



**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA  
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
EM DIREITO – MESTRADO**

**MARÍLIA MEDEIROS PIANTÁ**

**PARÂMETROS DECISIONAIS PARA RECONHECIMENTO DE  
INELEGIBILIDADES**

Porto Alegre  
2019

**MARÍLIA MEDEIROS PIANTÁ**

**PARÂMETROS DECISIONAIS PARA RECONHECIMENTO  
DE INELEGIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Porto Alegre

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pela autora.

Medeiros Piantá, Marília

Parâmetros decisoriais para reconhecimento de inelegibilidades / Marília Medeiros Piantá. -- Porto Alegre 2019.

132 f.

Orientador: Francisco José Borges Motta.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2019

1. Democracia Decisão Judicial Inelegibilidades. I. Borges Motta, Francisco José, orient. II. Título.

**MARÍLIA MEDEIROS PIANTÁ**

**PARÂMETROS DECISIONAIS PARA RECONHECIMENTO DE  
INELEGIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

A dissertação foi \_\_\_\_\_ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota \_\_\_\_\_.

Examinado em \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

Banca Examinadora

---

Professor Francisco José Borges Motta  
Doutor em Direito  
Presidente e Orientador

---

Professor Maurício Martins Reis  
Doutor em Direito  
Examinador

---

Professor Rafael Da Cás Maffini  
Doutor em Direito  
Examinador

*Dedico a dissertação a minhas filhas, nelas encontrei forças para  
superar todos os momentos difíceis ao longo da pesquisa.  
Amo Amo vocês, Bruna e Clara.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, com muita admiração e carinho pela orientação. Pessoa incrivelmente humilde, disponível, sincera, inteligente. Por um mundo com mais Chicos!

Ao amigo Rodrigo López Zilio, que muito me encorajou nesta empreitada e, com seu conhecimento e amizade, ajudou a construir este trabalho.

Ao “chefe”, colega e amigo Rogério da Silva de Vargas, pelo incentivo, auxílio, conhecimento e apoio institucional.

À minha família (Sandro, Bruna, Clara e Susete), sem vocês nada disso teria sentido e, sem vocês, não teria conseguido.

Aos meus amigos, colegas do TRE/RS e do mestrado, que me aguentaram durante esses dois anos.

À Professora Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger, simplesmente porque, como sempre digo: tudo em uma pessoa só.

## RESUMO

O presente trabalho propõe parâmetros decisórios para o reconhecimento de inelegibilidades no Brasil, tendo como premissa o Estado Democrático de Direito. Lança mão do método dedutivo e parte do marco teórico substancialista representado por Ronald Dworkin, além de critérios específicos da seara eleitoral, para estabelecer os passos a serem trilhados pelo julgador para dar uma resposta constitucionalmente certa e adequada ao direito fundamental à elegibilidade, de forma a manter a coerência e integridade do sistema e evitar o decisionismo. O exame perpassa pela compreensão do que se entende por democracia constitucional e do estudo das principais teorias acerca da garantia dos direitos fundamentais e a jurisdição constitucional. Investigam-se as tendências atuais do constitucionalismo acerca do *locus* do julgador em relação aos demais poderes, catalogados pela doutrina como ativistas e deferentes. Procede-se ao exame relativamente ao modo como a jurisdição eleitoral deve pautar sua atuação, de acordo com as suas especificidades, e investigam-se as posturas que a Justiça Eleitoral deve assumir diante de questões que envolvam a cassação de mandatos obtidos soberanamente nas urnas, e diante de demandas nas quais delibera acerca daqueles que poderão ser submetidos ao sufrágio universal. Após analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, alinham-se como parâmetros específicos para o reconhecimento de inelegibilidade, a sua lesividade em relação ao bem jurídico protegido constitucionalmente, a responsabilidade do candidato e a segurança jurídica, por meio da vedação de virada jurisprudencial há menos de um ano da eleição.

**Palavras-chave:** Democracia. Decisão Judicial. Inelegibilidades.

## ABSTRACT

The present work proposes decisive parameters for the recognition of ineligibility in Brazil, based on the Democratic Rule of Law. It uses the deductive method and part of the substantialist theoretical framework represented by Ronald Dworkin, as well as specific election criteria, to establish the steps to be taken by the judge to give a constitutionally correct and adequate response to the fundamental right to eligibility, in order to maintain the coherence and integrity of the system and avoid decisionism. The examination goes through the understanding of what is meant by constitutional democracy and the study of the main theories about the guarantee of fundamental rights and constitutional jurisdiction. The current trends of constitutionalism about the locus of the judge in relation to the other powers, cataloged by the doctrine as activists and deferent, are investigated. The article examines the way in which the electoral jurisdiction should base its action, according to its specificities, and examines the positions that the Electoral Justice must take in the face of issues involving the cancellation of mandates obtained sovereignty at the ballot box, and before demands in which it deliberates on those who may be subject to universal suffrage. After critically analyzing the decision of the Federal Supreme Court, which recognized the constitutionality of Complementary Law no. 135, dated June 4, 2010, are aligned as specific parameters for the recognition of ineligibility, their harmfulness in relation to the constitutionally protected legal good, the applicant's liability and legal certainty, by prohibiting a jurisprudence turn less one year from the election.

**Keywords:** Democracy. Judicial decision. Ineligibilities.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO ELEITORAL.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1 Democracia.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 Teorias do Constitucionalismo Democrático.....</b>	<b>28</b>
2.2.1 Originalismo.....	31
2.2.2 Procedimentalismo.....	32
2.2.3 Substantivismo.....	35
<b>2.3 Jurisdição Eleitoral.....</b>	<b>41</b>
2.3.1 Ativismo judicial.....	43
2.3.2 Autorrestrição ou autocontenção judicial.....	47
2.3.3 Atuação da jurisdição eleitoral.....	50
2.3.4 Papel preventivo e repressivo da jurisdição eleitoral.....	51
<b>3 A FICHA LIMPA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1 Histórico Constitucional das Inelegibilidades até a Emenda Constitucional de Revisão n. 04/1994.....</b>	<b>54</b>
<b>3.2 A Ficha Limpa e a Interpretação do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>66</b>
<b>4 PARÂMETROS DECISIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DE INELEGIBILIDADES.....</b>	<b>88</b>
<b>4.1 Parâmetros Específicos.....</b>	<b>90</b>
4.1.1 Correspondência entre a inelegibilidade e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente.....	93
4.1.2 Responsabilidade do candidato.....	102
4.1.3 Segurança Jurídica por meio da vedação de virada jurisprudencial a menos de um ano da eleição - o art. 16 da Constituição Federal.....	106
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>118</b>
<b>6 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>124</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estabelecer parâmetros decisoriais para o reconhecimento de inelegibilidades no Brasil, tendo como premissa o Estado Democrático de Direito.

Por meio do método dedutivo, a partir do marco teórico substancialista representado por Ronald Dworkin, especialmente pela diferenciação que o autor faz, na interpretação constitucional, entre argumentos de princípio e de política, além de critérios específicos da seara eleitoral, a exposição de um *iter* decisoriais tenciona auxiliar o julgador na difícil tarefa de julgar e dar a resposta correta e constitucionalmente adequada ao binômio direito fundamental à elegibilidade e democracia.

A partir da premissa da consolidação do Estado Democrático de Direito, do Estado Constitucional, o exame da tensão entre o constitucionalismo e democracia remete à investigação de respostas às seguintes perguntas: Pode o juiz decidir conforme a sua visão de mundo? É dado ao juiz apreciar questões de tamanha complexidade consoante sua opinião pessoal? E, afinal, quais seriam os limites para o exercício dessa atividade? Como deve ser equilibrada essa tensão? De que forma pode ser resolvida a equação democracia e direito fundamental à elegibilidade? Quais os parâmetros que devem nortear o julgador para reconhecer restrições à elegibilidade? Como essas decisões impactam na democracia?

O primeiro capítulo busca tecer considerações prévias sobre o conteúdo do que se entende por democracia, apontando para o consenso de ser ela o regime político dotado de capacidade de afastar governos autoritários. Ao mesmo tempo, procura-se demonstrar o dissenso quanto à abrangência desse fenômeno multifacetado denominado democracia.

Democracia pode ser compreendida como um arranjo que não dispensa mecanismos de participação como sustenta Paulo Bonavides. Como uma enorme teia multidimensional na abordagem de Robert Dahl. Também pode ser vista sob um viés procedimental como desenvolvida por Norberto Bobbio, ou tida como um fenômeno que envolve a parceria entre todos os membros da comunidade na forma defendida por Ronald Dworkin, ou assumir uma faceta deliberativa como em Jürgen Habermas. Ainda, entre nós, na dicção de Luís Roberto Barroso, a democracia contemporânea pode ser visualizada sob diversas dimensões.

