, não revogado o entendimento da Superior Corte Eleitoral, a inércia da acusação, do atuar de ofício do juízo de execução penal, é novo e duro ônus para o condenado, sem respaldo em lei ou na dogmática jurídica, seja a penal, seja a eleitoral. Para o TSE, o discríminen de sua regra remete ao agir das autoridades encarregadas da execução penal, e se

Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que vale como título executivo judicial, o Ministério Público deve requerer, em autos apartados, a citação do condenado para pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (art. 164.)
O procedimento correspondente às situações previstas na LEP é judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução. (art. 194). O procedimento judicial inicia-se de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado (leia-se a vítima e seus familiares), de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa. (art. 195).

201. Lembrando conceito de dogmática de Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu clássico *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. 48 p.

202. Ver conceito descrito na nota de rodapé número 60 deste artigo.

estas quedarem inertes, quem sofrerá as consequências é o condenado e não a autoridade omissa.

Assim, antes do trânsito em julgado, a sua atuação era a sua cruz, agora, seu calvário se alonga pela inércia da jurisdição de execução penal. Discriminação jurídica sem respaldo constitucional ou legal.

E nem vale hoje, como não valia em 2005, a *ratio decidenti* do precedente Respe 23.851 de que a fuga do condenado o beneficiaria, pois está positivado entre nós que a fuga é fato jurídico para interrupção da prescrição[203].

CONCLUSÃO

O precedente Respe 23.851/05 deve ser revogado quando aportar no TSE caso próprio para *overruling*, e em seu lugar deverá ficar estabelecido, para o tema, o seguinte:

i) A inelegibilidade é efeito primário da condenação e não secundário;
ii) A prescrição qualquer que seja – a da pretensão punitiva ou da pretensão executória – é prescrição da punibilidade, portanto extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;
iii) A tese jurisprudencial do TSE de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juseleitorais ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo normativo da ordem jurídica vigente.
iv) Todavia, se persistir o entendimento de que após a prescrição da pena subsiste a inelegibilidade, o seu prazo deve ter como marco temporal inicial a data do trânsito em julgado da condenação e não mais a data da ocorrência da prescrição da pena.

Assim será razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação *pro homine*, que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (do direito de voto e de candidatura), que quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição, comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim do trânsito em julgado da con-

203. Código Penal: "Art. 113 – No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)" e "Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...).V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)"

denação. Pois se observarão melhor os direitos do réu, o *favor rei* e o *favor libertatis* no que toca ao *status activus* dos condenados penais. No modo decaído de contagem os sentenciados têm, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, *seja do legislador*, *seja do juiz*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ANDRADE, VERA REGINA PEREIRA DE. *Dogmática Jurídica:* escorço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 105 p.

ANDREUCCI, RICARDO ANTUNES. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: 1989. 103 p.

BARCELLOS, ANA PAULA DE. Direito e Política, Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia. In: SARMENTO, DANIEL (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política.* Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2015. p. 661-71.

BITENCOURT, CESAR ROBERTO. *Tratado de Direito Penal* – parte geral 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 500 p.

CÂNDIDO, JOEL J. *Direito Eleitoral Brasileiro.* 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016. 630 p.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da* Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.150 p.

CAPEZ, FERNANDO. *Curso de Direito Penal* – parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 530 p.

COSTA, ADRIANO SOARES DA. *Instituições de Direito Eleitoral*: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 487 p.

DIMOULIS, DIMITRI. *Positivismo Jurídico* – introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 320 p.

DIMOULIS, DIMITRI e MARTINS, LEONARDO. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 304 p.

ESPÍNDOLA, RUY SAMUEL. Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

_____. *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral"). Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>.

Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: http://jus.com.br/revista/texto/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral#ixzz1u4OY6zDe.

GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ. *O Devido Processo Penal* – abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2014. 406 p.

GUEDES, NÉVITON**.** Dos Direitos Políticos – Artigos 14 a 16 da Constituição Federal. In*:* LEONCY, LÉO FERREIRA (Coord. *et al*). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 654-689.

JESUS, DAMÁSIO DE. *Prescrição Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 150 p.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes Obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 480 p.

MASSON, CLEBER. *Direito Penal – parte geral vol. I.* 3. ed. Método Jurídico-Gen: Rio de Janeiro, 2010. 420 p.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 426 p.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 58 p.

MIRABETE, JULIO FABRINI. *Manual de Direito Penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 342.

NASCIMENTO, CARLOS VALDER DO. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. 274 p.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 432 p.

PAIM, GUSTAVO BOHRER. *Direito Eleitoral e Segurança Jurídica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 23-24.

PEREGRINO, MARCELO RAMOS. *O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa* – direitos políticos e inelegibilidades. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 410 p.

PRADO, LUIZ REGIS. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* v. I parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2004. 610 p.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais.* 2 ed.: Belo Horizonte, 2015. 253 p.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 610 p.

SILVA, VIRGILIO AFONSO DA. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. 279 p.

STRECK, LÊNIO LUIZ. "O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?", disponível em http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia, acesso em 08.09.16, 08:47 h."

VALE, ANDRÉ RUFINO DO. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais* – repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p.

ZAFFARONI, RAUL E BATISTA, NILO. *Direito Penal Brasileiro I.* 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013. 580 p.

ZILIO, RODRIGO LÓPEZ. *Direito Eleitoral*. 5 ed. Porto Alegre: Vero Jurídico, 2016. p. 677.

CAPÍTULO 7

PARECER JURÍDICO SOBRE INELEGIBILIDADE E EXEGESE DA ALÍNEA "L" DA LEI FICHA LIMPA:

A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE E SEUS REQUISITOS PARA OBSTAR O DIREITO DE CANDIDATURA.

I – A CONSULTA

Consulta-nos o ilustre Vice-Prefeito Municipal de Itá-SC, Senhor Jairo Luiz Sartoretto, sobre a seguinte questão: se diante da legislação eleitoral vigente estaria ele inelegível, impedido de se candidatar nas eleições vindouras de 2016, em virtude de acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da Apelação Cível em Ação Civil Pública de Improbidade nº 2009.054586-2, na qual o mesmo é réu, apelado e recorrente especial e extraordinário?

II – DADOS DE FATO E DE DIREITO

Em 03.09.08 o Ministério Público Estadual de Santa Catarina propôs ação civil pública em face do Consulente, ex-prefeito do município de Itá (2000/2008), pela suposta prática de ato de improbidade capitulado no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, ao argumento de que ele teria no ano de 2004 e durante o período vedado pelo art. 73, VI, 'b', da Lei 9.504/97 (três meses antes das eleições), autorizado *"publicidade institucional de atos e serviços da Prefeitura Municipal de Itá"*.

O Juízo de primeiro grau, em 14.08.09, julgou inteiramente improcedente a acusação de improbidade administrativa, tendo afirmado em favor do Consulente:

> " [...]. Desta forma, o ato praticado pelo requerido não pode ser considerado como contrário a legislação, uma vez que a Justiça Eleitoral entendeu por inexistir conotação eleitoreira nos informes (e é justamente a Justiça Eleitoral a competente para decidir tal questão), bem como pelo fato da Constituição Federal autorizar a publicidade institucional, vedada apenas a utilização da máquina pública para realizar a autopromoção do agente político, o que efetivamente não é o caso.
>
> [...].
>
> Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado

> pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de JAIRO LUIZ SARTORETTO, por não restar caracterizada a conduta descrita na exordial como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública (artigo 11 da Lei n. 8.429/92), e, em consequência, determino a extinção do presente feito, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil. [...]."

Contra esta decisão absolutória houve recurso de apelação por parte do Ministério Público catarinense. E em 13.04.13, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Quarta Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Júlio Cesar Knoll, entendeu por reformar a sentença de 1º grau para condenar o Consulente às penas da Lei de Improbidade, mais precisamente o art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, *sob o argumento de que o mesmo teria violado os princípios da publicidade, da imparcialidade e da moralidade ao ter praticado publicidade institucional com fins de promoção política e pessoal*, contrariando o disposto no art. 37, §4º, da CF/88.

Esse julgado condenatório da justiça comum recebeu a seguinte ementa (em anexo a consulta, o acórdão do TJ):

> "APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL COM FINS DE PROMOÇÃO POLÍTICA E PESSOAL. DECISÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL. COISA JULGADA. PRELIMINAR AFASTADA. ATO ÍMPROBO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO IMPOSTA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. PROPAGANDA DE CARÁTER PESSOAL. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
>
> No caso, não há coisa julgada entre a ação apreciada pela Justiça Eleitoral, na qual a coligação adversária à do ora recorrido postulou o reconhecimento de afronta ao art. 73, VII, da Lei 9.504/97, por excesso de gastos com publicidade no período pré-eleitoral, e a presente ação civil pública, na qual o recorrente busca a condenação do recorrido por ato de improbidade decorrente do uso de verbas públicas para o custeio de propaganda de caráter pessoal. (REsp 1213994/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16.08.2011)"

> "Perde o caráter informativo e educativo, prestigiados pelo art. 37, § 1º da CRFB/88, a propaganda institucional, que vincula a matéria divulgada ao governante e seu partido político, configurando lesão ao erário, passível de ressarcimento. (Apelação Cível n. 2005.009670-7, rela. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 03.06.2009)"

Com efeito, o Consulente, através dessa decisão de segundo grau, restou condenado as sanções seguintes:

i) ressarcimento integral do dano, equivalente ao valor gasto com os informativos, R$ 29.880,00 (vinte e nove mil, oitocentos e oitenta reais);

ii) ao pagamento de multa civil, no valor de 10 (dez) vezes a remuneração percebida como prefeito municipal, no mês de julho de 2004;

iii) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos.

O Consulente ainda interpôs recursos especial e extraordinário que foram admitidos no TJ/SC em 24.02.14, e aguarda julgamento do recurso especial junto ao STJ sob a relatoria do Ministro Og Fernandes (REsp nº 1463709 / SC [2014/0155401-8]), recurso autuado em 04.07.14 e concluso para julgamento desde 18.11.14.

III – APRECIAÇÃO DO CASO

> NÃO INCIDÊNCIA DA LEI FICHA LIMPA ELEITORAL PELO FATO DE NA CONDENAÇÃO COLEGIADA SEM TRÂNSITO EM JULGADO, TOMADA EM APELAÇÃO CÍVEL DE AÇÃO DE IMPROBIDADE, NÃO HAVER A CONCORRÊNCIA SIMULTÂNEA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – JURISPRUDÊNCIA DO TSE E EXEGESE ADEQUADA DO DISPOSITIVO.

01. A situação retratada no acórdão é inadequada ao enquadramento no artigo 1º, inciso I, letra "l", da Lei complementar 64/90, alterada pela LC 135/10. Ou seja, é imprópria e ineficaz para gerar a inelegibilidade do Consulente, segundo o enunciado da norma eleitoral:

"Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...). l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento

da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

02. Da leitura do dispositivo legal, *primo oculi*, se verifica que para haver reconhecimento de inelegibilidade no plano da justiça eleitoral, é necessária a caracterização jurídica e fática concomitante de 5 (cinco) elementos, sem os quais não haverá incidência da pecha de inelegibilidade:

i) *condenação à suspensão dos direitos políticos;*

ii) *a condenação tenha sido proferida por órgão judicial colegiado (ou por decisão transitada em julgado);*

iii) *nos seus capítulos condenatórios se reconheça a prática de ato doloso de improbidade administrativa;*

iv) *que a conduta do acusado tenha ocasionado lesão ao patrimônio público (segundo deverá reconhecer a condenação em sua motivação);*

v) *"e" (conectivo "e"), ainda concomitantemente, tenha gerado enriquecimento ilícito ao condenado ou a outrem, conforme deve reconhecer, igualmente, motivação da decisão condenatória.*

03. Assim, para aferirmos se está ou não inelegível o Consulente, se fará necessário investigarmos na motivação judicial do acórdão e em sua conclusão condenatória (dispositivo judicial), se os 05 elementos encontram-se presentes concomitantemente, de forma insofismável, clara e segura. Faltando qualquer um (01) desses elementos, não haverá inelegibilidade a ser reclamada contra o mesmo em 2016, no seu eventual processo de candidatura, seja para o mandato de vice-prefeito, prefeito ou vereador.