Para os fins da presente investigação, adota-se o conceito de democracia como sendo aquela que compatibiliza a defesa e a proteção de um procedimento que garanta a livre e igual participação do povo na escolha de seus representantes e seja possível reconhecer e

tutelar direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de ocasional maioria. É o que se denomina de democracia constitucional.

A Constituição de 1988 incorpora duas marcas: amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, com força normativa e axiológica e, ao mesmo tempo, ascensão da jurisdição constitucional.

Em face das disputas interpretativas a respeito da jurisdição constitucional, ou seja, no sentido de encontrar a melhor forma de harmonizar a garantia dos direitos fundamentais com os valores democráticos, surgiram as teorias do constitucionalismo democrático. Assim, avança-se no estudo das linhas gerais do procedimentalismo e do substancialismo, na dicção de seus principais expoentes, com o propósito de demonstrar se são excludentes ou podem ser conciliadas.

A doutrina procedimentalista, cujos maiores defensores são John Hart Ely e Jürgen Habermas, sustenta cumprir ao Poder Judiciário a garantia da ampla participação de todos no processo democrático, nos processos políticos, incluindo e protegendo as minorias. Tanto Habermas como Ely visualizam limites à função jurisdicional, na medida em que não seria legítimo aos Tribunais estabelecerem os valores substantivos a serem observados pelo legislador.

Já a teoria substantivista ou moralista, como a própria denominação sugere, dialoga com a moral e é defendida por Ronald Dworkin, Jorge Reis Novais e Luís Roberto Barroso.

Em relação à jurisdição constitucional, Dworkin sustenta o instituto da judicial review com o intuito da proteção das liberdades individuais e dos princípios morais insculpidos na norma constitucional, ainda que signifique uma decisão contramajoritária.

Os direitos fundamentais despontam como trunfos contra a maioria. Dworkin concebe a teoria da leitura moral da Constituição, tendo como alvo a resolução dos casos controversos, partindo do conceito de igualdade, no sentido de assegurar igual consideração e respeito a cada um, em um Estado de Direito centrado na legalidade, na integridade, em decisões jurídicas construída em princípios, de forma a harmonizar os conceitos de democracia e jurisdição constitucional, que não estão em linha de colisão e tensão.

Jorge Reis Novais verifica a existência de tensão entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional e oferece solução no sentido de que deva ser assegurada a força de resistência dos direitos fundamentais.

Conforme Luís Roberto Barroso, a jurisdição constitucional deve agir contramajoritariamente para proteger os direitos fundamentais, porque não admitem violação pela regra da maioria e para salvaguarda das regras do jogo democrático e dos canais de atuação política dos cidadãos.

Pretende-se demonstrar, diante das teorias do constitucionalismo democrático, não haver necessariamente oposição entre os procedimentalistas e substancialistas, mas sim, complementaridade.

No Brasil, cumpre à Justiça Eleitoral dizer quem pode ou não disputar a preferência do eleitorado, ou seja, é a responsável pelo exame da adequação constitucional das restrições à elegibilidade.

Daí a importância de estudar as posturas que a jurisdição eleitoral pode assumir no enfrentamento dos casos envolvendo a harmonização do direito fundamental a disputar mandato eletivo e a democracia: a primeira delas, sinaliza uma atuação ativa do juiz, o que se tem denominado de ativismo judicial; a segunda, sustenta um atuar deferente, contido, ao que se chamou na doutrina de autorrestrição judicial.

Ao depois, procede-se ao exame de como a jurisdição eleitoral deve pautar sua atuação, de acordo com as suas especificidades e verificam-se os diferentes contextos e posturas que a Justiça Eleitoral deve assumir diante de questões que envolvem a cassação de mandatos obtidos soberanamente nas urnas e em face de demandas nas quais delibera acerca daqueles que poderão ser submetidos ao sufrágio universal.

O segundo capítulo pretende analisar, tendo como pano de fundo a proposta teórica de Ronald Dworkin, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, sob as perspectivas de um modelo de democracia constitucional substantiva, tendo como eixo os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, em uma comunidade em que cada componente mereça igual consideração e respeito e uma teoria da interpretação constitucional estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, de forma coerente e mediante critérios objetivos.

Serão definidas as principais diferenças entre inelegibilidades, condições de elegibilidade e direitos políticos para, na sequência, ser trazida a evolução histórica acerca da matéria nas Constituições Federais do Brasil, desde a Imperial até a Emenda Constitucional

de Revisão n. 4 de 1994, que acrescentou as expressões: a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato ao texto constitucional, com o propósito de pontuar o contexto histórico quando do surgimento das novas restrições à elegibilidade previstas pela Lei Complementar n. 135/2010. Ainda no capítulo dois, investigam-se os principais argumentos que sustentaram o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, quando o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de obstaculizar o registro de candidatura daqueles que estivessem respondendo a processos criminais sem condenação com trânsito em julgado.

Objetiva-se demonstrar que essa tônica moralizadora que justificou a constitucionalidade da Ficha Limpa, corresponde ao que Ronald Dworkin denominou de argumentos de política, que se prestam a fundamentar uma decisão política e não jurídica, porque tutelam objetivo da comunidade como um todo. A decisão jurídica deve ter por escopo argumentos de princípio na dicção de Dworkin, pois apenas esses são hábeis a legitimar e justificar o respeito aos direitos do indivíduo. Prevaleram, assim, argumentos de política na interpretação constitucional, violando os direitos políticos fundamentais.

No terceiro capítulo, alinham-se os parâmetros decisoriais à caracterização das inelegibilidades no Brasil, assumindo como fio condutor a doutrina de Ronald Dworkin e a aproximação para realidade brasileira dos princípios da interpretação constitucional professados por Lenio Luiz Streck, que traduzem à realidade brasileira os critérios que devem conter uma decisão jurídica para dar uma resposta constitucionalmente adequada, de forma a manter a coerência e integridade do sistema e evitar o decisionismo.

De outro vértice, a proposta dos parâmetros pretendem contribuir à prolação de uma decisão jurídica adequada e fundamentada, sem que se possa desprezar a adoção de outros critérios gerais de interpretação, como é o caso do princípio da proporcionalidade, na sua conformação em subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Como parâmetros gerais, adota-se a perspectiva sustentada por Lenio Streck, quanto ao direito a uma resposta adequada ser aquela em que respeitada a autonomia do direito, evitada a discricionariedade, com observância à coerência e à integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação.

Como parâmetros específicos para o reconhecimento de inelegibilidades, alinham-se: a) a correspondência entre a inelegibilidade e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente (art. 14, §9º CF); b) a responsabilidade do candidato; c) a

segurança jurídica, por meio da vedação de virada jurisprudencial há menos de um ano da eleição.

Assim, seguidos os parâmetros gerais e específicos, espera-se que a prestação jurisdicional corresponda ao que se entende por resposta certa e adequada constitucionalmente. Também a observância de um *iter* decisional, pretende estabelecer o controle da fundamentação das decisões judiciais que impactam decisivamente no Estado Democrático de Direito, na democracia representativa e nos direitos fundamentais.

## **2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO ELEITORAL**

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e adota como fundamentos, dentre outros, a soberania popular e a cidadania. A concepção do que seja um Estado Democrático de Direito remete à defesa dos direitos fundamentais em uma sociedade plural que elegeu a República como forma de governo, e a democracia como a ferramenta por meio da qual os representantes exercem o poder, eleitos que são, para exercerem mandatos temporários, mediante a realização de eleições periódicas.

No Brasil, cumpre à Justiça Eleitoral dizer quem pode ou não disputar a preferência do eleitorado, ou seja, é a responsável pela interpretação do direito fundamental à elegibilidade.

Diante dessas assertivas, torna-se imperioso examinar a compreensão das principais vertentes doutrinárias acerca do conceito de democracia, sua evolução histórica até o estágio atual da democracia constitucional. Hodiernamente, o modelo de democracia no Brasil deve ser aquele que harmoniza os direitos individuais com a majoritariedade, o que tem sido construído, preferencialmente, com o auxílio de Cortes Constitucionais. Daí a importância de verificar como tem sido exercido, pelos juízes, esse papel de revisão e controle da vontade majoritária – a jurisdição constitucional.

Na sequência, é necessário avançar no estudo das teorias que se formaram a respeito de como harmonizar a garantia dos direitos fundamentais com os valores democráticos. Ou seja, de que forma a jurisdição constitucional deve atuar para conciliar a defesa dos direitos fundamentais, da soberania popular e da democracia. Para tanto, serão trazidas as linhas gerais do procedimentalismo e do substancialismo, na dicção de seus principais expoentes, com o propósito de demonstrar se são excludentes ou podem ser conciliadas.