04. Cada um desses cinco elementos, concomitantemente, deve estar presente nos capítulos condenatórios do acórdão do TJ/SC, expressamente. Isso para que possa haver, segundo a lei eleitoral, o efeito constritor da liberdade política de candidatura, de elegibilidade. Confiramos se cada um deles consta da decisão condenatória de segundo grau.

i) *presente o quesito da condenação colegiada*

05. Está presente o quesito da condenação colegiada, pois a decisão foi tomada pelo colegiado da Quarta Câmara de Direito Público do TJ/SC, em 13.04.2013, reformando sentença antecedente absolutória.

ii) *presente o quesito da suspensão dos direitos políticos*

06. Há, igualmente, o quesito da suspensão dos direitos políticos, por 3 (três) anos, segundo se deflui do dispositivo condenatório constante do acórdão.

iii) *ausente o quesito da prática de ato doloso de improbidade*

07. Todavia, ausente o quesito da prática de ato doloso de improbidade, eis que o aresto não o afirma expressamente. Ao contrário, usa expressões totalmente indefinidas em face da exigência do dolo como elementar da improbidade. Diz apenas isso, na sua narrativa, em três breves momentos o que é impróprio à configuração de dolo: "Fica demonstrada a real e pura intenção do então prefeito municipal"; "Configurado o ato ímprobo, passa-se a dosimetria"; "Tendo em vista a culpabilidade...". Nada mais!

Assim incaracterizado o item em análise, que necessitaria ser certo, preciso e seguro na redação do aresto, quanto à ocorrência de dolo, de ato doloso, de conduta dolosa. E não basta o mero enquadramento legal da conduta para se condenar por improbidade, ainda mais nas condutas do artigo 11 da LIA, que só podem ser perpetradas e reconhecidas na hipótese de dolo.

08. Ou seja, não basta referência à lei de improbidade no aresto para fins da lei eleitoral, é necessário que em algum capítulo o ato doloso esteja declarado de modo preciso e seguro, para se reconhecer valia à decisão condenatória no artigo 11, e, como efeito reflexo (e anexo) futuro, se possa arguir inelegibilidade no processo de registro de candidatura na eleição municipal de 2016.

09. Insistamos: é necessária a declaração judicial expressa da ocorrência de ato doloso de improbidade, para fins do dispositivo do artigo 11 da Lei 8.429/92. E é tão grande a ausência de declaração do dolo, no âmago do aresto em foco, que o recurso especial do Consulente, que está no STJ aguardando julgamento, forte na violação ao artigo 11, expressa em uma de suas teses, assim ementada:

> "SEGUNDO FUNDAMENTO RECURSAL:
> Contrariedade ao artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/92. Condenação sem reconhecimento de dolo exigível pela hipótese normativa. Falta de reconhecimento do dolo no acórdão recorrido que implica na atipicidade da conduta. Jurisprudência pacífica do STJ."

10. Vale, inclusive, tomar de empréstimo, as razões de recurso

especial de Jairo Sartoretto[204] para demonstrar o acerto desta premissa do parecer em descortino:

> "Na presente tese demonstrar-se-á que o acórdão recorrido, ao responsabilizar o Recorrente Jairo Sartoretto pela prática de ato de improbidade previsto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, o fez sem considerar o elemento subjetivo exigido pelo tipo, qual seja: o dolo.
> Tanto a doutrina[205] como a jurisprudência[206] sufragam a tese que para a condenação pelo artigo 11 e incisos da Lei 8.429/92, deve ser manifesto o dolo, isto é, a má-fé, a intenção do agente público de agir de modo ímprobo, desonesto.
> E nem se cogita pudesse outro ser o entendimento, já que da própria dicção do artigo 11, *caput*, da LIA – fundamento pelo qual foi condenado o Recorrente -, sobressai cristalino que *ato de improbidade* não se confunde com mera *irregularidade administrativa,* devendo haver um *plus* na conduta do agente. (...).
> Importa dizer: para fins do art. 11 da LIA (...) não basta a mera irregularidade da conduta verificada sob o ângulo puramente objetivo, sendo imprescindível se perquirir do seu elemento subjetivo, no caso, o dolo.
> A jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça, já de longa data, sufraga este entendimento, como demonstram os seguintes julgados:
>
> I
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESTAÇÃO DE CONTAS FORA DO PRAZO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A AUSÊNCIA DE MALVERSAÇÃO DAS VERBAS PÚBLICAS OBJETO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. NÃO INDICAÇÃO DE FATO QUE DEMONSTRASSE EVENTUAL DOLO.
> [...].

204. O subscritor informa que fora advogado de defesa do Consulente tanto no processo de representação eleitoral que tramitou durante a eleição de 2004, atuando após a interposição do recurso inominado até o TSE, quanto no processo de apelação cível, atuando após a prolação do acórdão condenatório, na defesa junto ao STJ, nos autos de recurso especial referido.

205. Pedro Roberto DECOMAIN, Improbidade administrativa, São Paulo, Dialética, 2007, p. 84/85; Mario PAZZAGLINI FILHO, Lei de improbidade administrativa comentada, São Paulo, Atlas, 2002, p. 56/57; Francisco Octavio de Almeida PRADO, Improbidade administrativa, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 81; José Armando da COSTA, Contorno jurídico da improbidade administrativa, 3 ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 98; Jaime RAMOS, "A exigência de má-fé para caracterização dos atos de improbidade administrativa do art. 11 da Lei 8.429/92", In: Grandes temas de direito administrativo. Volnei Ivo CARLIN (Org.), Florianópolis, Conceito/Millennium, 2009, p. 329/346.

206. Min. Eliana CALMON, 2ª Turma, Resp. 621.415, j. 16.02.07; Min. Humberto MARTINS, 2ª Turma, AgRg Resp. /MG, j. 479.812/SP, j. 02.08.07; Min. Luiz FUX, 1ª Turma, Resp. 797.671/MG, j. 05.06.06; Min. Denise ARRUDA, 1ª Turma, Resp. 802.382/MG, j. 24.06.08; Min. Teori Albino ZAVASCKI, 1ª Turma, Resp. 940.629/DF, j. 16.08.08.

2. O entendimento do STJ é no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). [...]. (AgRg no REsp 1295240/PI, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. em 03/09/2013, DJe 10/09/2013)

II

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA NO CEMITÉRIO LOCAL POR OCASIÃO DO FERIADO DE FINADOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

[...].

3. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

[...].

7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

8. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovido. (AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. em 07/02/2012, DJe 15/02/2012)

Entretanto, a despeito da clareza da matéria, em todo o acórdão recorrido, bem como no que respondeu aos embargos declaratórios, não há em todo o acórdão uma só linha meditando acerca do dolo na conduta imputado ao Recorrente, requisito indispensável para a tipificação do artigo 11, I, da Lei 8.429/92.

O que há é uma descrição objetiva de um fato que, sob a ótica da

> Corte de origem, configuraria improbidade administrativa (divulgação de material impresso com pretensa promoção pessoal), todavia, sem que se tenha feito qualquer associação entre a conduta e o elemento subjetivo doloso exigível na espécie.
>
> (...).
>
> Em assim não o fazendo, o r. acórdão recorrido, com a devida vênia, violou diretamente o art. 11, caput, da LIA, o qual exige reconhecimento inequívoco e expresso de dolo para que possa configurar o ato de improbidade. Sem tal reconhecimento na motivação do aresto, com todas as suas letras, caracterizada está a atipicidade da conduta, não havendo, portanto, fundamento para a aplicação de quaisquer das sanções previstas no art. 12, III, da lei em destaque.
>
> Diante do exposto, que evidencia *error in judicando* no r. acórdão recorrido por violação ao artigo 11, *caput*, da LIA, requer-se, respeitosamente, o provimento do recurso para o fim de ser reconhecida a atipicidade da conduta imputada ao Recorrente, uma vez que ausente a análise do dolo na conduta imputada, elemento indispensável para sua configuração."

11. Ocorre que o que constitui requisito para sanções de improbidade por ato doloso, nos tipos dos artigos 9 e 11 da Lei de Improbidade, para a Lei Ficha Limpa, em futuro processo de registro de candidatura do Consulente, é *fato processual* que deve estar caracterizado na decisão para eventual futura arguição de inelegibilidade que se queira fundada no direito eleitoral e na realidade fenomênica.

12. Lembremos que o acórdão em análise substituiu uma sentença absolutória (artigo 512, do CPC), e é a partir dele que devemos fixar nosso olhar à compreensão dos fatos relevantes, sob o ângulo da lei eleitoral.

13. O aresto em si não afirma, não declara, não reconhece o ato doloso, expressamente, portanto não é conclusivo para se afirmar a prática de ato doloso de improbidade, como vimos. Tanto que apenas afirma em redação imprópria aos fins da inelegibilidade da letra *l*: "Fica demonstrada a real e pura intenção do então prefeito municipal"; "Configurado o ato ímprobo, passa-se a dosimetria"; "Tendo em vista a culpabilidade...". Todavia, não afirma, expressa e insofismavelmente, tenha havido dolo. A simples menção a real e pura intenção, sem dizê-la, culposa ou dolosa, nunca poderá significar, correlatamente, o reconhecimento de dolo. A conduta dolosa deve estar reconhecida em capítulo expresso e peremptório a seu respeito.

14. Insista-se: da narrativa integral do aresto, em nenhum de seus capítulos há ou se pode entender, tenha a condenação havido por "ato doloso de improbidade". O que a nosso ver e da jurisprudência abaixo colacionada, não deixa configurado um dos cinco quesitos para reconhecimento de estado de inelegibilidade do Consulente!

iv) *fracamente demonstrado o quesito de lesão ao patrimônio público*

15. Embora o aresto condene ao ressarcimento – e não pode haver ressarcimento sem a ocorrência de dano efetivo, real, comprovado -, o quesito de lesão ao patrimônio público num primeiro e acrítico olhar se apresenta em face da quantia de R$ 29.500,00 (histórica) cominada a título de indenização ao Consulente. Todavia, há que observar que o aresto, em si, não demonstra o *modus* e a ocorrência da lesão concreta ao patrimônio público. Tanto que sua fundamentação é no artigo 11, e não no artigo 10, da Lei 8.429/92. *Ele presume o dano, mais não o descreve e não o comprova.*

16. Portanto, embora questionável a ocorrência no caso de tal quesito, *há fraco indício de prejuízo ao erário reconhecido na decisão colegiada*, que pode mesmo ser contestado em face de eventual ação de impugnação de registro de candidatura no pleito de 2016. Portanto, *aparentemente presente* esse quesito.

v) *completamente ausente o quesito de enriquecimento ilícito*

17. O quesito do enriquecimento ilícito do agente também não está presente para que o título judicial em comento seja adequado à regra do art. 1º, I, "l", da LC 64/90.

18. Da leitura integral do aresto, se conclui que esta circunstância – enriquecimento ilícito – não está referida e nem mesmo sopesada no acórdão. Nem para o Consulente ou para outrem há referência condenatória relativa a enriquecimento ilícito como ato de improbidade. Sequer se agitam, na exegese do caso, os incisos do artigo 9º, da Lei de Improbidade, que hipotetizam os casos de enriquecimento ilícito.

19. Não havendo na condenação declaração de ocorrência de tal "fato" relevante para a regra proibitiva eleitoral, não é possível enquadrar a situação investigada na letra "l", do inciso I, do artigo 1º, da Lei de inelegibilidades.

Conclusões da consulta e jurisprudência que a referenda

20. E nesta altura é necessário sublinhar. Dos cinco elementos necessários à inelegibilidade pela letra *l*, segundo vimos, apenas dois se encontram presentes (condenação colegiada e suspensão dos direitos políticos) e outros dois se encontram ausentes (ato doloso de improbidade e enriquecimento ilícito) e um se mostra de maneira discutível e defensável em prol do Consulente em eventual processo de registro no pleito de 2016.