Serão investigadas as duas tendências atuais do constitucionalismo que pretendem estabelecer os limites de atuação da jurisdição constitucional quando da definição do conteúdo dos direitos fundamentais: a primeira delas, aposta em uma postura ativa do juiz, o que se tem denominado de ativismo judicial; a segunda, sustenta um atuar deferente, contido, ao que se chamou na doutrina de autorrestrição judicial. Depois, proceder-se-á ao exame do modo como a jurisdição eleitoral deve pautar sua atuação, de acordo com as suas

especificidades, examinando-se os diferentes contextos e posturas que a Justiça Eleitoral deve assumir, diante de questões que envolvem a cassação de mandatos obtidos soberanamente nas urnas e diante de demandas nas quais delibera acerca daqueles que poderão ser submetidos ao sufrágio universal.

## **2.1 Democracia**

O primeiro passo demanda considerações prévias sobre o conteúdo do que se entende por democracia, cuja importância a Constituição Federal de 1988 evidencia desde seu art. 1º, que concebe o Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo por fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Apesar de haver consenso no sentido de ser a democracia o regime político capaz de afastar governos autoritários, sobre o seu conteúdo há dissenso doutrinário, o que adiante será objeto de análise. Desde a Grécia até os tempos atuais, o conceito de democracia permanece em constante mutação e construção.

Marcelo Cattoni, ao comentar o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, menciona que até Alexis de Tocqueville, democracia significava o governo de muitos, o governo da maioria ou mesmo o governo dos pobres, normalmente julgada de forma negativa (CATTONI, 2013).

Mas o autor adverte que na virada dos séculos XIX e XX, na Alemanha, Áustria e Rússia, em face da queda das Monarquias resistentes (Jellinek), Kelsen apresenta uma nova classificação de democracia, no sentido de distingui-la da autocracia, afirmando não poder ser desvinculada de seus conceitos essenciais – que não guardam compatibilidade com regimes autocráticos – mas sim, ao contrário, uma democracia tem como pressuposto uma sociedade de iguais, capazes de debater e decidir sobre os rumos de sua liberdade (KELSEN, 2000, p. 183). Democracia seria aquela forma de governo na qual, os próprios destinatários das normas, participam de sua produção. Conforme o grau de participação dos cidadãos na elaboração das leis, poderia o governo ser considerado democrático ou autocrático.

Contemporaneamente, o conceito de democracia não se resume apenas a questões de natureza política, mas sim, questões sociais. Todo o poder emana do povo, que o



exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988). É a prescrição em nossa Constituição Federal que remete à democracia representativa, ou seja, a participação do cidadão em eleições periódicas para escolha de representantes.

Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

O exercício da democracia indireta ou representativa repousa em um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, sendo que esta, realizada periodicamente, pode seguir técnicas diferentes. A democracia representativa sempre se acha consubstanciada em um processo técnico de escolha de pessoas para que exerçam o poder em nome do povo, quando, então, esse participa da formação da vontade do governo e do processo político. Não se pode falar em representação sem eleição, que nada mais é do que expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política, gerando para o eleito o mandato político representativo (FERRARI, 1997, p. 217).

Geraldo Ataliba assevera que a garantia da soberania popular é efetivada por meio da representação política e os meios de controle em relação aos mandatários:

[...] os exercentes da função pública, no regime republicano, fazem-no a título de representantes da comunidade ou do povo. Este elege, como representantes seus, certos cidadãos, que governam em nome do povo (entendida a expressão povo, juridicamente, como conjunto dos cidadãos de um estado. Ao fazê-lo tem que realizar sua vontade e concretizar seus desígnios. Estes são, conforme a importância dos valores popularmente consagrados, na Constituição ou nas leis (ATALIBA, 1985, p. 63-64).

Contudo, o regime democrático representativo vivencia crise sem precedentes, não se mostrando capaz de corresponder às exigências substantivas de defesa e garantia dos direitos e garantias fundamentais.

José Luiz Bolzan de Moraes aponta para o fenômeno da desdiferenciação de propostas e da desidentificação de candidaturas (MORAIS, 2011):

[...] conduzindo o cidadão a um processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes - as eleições, uma vez ausente qualquer competição eleitoral efetiva ou, por outro lado, em razão do descrédito em relação à política como instrumento capaz de responder adequadamente aos interesses sociais, ou, ainda, pela desconfiança relativamente à política e seus atores como ambiente e sujeitos **acima de qualquer suspeita** (MORAIS, 2011, p. 71-72) (Grifo do autor).

Raymundo Faoro denuncia a ausência de representatividade dos exercentes de mandatos eletivos que, quando assumem o poder, fazem opções pessoais, desvirtuadas do

necessário interesse público. Há uma mistura entre o setor público e privado:

Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como técnica de operação da economia (FAORO, 2001, p. 823-824).

José Murilo de Carvalho, da mesma forma, aponta para a ineficácia do sistema representativo para corresponder aos anseios da população, pois no Brasil há uma espécie de esquizofrenia política: ao mesmo tempo em que a população não confia na classe política, entrega seu voto em troca de favores pessoais e os membros do Legislativo envolvem-se nas campanhas dos candidatos ao Executivo, com o objetivo de capitanear recursos e cargos para oferecer aos seus eleitores (CARVALHO, 2013, p. 221-224). Nesse círculo vicioso, a garantia dos direitos fundamentais não encontra guarida.

De qualquer sorte, importa registrar que a democracia é um fenômeno multifacetado. Assim, pode ser entendida como algo que não dispensa mecanismos de participação como sustenta Paulo Bonavides. Como uma enorme teia multidimensional na abordagem de Robert Dahl. Ainda admite uma concepção procedimental como a desenvolvida por Norberto Bobbio.

Também pode ser compreendida como um fenômeno que envolve a parceria entre todos os membros da comunidade na forma defendida por Ronald Dworkin ou assumir uma faceta deliberativa na forma concebida por Jürgen Habermas. Entre nós, na dicção de Luís Roberto Barroso, a democracia contemporânea pode ser visualizada sob diversas dimensões.

Para compreender a evolução e o atual sentido da democracia constitucional, como sendo o modelo político que melhor oferece respostas para a salvaguarda dos direitos individuais, das liberdades e dos direitos sociais, serão trazidas, em linhas gerais, os diferentes enfoques acerca do tema, consoante o pensamento de cada um dos autores mencionados acima.

Assevera Bonavides, que a democracia, nos países periféricos, pressupõe dois requisitos:

[...] primeiro uma fé pertinaz nos seus valores e, segundo, um contínuo exercício, cousas que têm faltado com frequência aos homens públicos e lideranças políticas, constituindo assim o círculo vicioso da aparente inviabilidade do regime democrático, oscilante entre os intervalos da liberdade e as irrupções do autoritarismo (BONAVIDES, 1987, p. 248).

Bonavides conceitua democracia como:

[...] aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo” (BONAVIDES, 1993, p. 13).

Para ele a consecução da democracia participativa não prescinde da concretização de procedimentos que mesclam a participação popular como instância decisória, de um lado, e, de outro, os órgãos e instituições de controle constitucional. Dessa forma, “[...] reside a essência desse figurino de constitucionalidade que há de ser o mais democrático, o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia emancipatória do futuro dos países periféricos” (BONAVIDES, 2003, p. 25).

Bonavides, assim como inúmeros autores, há muito denunciam a crise da democracia representativa vivenciada no Brasil, diante da pouca (ou nenhuma) confluência entre a vontade do representante com as práticas desempenhadas pelos representados. Além disso, a proliferação de legendas partidárias, despidas de programas com agendas propositivas, tem causado desinteresse da população em assuntos políticos.

Raymundo Faoro aponta para a incolumidade do domínio do patronato político sobre a nação, apesar da implementação de uma ideologia liberal e democrática:

A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na tradição aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessária, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupados com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. **A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou** (FAORO, 2001, p. 837) (Grifo nosso).

Daí a proposição de Bonavides da implementação da democracia participativa, cujo eixo está na soberania popular. A democracia não existe sem participação, que se perfectibiliza pela adoção de instrumentos que promovam a manifestação direta do povo.