Assim, faltando os dois elementos referidos e ocorrendo os três outros, não se pode reclamar inelegibilidade contra o Consulente, pela decisão colegiada do Tribunal de Justiça de SC, tomada nos autos de Apelação Cível em Ação Civil Pública de Improbidade nº 2009.054586-2, pois assim a situação condenatória não se ajusta diante do preceito *l* para fins de fundar eventual e futura arguição de inelegibilidade.

E ademais, tendo em conta justamente o artigo 1º, inciso I, letra "I", da Lei ficha limpa, insta lembrar que leis restritivas de direitos, lei continentes de restrições às liberdades, devem ser interpretadas restritivamente. Isso por conta do velho princípio de interpretação liberal, bem retratado em Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, e Emilio Betti, *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos – teoria geral e dogmática*, trad. Karina Jannini, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

21. A norma eleitoral em foco consagra restrição à elegibilidade, *pressiona*, *restringe*, comprime a liberdade pública assente nos artigos 1º e 14, da Constituição da República, *in verbis*:

> "Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."
>
> "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos"

22. Deste modo não é possível se interpretar o dispositivo legal de modo a estendê-lo ao ponto de se diminuir as exigências rigorosas à caracterização de inelegibilidade no presente caso. Ou seja, a lei eleitoral de inelegibilidade exigindo 05 elementos, e havendo apenas 03 (faltando 02), não poderá haver efeito cerceante do direito fundamental de candidatura. Interpretação contrária, dando por inelegível à presença de somente 03 elementos, seria violante do próprio dispositivo legal eleitoral, que exige 05 requisitos concomitantes, e não apenas 03!

23. Gostemos ou não, o princípio constitucional da separação de poderes e a garantia fundamental da legalidade inibem qualquer ação elastecedora do *moralismo hermenêutico*, que procure corrigir decisão do legislador, elegendo critérios morais, extra Direito positivo, para dilatar a sua vontade ou mesma negá-la[207].

24. Isso não respeitaria os limites da atividade judicial e o círculo de garantias fundamentais em jogo, especialmente a dos direitos políticos fundamentais no que toca à liberdade de candidatura, ao *status activus*; que não pode ficar refém da moralidade *definida arbitrariamente*. O direito fundamental de candidatura, no caso, deve receber interpretação que lhe confira a máxima efetividade possível (J. J. Gomes Canotilho). E permitir tal elastecimento cerceador da liberdade de candidatar-se – inelegibilidade apenas em face de 03 elementos e não dos 05 completos -, em detrimento da concreta positivação do legislador eleitoral, é negar essa força normativa aos direitos fundamentais e curvá-los em face da arbitrariedade hermenêutica do moralista de plantão, seja ele autoridade administrativa ou judicial.

25. Tendo em conta essas razões de fato e de direito, verifica-se, cristalinamente, que a situação retratada na consulta não reúne os cinco elementos definidos no artigo 1º, Inciso I, letra "l", da Lei complementar 64/90, alterada pela LC 135/10, para caracterização de inelegibilidade com base em condenação judicial colegiada por improbidade administrativa.

26. A lei ficha limpa eleitoral exige a presença concomitante dos cinco elementos acima descritos. E mais. *Exige que cada um dos quesitos esteja firmado de maneira clara e insofismável no aresto que embasa a condenação colegiada ou trânsita em julgado*.

27. O conectivo "e", que exige, para o ponto, condenação tanto por prejuízo ao erário quanto enriquecimento ilícito, não pode ser superado para se colocar, em seu lugar, a expressão "ou". A decisão concreta do legislador eleitoral foi essa: *enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, concomitantes, para reconhecer-se a inelegibilidade na hipótese legal em foco, além de ato doloso de improbidade!* Exegese diversa alterará a decisão do legislador, ferirá a separação de poderes e aviltará o

207. Para vermos o fundamento teórico de tais críticas, indicamos o brilhante livro de *Dimitri Dimoulis*, *Positivismo Jurídico – introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 2006, p. 90/94.

princípio da legalidade.

28. Não obstante nossas ponderações encontrarem fundamento na Ciência Jurídica, na lei eleitoral e na tradição do direito em uma sociedade civilizada, é a jurisprudência do TSE, em torno do dispositivo legal em análise, que corrobora o acerto de nossa premissa.

29. Vejamos precedente do TSE no Recurso Ordinário nº 293887, d. 13/12/2010, Relatora Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, p. de 16/12/2010:

> "TSE – ELEIÇÕES 2010. INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA COM BASE NA ALÍNEA L DO INC. I DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90. RECURSO ORDINÁRIO DO CANDIDATO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 E DE SUA APLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES DE 2010. PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO DECORRENTE DE NULIDADE DA LICITAÇÃO. INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSTATAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO RECORRIDO A PARTIR DOS TERMOS DA CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...). RECURSO ORDINÁRIO DO CANDIDATO PROVIDO E DO MINISTÉRIO PUBLICO ELEITORAL NÃO CONHECIDO."
> (...).
>
> 22. A sentença determinou a anulação da licitação tida como fraudulenta, condenando-se, solidariamente, os Réus, entre os quais o ora candidato, a restituírem aos cofres municipais os valores desembolsados pelo Município Catanduvense à empresa Ré para pagamento das obras realizadas antes da licitação.
> Além disso, foram suspensos os direitos políticos de Félix Sahão Júnior por cinco anos.
> (...)
>
> 23. No julgamento da apelação interposta contra aquela decisão (fls. 60-67), o Tribunal de Justiça paulista concluiu que a licitação teria sido indevidamente dispensada e que, nesses casos, o dano ao erário seria inerente à ilegalidade:
> (...)
>
> 24. Os termos taxativos postos na decisão conduzem à conclusão inexorável de não configuração da inelegibilidade prevista na alínea l do inc. I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, pois para que haja a subsunção de fatos àquela previsão há que se somarem a ocorrência de:

a) condenação à suspensão dos direitos políticos;
b) por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado;
c) por ato doloso de improbidade administrativa;
d) que importe em lesão ao patrimônio público; e enriquecimento ilícito.
Na espécie em foco, a improbidade decorreu de afronta aos princípios da administração, da qual resultou dano ao erário, o que se concluiu em decisão judicial colegiada condenatória do ora Recorrente, mas não há, na sentença ou no acórdão, indicação objetiva, precisa ou consistente de enriquecimento ilícito do candidato, ora Recorrente.
(...)

26. Na espécie, o ressarcimento ao Município, imposto solidariamente aos Réus na ação de improbidade, decorreu da nulidade da licitação e não de enriquecimento ilícito do ora candidato, (...)"

30. Em precedente publicado em 14 de abril de 2011, ainda afirmou o TSE, nos autos de Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 3714-50/MG, Relator Ministro Marcelo Ribeiro:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. (...). INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, *l*, DA LC Nº 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. (...). DESPROVIMENTO.
(...).

2. Nos termos da alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, para a incidência da causa de inelegibilidade nele prevista, é necessária não apenas a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado lesão ao patrimônio público, bem como enriquecimento ilícito.
(...).

4. Agravo regimental desprovido. DJE de 15.4.2011."

31. Passados 04 anos, e duas eleições, o TSE permanece no mesmo entendimento:

I
"AgR-RO – Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 292112 - São Paulo/SP – Acórdão de 27/11/2014 – Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES Publicação:

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDI-

NÁRIO. CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. REGISTRO DE CANDIDATURADEFERIDO. SUPOSTA INCIDÊNCIA NA CAUSA DE INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEAS j E l DA LC Nº 64/1990. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A causa de inelegibilidade referida no art. 1º, inciso I, alínea l, da LC nº 64/1990 exige a condenação cumulativa por dano ao erário (art. 10) e por enriquecimento ilícito (art. 9º), sendo insuficiente a censura isolada a princípios da administração pública (art. 11).
(...).

3. As causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente. Precedente.

4. Negado provimento ao agravo regimental."

II
448-53.2014.626.0000 – RO – Recurso Ordinário nº 44853 - São Paulo/SP

Acórdão de 27/11/2014 – Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES

ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL RECEBIDO COMO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO NO TRE. INCIDÊNCIA NA INELEGIBILIDADE REFERIDA NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA l, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. REQUISITOS AUSENTES. PROVIMENTO DO RECURSO. REGISTRO DEFERIDO.
(...).

2. A incidência na causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea l, da LC nº 64/1990 exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

i) decisão transitada ou proferida por órgão colegiado do Poder Judiciário;

ii) condenação por improbidade administrativa na modalidade dolosa;

iii) conduta ímproba que acarrete dano ao erário e enriquecimento ilícito;

iv) suspensão dos direitos políticos;

v) prazo de inelegibilidade não exaurido.

3. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sob fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dog-

mática de proteção dos direitos fundamentais.

4. A incidência na causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea l, da LC nº 64/1990 pressupõe análise vinculada da condenação colegiada imposta em ação de improbidade administrativa, não competindo à Justiça Eleitoral, em processo de registro de candidatura, chegar à conclusão não reconhecida pela Justiça Comum competente.

5. Condenação colegiada por improbidade administrativa decorrente de violação de princípios (art. 11 da Lei nº 8.429/1992). A análise sistemática da Lei de Improbidade revela que a condenação por violação de princípios não autoriza a necessária conclusão de que houve dano ao erário, tampouco enriquecimento ilícito. São condutas tipificadas em artigos distintos e podem ocorrer isoladamente.

6. Não houve enriquecimento ilícito do candidato nem condenação colegiada por dano ao erário, mas por violação de princípios, tampouco há referência expressa aos ilícitos.

7. Não compete à Justiça Eleitoral proceder a novo julgamento da ação de improbidade administrativa, para, de forma presumida, concluir por dano ao erário e enriquecimento ilícito, usurpando a competência do Tribunal próprio para julgar eventual recurso.

8. Recurso provido para deferir o registro."

32. A situação retratada no acórdão do TJ/SC sequer retrata prejuízo concreto; e sequer se refere, ainda que alusivamente, a enriquecimento ilícito do Consulente ou de terceiros. E também, relembremos, sequer houve expresso e insofismável reconhecimento de conduta dolosa, de comportamento doloso de improbidade.

33. De modo que, a justiça eleitoral de Zona e do TRE/SC, no eventual processo de registro de candidatura municipal do Consulente, tendo em conta os específicos dados descritos nesta consulta, deverá seguir o mesmo entendimento que o TSE tem conferido à regra jurídico do artigo 1º, I, letra "l", da LC 64/90 vigente.

IV – RESPOSTA À CONSULTA:

34. Claro restou que a condenação de abril de 2013, consubstanciada no acórdão em referência, do TJ/SC, não se enquadra no artigo 1º, Inciso I, letra "l", da Lei complementar 64/90, alterada pela LC 135/10, não havendo qualquer inelegibilidade fundada a ser arguida

em processo de registro de candidatura, em 2016, com base no título judicial mencionado.

35. E se for proposta a ação de impugnação de registro de candidatura (airc) com base na decisão colegiada de abril de 2013, a justiça eleitoral, haverá de julgá-la improcedente, deferindo o registro de candidatura ao Consulente, segundo a lei e a jurisprudência e as melhores tradições liberais de nossas instituições jurídicas[208].

Salvo melhor juízo, este é o nosso parecer.

Florianópolis, SC, 19 de agosto de 2015.

Ruy Samuel Espíndola

OAB/SC 9189

208. O consulente sofreu impugnação na eleição municipal de 2016, todavia, acatadas as teses do parecer, foi deferido o registro em primeiro grau e confirmado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, através do acórdão n. 31572 de 20.09.16.

CAPÍTULO 8

DISCURSO EM HOMENAGEM AO ELEITORALISTA ADRIANO SOARES DA COSTA

Ilustre Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de SC,

Eminente Conferencista e homenageado, Jurista Adriano Soares da Costa,

Demais eminentes conferencistas deste Congresso de Direito Eleitoral, que se encontram na plateia,

Ilustres Autoridades Públicas presentes neste evento,

Ilustres colegas Advogados, que compõem esta seleta audiência,

Ilustres servidores desta augusta Assembleia,

Ilustrados colegas da Academia Catarinense de Direito Eleitoral, que os saúdo a todos na pessoa de nosso Presidente, Dr. Marcelo Ramos Pellegrino,

Minhas senhoras, meus senhores,

Fui incumbido pelos meus generosos pares da Academia Catarinense de Direito Eleitoral da honrosa tarefa de proferir discurso de homenagem ao eminente Eleitoralista, nacionalmente renomado Advogado, conferencista festejado em todos os seminários de direito eleitoral que foram realizados nos últimos 15 anos no Brasil, Adriano Soares da Costa.