A democracia participativa, assim, tem o povo como titular do poder, ainda que não se possa abrir mão da forma representativa, que assume o papel de complementaridade. Por ocasião do referendo sobre armas de fogo, ocorrido em 23 de outubro de 2005, Bonavides declarou que:

Se repetirmos mais vezes o espetáculo de cidadania em que o povo soberano decide sobre os seus direitos, a sua liberdade e o seu compromisso com a ética, com a honra das instituições e com a proteção do interesse público, estaremos fundando a escola superior da democracia. Nela, o povo já se matriculou, prestando exame em 23 de outubro passado, quando obteve nota máxima de aprovação. Que não use, pois, o Congresso da competência privativa que tem de autorizar referendo e convocar plebiscito para fechar, por omissão de iniciativa, aquele estabelecimento da cidadania, no qual o elemento popular aprende a governar e a exercer de forma direta, límpida e eficaz o poder soberano, que é unicamente seu, e não das elites que se corromperam. Acerca do referendo passado, ele teve ainda a virtude e o significado de mostrar como o argumento que ontem invalidava a democracia direta e se prendia à impossibilidade material de concretizar o sonho democrático de Rousseau, volvido para a adoção integral do modelo ateniense, já não prevalece em nossos dias. Em verdade, com a urna eletrônica, em plena idade da informática, é de todo possível passar da democracia direta de uma cidade, como fora a democracia de Atenas na Grécia, à democracia também direta de um país como o nosso, de oito milhões e meio de quilômetros quadrados e com mais de cem milhões de eleitores em pleno exercício da cidadania. O futuro pertence, pois, à democracia participativa. O referendo de 23 de outubro foi a sua pedra fundamental (BONAVIDES, 2005).

O plebiscito, o referendo e a iniciativa popular deveriam ser utilizados, nas palavras de Bonavides, como mecanismos potencialmente aptos a viabilizarem a participação do povo em matérias relativas a direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, legitimando a produção da norma e o exercício da soberania popular.

A democracia, assim, assume a faceta de direito, idêntica noção concebida por Robert Dahl, que trouxe o conceito de poliarquia, como adiante será abordado. O cientista político e professor emérito da Universidade de Yale aduz que desde a Antiguidade os homens tentam adotar um regime político no qual os participantes sejam “[...] politicamente iguais, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições de que necessitam para governar a si próprios” (DAHL, 2012, p. 1). Essa concepção remonta ao século V a. C. na Grécia que, apesar de serem poucos e estarem estabelecidos em uma área de terra insignificante em termos mundiais, foram decisivos e influenciaram a história da humanidade (DAHL, 2012).

Teriam sido eles, gregos, e com maior visibilidade os atenienses, os responsáveis pelo que o autor denomina de primeira transformação democrática: que parte da concepção de um governo de poucos para um governo de muitos, sendo a cidade-Estado, único lugar imaginável da democracia.

Mas na democracia grega, ainda que fosse um modelo de participação direta, apenas eram considerados cidadãos os filhos de pai e mãe grega, sendo marginalizados os escravos, os estrangeiros e as mulheres.

A partir do momento em que a cidade-Estado perde sentido em razão da formação do Estado nacional ocorre o que Dahl chama de segunda transformação democrática, sendo essa atualmente a denominação que se tem em mente quando se fala em democracia.

Dahl compara a teoria democrática com uma gigantesca teia multidimensional:

Gosto de pensar na teoria democrática como se fosse uma enorme teia multidimensional. Grande demais para ser apreendida num primeiro olhar, essa teia é construída de fios interligados de diferentes graus de elasticidade. Enquanto algumas partes da teia são compostas de fios rigidamente ligados (isto é, argumentos estritamente dedutivos), outras partes são ligadas de maneira mais solta e algumas ligações são extremamente tênues. Como certo modelo bem conhecido do universo, a teia parece finita, mas ilimitada. O resultado é que, quando nos movemos ao longo de um fio de argumentação, não chegamos a uma borda definida que assinala um limite distinto e conclusivo para o universo ilimitado da teoria democrática. Ao seguir um argumento até o que pensamos ser o fim, encontramos-nos em busca de ainda outro fio. E receio que isso ocorra indefinidamente (DAHL, 2012, p. 9-10).

Mas o que seria poliarquia segundo Dahl? Seria uma ordem política e se diferencia por dois aspectos: cidadania concedida a um grande número de pessoas, com direitos não somente de oposição ao governo, mas de remoção dos governantes de seus cargos, tudo por meio do sufrágio.

Além desses atributos amplos, a poliarquia se caracteriza pela existência de sete instituições que podem ser assim descritas: a) funcionários eleitos, constitucionalmente imbuídos do controle político das decisões governamentais; b) Eleições livres e justas, mediante um processo justo; c) Voto inclusivo, garantido ao maior número de adultos possível; d) Garantia do direito à disputa dos cargos eletivos; e) Liberdade de expressão, nela inserida a possibilidade de crítica ao governo em toda sua plenitude; f) Informação alternativa, assegurando o acesso dos cidadãos às informações, com exceção daquelas protegidas por sigilo; g) Liberdade de associação, no sentido de que os cidadãos têm o direito

de formar associações ou organizações em defesa de seus interesses (DAHL, 2012, p. 350-351).

É mister ressaltar que essas instituições devem representar reais direitos, garantidos por processos verdadeiros. Conforme a presença desses instrumentos, as nações do mundo podem ser classificadas, servindo como critérios para definir se são governados por poliarquias atualmente, ou o foram anteriormente.

E qual seria a relação da poliarquia com a democracia? Essas instituições são fundamentais para a democracia em grande escala, em que pese Dahl afirme que a presença delas (instituições) não significa afirmar que são suficientes para garantir o processo democrático em um país (DAHL, 2012, p. 350-352).

Nos dias atuais, os desafios para a construção de uma sociedade democrática passam pelo que Dahl denomina de terceira transformação da democracia, com o surgimento de organismos supranacionais e a internacionalização das relações, as nações terão de envidar esforços para buscar novas formas para o fortalecimento e a implementação da democracia.

Consoante se observa da concepção de Dahl acerca da democracia, como um conjunto de procedimentos, é possível afirmar que não destoia em essência daquela entendida por Norberto Bobbio:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 2015, p. 35).

No que diz respeito às modalidades de decisão, Bobbio sustenta que a regra da maioria é o eixo fundamental da democracia, com efeito vinculante em relação a todo o grupo.

Mas, segundo o autor, não é suficiente para uma concepção mínima sobre democracia que a tomada de decisões seja realizada por um número elevado de cidadãos, tampouco que haja o estabelecimento de regras de procedimento como o da maioria ou, até mesmo, da unanimidade. É imprescindível um terceiro elemento: “[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher uma e outra” (BOBBIO, 2015, p. 37-38).

Ainda, menciona Bobbio, que são pressupostos caracterizadores de um regime

democrático, a garantia àqueles que serão convidados a deliberar, dos assim chamados direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião, de associação, ou seja, todos aqueles direitos que advieram do Estado liberal, fundamento não somente de ordem histórica, mas também, jurídico do estado democrático.

Para Bobbio, o modelo ideal de uma sociedade democrática seria de uma sociedade centrípeta:

A realidade que temos diante dos olhos é uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte, mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista (BOBBIO, 2015, p. 43).

Segundo Bobbio, o mais importante para medir a verdadeira extensão do processo democrático, não é necessariamente saber quem vota, mas onde vota, objetivando a transformação da democracia política em democracia social. A ampliação dos espaços nos quais o sufrágio é realizado assume especial relevância como termômetro do estágio democrático de cada nação.

A compreensão de Bobbio está vocacionada, pois, a definir a democracia como um modelo procedimental, ao contrário de Ronald Dworkin, um dos maiores pensadores da filosofia política, moral e direito, que trouxe inestimável contribuição ao que se entende por democracia substancial.

Dworkin concebe uma sociedade que confira consideração e valor igual a todos e um sistema judicial que atue com justiça e imparcialidade.

Segundo Dworkin, a democracia não está umbilicalmente vinculada à vontade da maioria. Quando se refere à majoritariedade, há de se pensar como resultado justo de acordo com um processo político que tenha levado em consideração os conflitos inerentes a uma sociedade plural. A vontade da maioria, isoladamente considerada, não significa ser democrática.

Por essa razão, Dworkin adverte que nem sempre o que for decidido pela maioria deve prevalecer, pois a premissa da democracia é no sentido de que as decisões políticas sejam “[...] tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma

consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006, p. 26), asseverando que:

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2006, p. 26-27).

E, na medida em que todos têm a mesma oportunidade e são tratados com igual consideração e respeito, surge o que Dworkin chama de responsabilidade pessoal pelas decisões tomadas (DWORKIN, 2006, p. 30-31).

Dworkin compreende o modelo de democracia chamado de coparticipativo (*partnership*), afastando a regra apenas majoritária. Na democracia coparticipativa, o povo assume a condição de parceiro pleno e igual “no empreendimento coletivo do autogoverno” (DWORKIN, 2016, p. 502). O titular da democracia coparticipativa é o povo, que assume significação se formado por iguais.