O Mestre Adriano Soares é uma voz de luz e resistência em uma terra árida, seca, sem solo propício para profundas reflexões, a terra que tem constituído nosso Direito Eleitoral, que precisa de verdadeira ciência e cuidado metódico de reflexão e pesquisa.

O Direito eleitoral, como nos ensina o Mestre, está ainda a reboque do que chama de "infantilismo teórico da doutrina eleitoral", que se propõe a abordar o Direito eleitoral a partir da jurisprudência casuística, movediça e insegura do Tribunal Superior Eleitoral, tudo sem lastro científico e sem adequadas raízes constitucionais. Essa dá substância apenas a uma de suas proposições a constituir potente feixe de luz a iluminar o solo árido e desafiador do Direito Eleitoral brasileiro.

Também ele é voz de resistência por que critica fundada, corajosa

e acertadamente desajustes de nossa jurisprudência eleitoral, exageros de nossa legislação e afrouxamentos de nossa doutrina.

E por esta postura independente, como deve caber a um homem livre e defensor da razão, ele foi provado. Como registrou recentemente em post no seu perfil, no facebook, quando iniciou seu périplo de crítica e reflexões no Direito Eleitoral, forças contrárias ao seu pensamento quiseram calar sua voz, ao tentarem, dentro de determinadas instituições, vetá-lo para que fosse ouvido em seminários, em tribunais, em universidades, em locais de reflexão pública sobre direito eleitoral.

Mas a voz de um amante da reflexão, da verdade e da razão, apenas se alimenta no embate de ideias, e torna-se ainda mais forte na medida em que o espírito se aquece na luta, no combate contra o que entende deva merecer o fio cortante de suas concepções ou a voz libertadora de seu pensamento.

Sua persistência crítica, Mestre Adriano, seu constante estudo e reflexão, renderam merecido reconhecimento da classe jurídica nacional, notadamente dos núcleos de reflexão de direito eleitoral em todo o País.

Podemos dizer, sem medo de errar, que temos diante de nós, a maior autoridade da Ciência juseleitoral brasileira. Não só na atualidade, mais de todos os tempos em que estamos a tentar fazer ciência com essa disciplina entre nós. Há um Direito Eleitoral antes de Adriano Soares da Costa e há um Direito Eleitoral depois de sua obra escrita e falada. Seus ensinamentos e seus exemplos fazem escola. Esse que vos fala, é apenas um dos discípulos desse Mestre, assim como muitos que aqui nos ouvem.

A ACADE, como já destacaram nossos ilustres representantes, foi constituída para institucionalizar, em solo catarinense, um espaço acadêmico próprio ao sério e aprofundado estudo e debate do Direito Eleitoral. Debate e estudo fiéis à Ciência Jurídica, como propugna o nosso homenageado, em sua obra prima, *Instituições de Direito Eleitoral* – ouçam, pela minha voz, suas ideias, suas palavras, como foram grafadas nas emolduradas páginas desse livro inspirador:

> "O Direito Eleitoral reclama que se faça ciência. Que os seus institutos sejam levados a sério. Necessita que os seus conceitos jurídicos fundamentais, como elegibilidade e inelegibilidade, não sejam maltratados como se fossem vazios, sem conteúdo, apenas como artefatos de retóricos para sustentar qualquer tese casuística,

> qualquer bandeira política de momento. Por isso, fazer ciência no Direito Eleitoral tornou-se uma postura revolucionária: significa tratar a Constituição e os direitos fundamentais com seriedade, com respeito, com metódica preocupação científica, estudando um objeto que se põe para ser compreendido dentro do discurso intersubjetivo público e partilhado." (p. 16)
>
> E diz ainda nosso Mestre Adriano:
> "O papel da doutrina, não é de tentar sobrepor-se ao ordenamento jurídico, tentando criar conceitos que adulterem o seu conteúdo, os seus institutos e as suas proposições prescritivas." (p. 16).
>
> E além, pontua:
> "Em um universo de conceitos jurídicos vazios, em que a doutrina se despede de fazer o seu mister, fica a jurisprudência livre para usar os conceitos normativos de qualquer modo (...). Com isso, até mesmo a inelegibilidade deixa de ser sanção para ser um ´sabe-se-lá-o-quê´. É ainda [na jurisprudência] onde mais nitidamente se percebe o terrível vazio normativo decorrente do vazio teórico: os institutos jurídicos passam a ser usados de qualquer modo e jeito para atender a quaisquer fins e bandeiras. Há apenas, como consectário disso, a irracionalidade jurídica, o decisionismo voluntarista e uma crise da segurança jurídica."

Nosso homenageado é da culturalmente rica região do Brasil, o Nordeste, que já tantos valores intelectuais deu ao País, como Raquel de Queiroz e Gilberto Freire, e no Direito, Clóvis Bevilacqua e Ruy Barbosa, para ficarmos em pequena cifra da grande safra de talentos que o Nordeste nos deu. É do mesmo estado em que nasceu seu mestre (também nosso mestre), Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Alagoas.

Advogado militante em todos os foros e graus da justiça eleitoral brasileira e da justiça comum, foi juiz de direito, procurador-geral do Município de Macéio, três vezes Secretário de Estado em Alagoas. É sócio de Motta e Soares Advogados Associados e Presidente do Instituto de Direito Público e Político. É autor de importantes obras jurídicas, merecendo destaque, sobretudo, sua obra já referida, *Instituições de Direito Eleitoral*, já em nona edição, editora Fórum e seu blog "Direito Eleitoral – *Adriano Soares da Costa*" – blog esse citado, inclusive, em julgamentos sobre a aplicação e constitucionalidade da lei da ficha limpa, notadamente em votos do Ministro Celso de Mello, do STF.