Daí a conceituação de autogoverno de Dworkin: “[...] o autogoverno significa mais do que o sufrágio universal igualitário e eleições frequentes. Significa uma parceria de iguais, raciocinar juntos sobre o bem comum” (DWORKIN, 2016, p. 513).

Dworkin propõe dois princípios por meio dos quais é possível promover um novo debate político, sendo comuns e aceitos por conservadores e liberais.

O primeiro deles é o princípio do valor intrínseco, que resumidamente sustenta que a vida humana tem um valor objetivo. O sucesso ou fracasso de uma pessoa tem importância em si mesmo, é uma questão axiomática e diz com a igualdade.

O segundo, refere-se à responsabilidade pessoal, que se relaciona, na verdade, à liberdade. Cada indivíduo tem a sua livre escolha, a responsabilidade de buscar uma vida plena, possuindo o livre discernimento de escolher a vida que quer viver, fazendo opções em busca de sua própria realização.

A dignidade humana, por sua vez, decorre da correta interpretação desses dois princípios que, embora possam ser tidos como derivados de uma concepção individualista, garantem o valor dos indivíduos como pessoa.

Contudo, o sucesso de cada um só pode ser obtido a partir de uma vida em sociedade, daí o sentido da concepção coparticipativa de democracia em Dworkin.



Como se pode observar, Dworkin concebe a democracia a partir de um modelo substancialista, no qual, a vontade da maioria só poderá prevalecer se respeitar a vontade das minorias, verdadeiros trunfos contra a maioria.

Entretanto, não há olvidar da importância do procedimento majoritário, por exemplo, em questões que dizem com a escolha dos representantes da nação, por exemplo, mas não pode ser o único critério tido como justo e legítimo para toda e qualquer deliberação.

Essa assertiva é demonstrada por Dworkin quando exemplifica a escolha de quem deve sobreviver em um bote salva-vidas. Por certo que a maioria não seria a forma mais justa para deliberar quem deve ou não viver, podendo ser utilizado o sorteio como meio legítimo (DWORKIN, 2008).

A majoritariedade, portanto, não se afigura como meio para atingir resultados satisfatórios, a menos que possa ser feita a composição dos princípios do valor intrínseco e da responsabilidade pessoal.

Em resumo, Dworkin rejeita a concepção majoritária porque, antes de tudo, democracia é um conceito interpretativo e, além disso, não revela um procedimento justo, de forma intrínseca.

Partindo dessas premissas, o modelo de democracia em Dworkin apenas reconhece como democráticas as decisões que, tomadas ou não majoritariamente, preservem e respeitem os direitos individuais.

Não menos importante é a teoria deliberativa de democracia, que tem em Jürgen Habermas, o seu mais brilhante e proeminente defensor, cuja importância é marcada pela concepção de democracia em termos institucionais.

Habermas, assim, é conhecido pela construção de um modelo procedimental de democracia, que pretende estabelecer formas de relacionar a esfera privada com a pública, de modo a conferir legitimidade ao procedimento democrático, no qual se verifique a presença da soberania popular e, ao mesmo tempo, o respeito e a integridade dos direitos fundamentais, problemas que, segundo o próprio Habermas, a filosofia política não logrou resolver.

A democracia deliberativa tem na participação dos cidadãos nas decisões e deliberações o eixo principal do processo democrático, sendo crucial o aumento dos indivíduos envolvidos e a prática da conscientização e educação políticas.

A teoria democrática de Habermas não se limita ao aspecto formal da participação dos cidadãos, ela avança e propugna uma democracia social.

Essa tensão (soberania popular e direitos fundamentais), segundo Habermas, pode ser equacionada por meio da incidência do Princípio do Discurso (D) ao processo jurídico de normatização.

Habermas ensina que:

O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível **fundamentar imparcialmente** normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. A introdução de um princípio de discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente (HABERMAS, 1997, p. 143-144) (Grifo do autor).

Esse princípio tem incidência relativamente à moral e ao direito e ocorre por meio do princípio da democracia que, com Habermas, “[...] destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítimo do direito” (HABERMAS, 1997, p. 145).

Nesse sentido, a validade legítima das leis está diretamente relacionada ao “[...] assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, 1997, p. 145).

O princípio da democracia não deve se limitar a ser um meio legítimo de normatização, mas deve conduzir à própria produção do **medium do direito**. Já por meio do princípio do discurso, são estabelecidas as condições às quais os direitos devem corresponder para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização dessa sociedade. Diante desses motivos, sintetiza Habermas, é imprescindível não somente a criação de um sistema de direitos, mas uma linguagem que permita a comunicação e o entendimento entre os membros livres e iguais dessa sociedade (HABERMAS, 1997, p. 146).

Habermas propõe três categorias de direitos como produto da aplicação do princípio do discurso: a) direitos a iguais liberdades subjetivas de ação; b) direitos que garantam o status de um membro de uma associação voluntária de parceiros de direito; c) direitos que assegurem a possibilidade de postulação judicial. Em um segundo momento, quando os indivíduos assumem a condição de autores da ordem jurídica, surgem direitos de igual participação nos processos de formação da opinião e da vontade, por meio dos quais seria exercida a **autonomia política** do cidadão. Por derradeiro, direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na proporção necessária para

exercício em igualdade com os demais direitos acima elencados (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

É possível asseverar que Habermas propõe uma configuração de democracia que adota elementos tanto do republicanismo como do liberalismo, situando-se como um terceiro modelo, na busca de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão.

Do liberalismo, a responsabilidade pelo consenso; do republicanismo, a concepção de democracia como um processo comunicativo apto a expressar a vontade coletiva.

Por último, importante a compreensão de Luís Roberto Barroso, que aponta para três dimensões da democracia contemporânea:

a) Democracia representativa: nessa concepção, o voto é o ingrediente principal e os atores são o Congresso Nacional e o Presidente da República. São muitas as incongruências do sistema representativo. Barroso denuncia a distorção do modelo de eleição proporcional à Câmara dos Deputados, que elege parlamentares em função do quociente partidário, sem que haja qualquer relação entre eleitor e eleito. “Como consequência, eleitores não têm de quem cobrar e os eleitos não sabem a quem prestar contas. Não há legitimidade democrática que possa ser adequadamente satisfeita por uma equação como essa” (BARROSO, 2017b, p. 569).

b) Democracia constitucional: por meio dela, rompe-se com o padrão meramente quantitativo (majoritário/representativo) para incluir na democracia um ingrediente especialmente qualitativo, ou seja, o respeito aos **direitos fundamentais**. Somente com a garantia dos direitos fundamentais é possível cogitar um povo livre e igualitário, envolvidos em um propósito de “[...] autogoverno coletivo. [...] O protagonista dessa dimensão da democracia é o Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2017b, p. 569).

c) Democracia deliberativa: nesta dimensão o “[...] componente essencial é a apresentação de razões, tendo por protagonista a sociedade civil”. Todos os segmentos sociais participam das decisões políticas que possam ter reflexo na sociedade. “A motivação, a argumentação e o oferecimento de razões suficientes e adequadas constituem, também, matéria-prima da atuação judicial e fonte de legitimação de suas decisões” (BARROSO, 2017b, p. 569).

Procurou-se demonstrar, ao longo desse tópico, a importância dos instrumentos

de participação à construção da democracia em Paulo Bonavides, a cidadania como meio de ascensão e remoção de governantes em Robert Dahl. Ainda, o destaque das regras para o modelo procedimental de Bobbio e parceria relativamente ao modelo substancial de Dworkin. Igualmente, tentou-se evidenciar o destaque da deliberação à concepção democrática de Habermas e as três dimensões da democracia contemporânea defendidas por Barroso, ou seja, representativa, constitucional e deliberativa, assim classificadas conforme o protagonista seja o Congresso Nacional e Presidente da República, Supremo Tribunal Federal e sociedade civil, respectivamente.

Esses conceitos de democracia transitam entre a defesa de um procedimento que garanta a livre e igual participação do povo e um modelo no qual seja possível reconhecer, proteger e tutelar direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de ocasional maioria.

A preservação e a defesa dos direitos fundamentais contra até mesmo o princípio majoritário tem no Poder Judiciário o seu protagonista. É o que se denomina de democracia constitucional.

Em razão das disputas interpretativas entre os juízes no sentido da melhor forma de harmonizar a garantia dos direitos fundamentais com os valores democráticos, surgiram as teorias do constitucionalismo democrático, matéria que será tratada no próximo item.