Ao meu sentir, penso que entre tantas reflexões e luzes de nosso homenageado, há uma que sublinha a natureza crítica de seu pensamento; o viés precípuo de sua preocupação com a cientificidade do di-

reito eleitoral; com o ânimo feliz de escoimá-lo de inúmeras ideologias (in)jurídicas que o tem feito prisioneiro da falta de ciência, da falta de fundada teoria e da falta de metódica adequada à compreensão e aplicação do Direito Positivo Eleitoral e dos seus basilares e cardeais institutos de dogmática jurídica.

Entre essas luzes destaco, como já fiz em textos de minha lavra, as suas reflexões sobre o que chama Mestre Adriano de "moralismo eleitoral". Sua voz crítica sobre esse tema é demais esclarecedora, e, com meu timbre, vou aqui reproduzi-la, para aquilatarmos do acerto, felicidade e justiça que faz a ACADE, ao instituir, em sua homenagem, a medalha honorífica Adriano Soares da Costa, para distinguir, em solo barriga-verde, as autoridades e estudiosos do direito eleitoral que representem o progresso das ideias e a fieldade à Constituição, à Democracia Constitucional e aos direitos políticos fundamentais de candidatura e voto.

As palavras que lerei ao auditório, muito significativas e muito apropriadas para esse ambiente institucional, dentro dessa Assembleia Legislativa, casa da representação popular, mostram o vigor de um homem empenhado em defender a República, a Constituição, a Democracia e as Liberdades Políticas, como poucos, em nossa história, conseguiram fazer – disse nosso Mestre:

> "Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de "moralismo eleitoral", um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e – o que é tanto pior! – sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do "*fichalimpismo*", o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua.
>
> *Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instauração de uma democracia sem votos, sem eleitor*. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de

uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno burguês.

É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecer a própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais .

O moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justiçamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas.

Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. *O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo.*

Mas o hipermoralismo eleitoral *não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada*. Este é o ponto: *estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular,*

> *conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica*. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade." (Instituições de Direito Eleitoral, 9 ed., Fórum, p. 16-17).

Por certo que teríamos muito mais a destacar, na vida e obra de nosso homenageado, que ainda em sua jovem vida, não alcançou 9 lustros, perfazendo-os apenas em 17.11.2014. Jovem e rica vida. Jovem e modelar vida, como foi a vida jovem e precoce de seu Mestre, Pontes de Miranda, este, aos dezesseis e aos dezenove anos, já produzira dois livros elogiados por Ruy Barbosa.

A medalha, com seu nome, ousa e revoluciona, em um só movimento.

Ousa porque toma o nome de ilustrada e honrada pessoa viva, com muito produzido e muito a produzir, para servir de símbolo honorífico a figuras que serão mais velhas (em tempo de vida terrena) ou mais jovens do que nosso homenageado. O lugar comum é honrar, com tal medalha, o nome de pessoas há muito falecidas, cujos feitos foram conhecidos e consolidados, como é a medalha "Ruy Barbosa", conferida pela OAB Nacional à autoridades da advocacia, ou a medalha de nossa Seccional de SC, a "João Batista Bonassis".

Revoluciona porque toma uma fundada e autorizadíssima voz crítica, um teórico de escol, um advogado experimentado e respeitado em todo o País, cujo pensamento próprio é disseminado em letras de forma ou de viva voz por toda a nação; uma personalidade referencial; um caráter modelar e um espírito reluzente de verbos e ação.

Com a "medalha Adriano Soares da Costa", quer a ACADE fazer uma homenagem e uma meta-homenagem.

A homenagem é a pessoal, datada e concreta à pessoa de nosso inexcedível e único Adriano Soares da Costa, por todos os predicados que salientei e pelo pensamento que sublinhei.

A meta-homenagem é que, elegendo Adriano Soares da Costa como o modelo, o paradigma de estudioso, de jurista, de pensador do Direito Eleitoral, para ser "o símbolo medular" das futuras homenagens às personalidades que serão honradas com tão enobrecente medalha, a ACADE presta uma homenagem ao Direito Eleitoral, e um preito de esperança de que, com o seu esforço da academia e o

de homens imbuídos com o espírito de Adriano, edificaremos um direito eleitoral que prestará homenagem e continência à Constituição da República, ao seu sistema de direitos fundamentais, notadamente aos direitos fundamentais de voto e de candidatura, pedras angulares da democracia representativa, bifaces indissociáveis de uma verdadeira soberania popular.

Essas eram as palavras que gostaríamos de registrar, nos anais da história, neste momento, em representação de voz da ACADE, pela legitimação de nossos generosos pares.

Obrigado!

Florianópolis, SC, ALESC, 26 de junho de 2014.

Os 08 textos reunidos nesse livro – intitulado Direito Eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura - constituem artigos, discurso e parecer produzidos nos últimos 8 anos, tendo em conta o cenário do Direito Eleitoral brasileiro e os seus pontos de concretização (ou negação) dos direitos fundamentais de voto e de candidatura. Neles, para além da análise dogmática do Direito Positivo Eleitoral e dos Direitos Fundamentais Políticos, ressoa uma visão crítica da jurisprudência e da legislação eleitoral. Em alguns estudos sugerimos a necessária alteração de regras da legislação ou de teses da jurisprudência.

O fio condutor de todos tem duas extremidades que os une nessa obra: - uma o discurso de defesa e o ânimo de contribuir com a máxima efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura, direitos que são a condição de protetividade de todos os demais direitos fundamentais (Néviton Guedes); - outra a crítica ao moralismo eleitoral (Adriano Soares da Costa), que tem propugnado, sem o confessar, uma democracia sem votos, sem representação popular, no qual se marginalizam candidaturas, se infantilizam eleitores e se demoniza a democracia representativa e que faz do Juiz Eleitoral o novo "rei filósofo de Platão", que escolhe, no lugar do colégio de eleitores, quem deverá (ou quem não deverá) dirigir as cidades.

HABITUS
EDITORA

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-88283-54-1
9 788588 283541