## **2.2 Teorias do Constitucionalismo Democrático**

Prevalecia no cenário mundial, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a visão de que a Constituição apenas proclamava a forma de exercício do poder político, funcionando como fonte de inspiração do Poder Legislativo. Não se prestava a elencar e garantir direitos para o cidadão, sem característica de norma jurídica como fundamento para ser reivindicada perante o Judiciário. A premissa política implícita a esta compreensão era a de que o Poder Legislativo, que incorporava a vontade do povo, detinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, cuja função era de mero aplicador das leis aos casos concretos. É a era do estado legislativo.

Como aponta Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento com exceção dos Estados Unidos, até o início da segunda metade do século XX, a maioria dos países não

contava com mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis, que era considerado instrumento antidemocrático (NETO; SARMENTO, 2013, p. 120-127).

Esse cenário só começa a ser modificado a partir do final da 2ª Guerra Mundial na Europa, quando se verifica a importância de serem garantidos direitos humanos por meio da Constituição, após as severas violações ocorridas a direitos fundamentais.

Esse conjunto de direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, aliada à concepção do caráter normativo dos dispositivos constitucionais, trouxe como consequência o fortalecimento e o protagonismo ao Poder Judiciário, essencialmente às cortes constitucionais, que se viram compelidas a exercer o controle de constitucionalidade das leis, de modo a concretizar e harmonizar a convivência entre a majoritariedade e direitos. É a era do estado constitucional.

“Se o conflito faz parte da condição humana, sua solução (ou, ao menos, seu controle) é essencial para a sobrevivência da espécie” (BEATTY, 2014, p. 1). Essa frase de David M. Beatty, ao início da sua obra, *A Essência do Estado de Direito*, sintetiza a busca por caminhos que possam levar à resolução dos dissensos inerentes à sociedade, agravados sobretudo pelos efeitos da globalização.

O autor afirma que o processo democrático, ao longo dos últimos duzentos anos, foi o resultado da mutação em crenças divinas, espirituais ou religiosas para a solução das desavenças em sociedade. E, na transição de governos autoritários e fascistas, o Poder Judiciário foi chamado a definir limites aos outros Poderes.

Contudo, adverte Beatty, que essa compreensão no sentido de que os juízes são os encarregados para dizerem a última palavra é alvo de críticas, sob o argumento central de que os membros da magistratura não são eleitos pelo povo. Nessa medida, não seria adequado àqueles que não detêm o mandato popular, controlar e estabelecer limites àqueles que foram guindados ao poder pelo voto livre e soberano do povo. Ademais, haveria o problema da violação do princípio da separação dos poderes “[...] e de substituir a ameaça da tirania da maioria por uma oligarquia das cortes” (BEATTY, 2014, p. 6).

A questão é que, com Beatty, os textos constitucionais não explicitam o conteúdo dos direitos que asseguram:

O problema é que as exortações constitucionais que proclamam a inviolabilidade da vida, a liberdade e a igualdade, as quais são as peças nodais de quase todas as declarações de direitos, na realidade dizem muito pouco aos juízes acerca de como solucionar as intrincadas disputas da vida real que eles são chamados a decidir. As

excelentes e grandiosas expressões características de todos os textos constitucionais fornecem pouca orientação prática sobre as questões polêmicas, tais como o direito das mulheres ao aborto, o direito de gays e lésbicas a se casarem com pessoa do mesmo sexo. Se as comunidades religiosas têm ou não o direito de fundar escolas separadas e buscar apoio estatal para eles e se essas escolas podem recusar-se a admitir e/ou empregar pessoas cujos costumes e/ou religião sejam diferentes dos seus, são perguntas que não podem ser respondidas pela simples leitura de palavras como **O Congresso não fará lei referente à instituição de religião ou proibindo seu livre exercício**. Da mesma forma, quando as Constituições encerram garantias positivas como, por exemplo, **tratamento médico emergencial ou acesso à moradia adequada**, o texto não diz à Corte se uma pessoa que está morrendo de insuficiência renal tem direito a receber tratamento de diálise ou se um sem-teto tem direito a um abrigo contra o frio, pelo menos, não explicitamente. É o fato de os textos constitucionais quase nunca fornecerem respostas diretas às causas levadas aos tribunais que torna tão problemática a ideia de que os juízes são aptos para dizer às pessoas que elas não podem decidir por si mesmas se devem reconhecer ou não o direito ao aborto ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo (BEATTY, 2014, p. 7-8) (Grifos do autor).

No Brasil, é a Constituição de 1988 que incorpora a tendência mundial no sentido de adotar um modelo de constitucionalismo no qual as constituições são reconhecidas como normas jurídicas aptas a serem reivindicadas perante o Poder Judiciário, experimentando a dogmática jurídica, inúmeras transformações, tanto na forma de concepção como na de aplicação dos institutos jurídicos, fenômeno denominado de neoconstitucionalismo, cujas principais características são: a) normatividade aos princípios, sendo invocados juntamente às regras; b) superação do positivismo normativista; c) Direito e Moral reconciliados, tendo como eixo fundante do sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana; d) constitucionalização do direito, tanto pela assimilação de normas de outros ramos do Direito, como pela interpretação do ordenamento jurídico sob a perspectiva da constituição (filtragem constitucional); e) judicialização da política e das relações sociais (FRAZÃO; FUX, 2018, p. 94; SARMENTO, 2009, p. 113-146).

Assim, a nossa Carta Federal estabelece não só a forma como deve ser exercido o poder político, como também elenca direitos individuais, políticos e sociais, além de liberdades e normas programáticas que vinculam a adoção de políticas públicas pelo Estado. Ao mesmo tempo, amplia o sistema de jurisdição constitucional e os legitimados à propositura de demandas visando ao controle abstrato de constitucionalidade.

Essas as duas marcas da nossa Constituição: amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, com força normativa e axiológica e, ao mesmo tempo, ascensão da jurisdição constitucional.

Então, se aos juízes foi dada tamanha missão, cumpre examinar de que forma a

solução deve ser encontrada. Pode o juiz decidir conforme a sua visão de mundo? É dado ao juiz apreciar questões de tamanha complexidade consoante sua opinião pessoal? E, afinal, quais seriam os limites para o exercício dessa atividade?

Com o objetivo de dar conta desses questionamentos, surgiram várias teorias, de modo a resolver o paradoxo entre a soberania popular e o controle judicial de constitucionalidade.

Podem ser alinhadas três grandes concepções que disputam a postura da interpretação constitucional: originalismo, procedimentalismo e substantivismo. Sobre elas que será desenvolvido o tópico.

### 2.2.1 Originalismo

O originalismo em relação ao controle de constitucionalidade, teve em Robert Bork (1927-2012) seu maior expoente, conhecido como um juiz da Suprema Corte americana, compreendia que a Constituição dos Estados Unidos deveria ser interpretada conforme a intenção original de seus elaboradores.

Diz ele:

A conclusão, penso eu, deve ser que apenas se limitando às intenções históricas subjacentes a cada cláusula da Constituição juízes podem evitar se tornar legisladores, evitar impor seus próprios predileções morais e garantir que a Constituição seja lei (BORK, 1986, p. 832).

Essa linha de entendimento apareceu em resposta à época conhecida nos Estados Unidos como Corte de Warren. Durante os anos de 1953 e 1969, a Suprema Corte americana foi presidida por Earl Warren, tendo como nota característica o período de maior ativismo judicial nos Estados Unidos da América.

O originalismo está fundamentado na concepção de que não é dado ao Judiciário conceder ou conferir direito que não esteja expressamente previsto na constituição. A função do Judiciário é única: declarar a constitucionalidade ou não das leis, consoante a intenção original dos elaboradores.

Sustenta que as normas constitucionais devem ser observadas do modo como foram compreendidas quando elaboradas. O eixo central consiste em reconhecer que o objetivo de uma Constituição escrita é estabelecer normas para vigorarem

indeterminadamente no tempo.

Dessa forma, se a Constituição silenciar sobre determinado tema, não cabe ao juiz suprir a omissão, cumprindo às maiorias a prerrogativa de deliberar sobre o ponto. As Cortes, assim, devem respeitar a opção do legislador em não eleger determinadas matérias como prioridade.

Esse modo de proceder seria a forma de conter o ativismo judicial e, segundo os originalistas, assegurar a neutralidade na interpretação constitucional.

A crítica a essa teoria é principalmente pelo fato de ser tarefa de extrema dificuldade ou mesmo de impossibilidade, a aferição da real intenção do legislador constituinte.

Outra objeção que se pode aduzir é que o originalismo conduz ao engessamento da interpretação constitucional, incompatível com as mudanças e a evolução da sociedade.

Ainda, como apontado por Beatty, o originalismo sofre do problema de haver muitas interpretações diferentes entre as quais todo juiz tem liberdade para escolher (BEATTY, 2013, p. 18). Nessa medida, o argumento dos originalistas de neutralidade resta prejudicado.

Como visto, o originalismo teve seu nascedouro nos Estados Unidos e ainda possui alguma relevância na interpretação constitucional norte-americana, sendo trazida a referência apenas como ilustração e ponto inicial acerca das posturas fundamentais a serem desenvolvidas adiante: procedimentalismo e substancialismo.

### 2.2.2 Procedimentalismo

A doutrina procedimentalista teve, em John Hart Ely, o seu principal defensor.

Na sua obra *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (*Democracy and Distrust* no original) Ely apresenta uma proposta para estabelecer o verdadeiro papel dos juízes nas democracias constitucionais contemporâneas.

Ely afirma que há uma divisão da doutrina constitucionalista entre os interpretacionistas e não interpretacionistas. Os interpretacionistas advogam que, no exercício da atividade jurisdicional, os magistrados devem observar o que o texto claramente refere, de forma explícita ou, no máximo aquilo que implicitamente pode ser deduzido. Os não



interpretacionistas, por sua vez, defendem que, diante de textos abertos, o juiz deve buscar o sentido, o valor intrínseco da norma (ELY, 2010, p. 3).

Contudo, o interpretacionismo não resolve o problema da indeterminação jurídica de vários conceitos normativos, impondo ao intérprete o emprego de elementos externos a fim de buscar o verdadeiro sentido da norma. A vertente não interpretacionista, igualmente não soluciona ou não impede que o juiz, a partir de valores pessoais, ou mesmo de sua impressão pessoal ou concepção moral, decida de forma arbitrária, sem limites.

Se nenhuma das alternativas (interpretacionismo e não interpretacionismo) são aptas a estabelecer uma orientação à atividade jurisdicional, de que forma poderia ser sistematizada essa atuação?

Nas palavras de Ely:

A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação **antitruste**, entendida como oposta a uma orientação **regulamentadora** – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o *mercado*, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico (também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time **errado** faz gol). Não é justo dizer que o governo está **funcionando mal** só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que **o povo** discorda – ou de que discordaria, **se compreendesse** – na maioria das vezes é pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o **processo** não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos (ELY, 2010, p. 136-137) (Grifos do autor).

Cabe ao Poder Judiciário garantir a ampla participação de todos no processo democrático, nos processos políticos, incluindo e protegendo as minorias.

Os tribunais devem agir de forma a obstaculizar que os incluídos possam bloquear os canais de mudança política, com vistas à permanência no poder e, ao mesmo tempo, assegurar a representação e inclusão dos grupos excluídos.

A preocupação da teoria de Ely é com o envolvimento de todos os indivíduos e segmentos sociais no processo legislativo, sem que se avance no mérito propriamente dito da decisão. Daí sua teoria ser denominada de procedimentalista.

Mas é relevante consignar que Ely não ignora a substantividade do processo legislativo e cita o exemplo de uma decisão que afirmasse a constitucionalidade do holocausto, reputando que seria uma decisão equivocada porque, em essência, a lei seria preconceituosa.

A teoria de Ely, de qualquer sorte, não é indene a críticas.

A primeira delas diz com o propósito de cisão entre o processual e o material, pois a norma constitucional abrange direitos substantivos e processuais. Também não explicita quais seriam os direitos protegidos e os grupos titulares dessa proteção.

Na sequência, será analisada a teoria de Jürgen Habermas, que igualmente concebe uma teoria procedimentalista, porém com um enfoque diferenciado.

Para Habermas, a compreensão democrática de controle de constitucionalidade deve ser neutra, na medida em que se posiciona entre positivistas e moralistas do direito.

Da mesma forma que Ely, Habermas compreende o Poder Judiciário como o órgão competente para assegurar a legitimidade dos processos democráticos.

Habermas assevera que a constituição não pode ser concebida como “[...] uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma forma de vida sobre a sociedade” (HABERMAS, 1997, p. 326). A constituição deve estabelecer os procedimentos políticos que assegurem aos cidadãos os meios pelos quais, mediante sua autodeterminação, condições para reivindicarem melhores e mais justas condições de vida. A legitimidade do direito, segundo Habermas, está diretamente ligada à legitimidade do processo democrático da elaboração das leis.

A teoria de Habermas tem como núcleo os direitos humanos e a soberania popular, que salvagam, respectivamente, a autonomia privada e a autonomia pública dos indivíduos e são ideias cooriginárias na construção de uma sociedade política.

A validade das normas de ação está diretamente vinculada a um processo de deliberação coletiva, no qual seja assegurada a participação de todos, em igualdade de condições, de forma livre e isenta de pressões e a aceitação seja realizada de modo que suas consequências sejam experimentadas por todos. Esse fenômeno seria o que Habermas denomina de princípio do discurso.

Habermas objetiva com o conceito de cooriginariedade, resolver a tensão entre a soberania popular e os direitos humanos, constitucionalismo e democracia.

Tanto Habermas como Ely visualizam limites à função jurisdicional, na medida

em que não seria legítimo aos Tribunais estabelecerem quais seriam os valores substantivos a serem observados pelo legislador.

Contudo, Habermas, diferentemente de Ely, confere maior amplitude e poder aos Tribunais, admitindo que controlem se a lei cumpriu e foi formulada de acordo com o princípio do discurso, dentro de um processo democrático legítimo. Significa dizer, se não houver sintonia e dialeticidade entre a elaboração da lei e o princípio do discurso, estão os Tribunais autorizados a exercer essa supervisão.

### 2.2.3 Substantivismo

A última postura a ser examinada é a moralista ou substantivista. Como a própria denominação sugere, esse entendimento dialoga com a moral, como será visto em Ronald Dworkin, Jorge Reis Novais e Luís Roberto Barroso.

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin sustenta a ideia de direito como integridade. Há de se verificar se as proposições jurídicas efetivamente derivam dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal. A medida que se pode dizer suficiente para verificar a integridade é sua conformidade com o texto constitucional.

E, o direito como integridade no direito a ser interpretado, reclama dos juízes obedecer a uma continuidade, como se fosse um crítico literário:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo (DWORKIN, 2014, p. 275).

Segundo Dworkin, o Direito é formado por dois tipos de normas jurídicas: as regras e os princípios. As regras aplicam-se pelo tudo ou nada. Os princípios, entretanto, possuem dimensão de peso ou importância e não dispensam integração e interpretação.

Dworkin, ao inserir os princípios como espécie do gênero normas jurídicas, nega possa o juiz decidir de forma discricionária, entendimento que vai de encontro ao defendido pelos positivistas que admitem a discricionariedade nos casos difíceis. Igualmente a teoria de Dworkin rompe com a neutralidade, característica dos originalistas e procedimentalistas.

Dworkin introduz a moral como ingrediente no controle judicial de

constitucionalidade, comparando aquele que não vislumbra esse componente, a um avestruz que enterra a cabeça na areia.

A associação que Dworkin faz ao avestruz com a cabeça enterrada na areia àquele que pretende excluir a moral da interpretação do direito, deixa inequívoca a opção do autor no sentido de que a neutralidade moral não deve ser buscada pelos juízes, mas sim, adequação e valor.

Dworkin recomenda aos juízes, que lancem mão do uso dos ensinamentos da filosofia moral e política no controle judicial de constitucionalidade e nos casos difíceis, e é nisso que, segundo Beatty, o autor inova, pois, de forma clara e aberta, assume que não há como interpretar sem o auxílio desse método, embora muitos juízes já o façam sem que declinem esse agir (DWORKIN, 2014, p. 49-50).

Em relação à jurisdição constitucional, Dworkin defende o instituto da *judicial review* com o intuito da proteção das liberdades individuais e dos princípios morais insculpidos na norma constitucional, ainda que signifique uma decisão contramajoritária. Os direitos fundamentais aparecem como trunfos contra a maioria.

Cláudio Ari Mello examina a teoria constitucional de Dworkin a partir da obra *O Fórum do princípio* (1981), quando explica que o teórico:

[...] pretendeu desacreditar as duas das mais importantes correntes doutrinárias que imputam à revisão judicial das leis um potencial antidemocrático que deveria ser evitado através de artifícios interpretativos: a) a teoria da intenção original (original intent), segundo a qual os tribunais, no exame da constitucionalidade das leis, devem limitar-se a aplicação a intenção dos constituintes sem introduzir valores próprios ou concepções morais modernas contrastantes com os valores acolhidos pelos constituintes; e b) teoria procedimental, que encarrega os tribunais tão somente da função de policiar os processos de democracia para assegurar que as decisões neles tomadas respeitem o interesse de todos (MELLO, 2004, p. 87-88).

Dworkin, em *A Raposa e o Porco-espinho* (Justice for Hedgehogs no original) afirma que nenhum governo será legítimo sem que endosse dois princípios: igual consideração pelo destino das pessoas que estão sob seu domínio e respeito à responsabilidade de cada “[...] pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso” (DWORKIN, 2014, p. 5).

No que refere à decisão judicial, Dworkin defende que deve ser gerada por princípios. Há de se fazer uma distinção importante entre dois tipos de argumentos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões: argumentos de princípio político, que

recorrem aos direitos políticos dos cidadãos e argumentos de procedimento político. Para Dworkin, a visão correta é a de que os juízes devem fundamentar seus julgamentos de casos controvertidos nos argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2005, p. 6).

Francisco José Borges Motta desvenda a afirmação de Dworkin acerca do que significa decidir por princípios:

Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum (MOTTA, 2017, p. 220, grifos do autor).

E, sobre integridade, em *O Império do Direito*, Dworkin adverte que há dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que impõe aos legisladores que busquem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que exige que a lei, na medida do possível, seja vista como coerente (DWORKIN, 2014, p.213).

Diferentemente de Jorge Reis Novais (2006, p. 58-59), Dworkin não verifica tensão entre a democracia e a jurisdição constitucional:

Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público (DWORKIN, 2005, p. 38-39).

A construção desse argumento em Dworkin perpassa a noção de Estado de Direito defendido na obra *Uma Questão de Princípio*, como adiante será desenvolvido.

Dworkin refere que há duas concepções acerca do que seja Estado de Direito. Uma que ele denomina de **centrada no texto legal** e outra **centrada nos direitos**. A primeira, segundo Dworkin, é muito restrita porque não estabelece nada sobre o conteúdo das regras que podem ser inseridas no texto jurídico. A segunda (**centrada nos direitos**), seria muito mais ambiciosa, porque tem como pressuposto a existência de direitos e deveres morais dos cidadãos entre si e direitos políticos invocáveis perante o Estado (DWORKIN, 2005, p. 6-7).

Interessa dessas duas concepções a diferença de tratamento em relação aos

casos difíceis:

Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras (DWORKIN, 2005, p. 15).

Dworkin, na passagem acima, demonstra que, diante dos casos difíceis, o juiz não pode escolher, de forma discricionária e arbitrária, o princípio que entenda ser compatível com sua preferência, sua visão de mundo (DWORKIN, 2005, p. 16).

Ao propor o fim da separação conceitual entre a moral e o direito, Dworkin rompe com o que era sustentado até então pelos positivistas (HART, 2007) e idealiza a teoria da leitura moral da Constituição, tendo como pano de fundo a concepção liberal de igualdade e afirma: o liberalismo constitui uma “[...] moralidade política autêntica e coerente” (DWORKIN, 2005, p. 272).

A leitura moral tem como alvo a resolução dos casos controversos, partindo do conceito de igualdade, no sentido de assegurar igual consideração e respeito a cada um, em um Estado de Direito centrado na legalidade, na integridade política, em decisões jurídicas construída em princípios, de forma a harmonizar os conceitos de democracia e jurisdição constitucional, que não estão em linha de colisão e tensão (DWORKIN, 2006).

Dworkin trabalha dois vetores principais na interpretação constitucional: a) buscar o que os autores pretendiam dizer com o texto, não no mesmo sentido da concepção dos originalistas, mas com a intenção de entender o contexto histórico da norma; b) manter a integridade constitucional, com o escopo de evitar que o intérprete aprecie a matéria conforme as suas convicções, há de se observar a coerência com o arranjo constitucional, em um trabalho de “[...] equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras” (DWORKIN, 2006, p. 15).

A estratégia da leitura moral da Constituição em Dworkin aponta para que direitos abstratamente previstos como **liberdade** e **igualdade** sejam assimilados pelo Direito como princípios morais que estabelecem limites ao poder do Estado. O pressuposto a ser considerado pelo intérprete é no sentido de que o uso da linguagem abstrata pretendeu ser

utilizada nessa função abstrata efetivamente, sem que se possa considerar ou fazer ilações sobre qual era a opinião dos constituintes sobre o conteúdo daqueles direitos (DWORKIN, 2010, p. 174).

Na sequência, importante trazer a concepção de Jorge Reis Novais que visualiza a existência de tensão entre direitos fundamentais e a jurisdição constitucional e oferece solução no seguinte sentido:

Qualquer direito fundamental deve ceder quando, no caso concreto, há outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. **Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais,** verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo no sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria (NOVAIS, 2006, p. 58-59) (Grifo nosso).

Portanto, para Novais, os casos difíceis devem ser resolvidos por uma interpretação e compreensão correta da natureza dos direitos fundamentais como “[...] trunfos contra a maioria” (NOVAIS, 2006).

No ponto específico em relação aos direitos políticos, Novais refere:

Desde logo, sem garantia dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido actual de dignidade da pessoa humana ficaria amputado de uma sua dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da conseqüente igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade. Por outro lado, num quadro não democrático a separação de poderes tende a desaparecer e, com concentração dos poderes do Estado, os direitos individuais sofrem uma correspondente e inevitável desvalorização. Por último, e no mesmo sentido da íntima atracção entre os dois princípios, sem a legitimação democrática que lhe é conferida pela eleição livre e universal o poder político fica privado da legitimidade que o habilita à intervenção social de promoção das condições fácticas da liberdade individual. A referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do facto de também a democracia exigir o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia. Sem a possibilidade do exercício dos direitos, designadamente os políticos, não se pode garantir a participação de todos, com o que a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica; se se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se se inibe ou não assegura a sua igual presença na governação, se se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efectividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático (NOVAIS, 2006, p. 19-20).

No Brasil, destaca-se a posição de Luís Roberto Barroso que, em artigo recente

de 2017, sob a denominação de *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, defende que a jurisdição constitucional deve ser contramajoritária, representativa e iluminista (BARROSO, 2017a).

Também chamada de **dificuldade contramajoritária**, a jurisdição constitucional agiria contramajoritariamente em dois momentos pontuais: a) para proteger os direitos fundamentais, porque não admitem violação pela regra da maioria; b) para proteger as regras do jogo democrático e dos canais de atuação política dos cidadãos (BARROSO, 2017a).

Apontando várias razões da crise da representação política (disfuncionalidade sistêmica, corrupção, prevalência de interesses privados em detrimento de interesses públicos) Barroso aponta que esse fenômeno desencadeou uma expansão do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Esse aspecto, paradoxalmente, transformou os juízes e Tribunais em órgãos representativos da sociedade (BARROSO, 2017a).

Por fim, além dessas funções, a jurisdição constitucional tem sido a responsável por “[...] empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2017b, p. 59-60). Esse papel seria chamado de iluminista. Apesar de denunciar o perigo em reconhecer essa competência aos Tribunais, por colocar em risco o próprio regime democrático, Barroso reconhece ser ele um “[...] papel imprescindível” (BARROSO, 2017b, p. 60). Como paradigma dessa função iluminista, aponta a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, passo inicial para o casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132 e ADI n. 142, Rel. Min. Carlos Ayres Brito).

Diante do que foi articulado, considerando o Estado Democrático de Direito e uma Constituição Federal que estabelece procedimentos e direitos materiais fundamentais, não se vislumbra necessariamente oposição entre o que defendido pelos procedimentalistas e substancialistas.

A importância da participação e do envolvimento de todos no processo legislativo como sustenta John Hart Ely, tendo o Poder Judiciário como assegurador da legitimidade dos processos democráticos em Habermas, são requisitos procedimentais à interpretação constitucional sob o ponto de vista substancial. Assim que, apenas a partir da correta observância aos procedimentos democráticos é possível avançar à interpretação constitucional fundada em argumentos de princípio como defendido por Dworkin, com a



garantia dos direitos políticos, como nos ensina Novais em uma atuação contramajoritária na proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, como defendido por Barroso.

Ao longo desse tópico, procurou-se explicitar as principais correntes acerca do constitucionalismo democrático, ou seja, de como resolver a equação democracia e direitos fundamentais.

Cumpre, no próximo ponto, contextualizar a temática no âmbito da jurisdição eleitoral, pois é a Justiça Eleitoral a responsável por organizar e regular o processo de escolha da representação política no Brasil, desde a depuração do cadastro de eleitores, registro de candidaturas, realização das eleições, apuração de votos até a diplomação dos eleitos, elementos que compõem o processo eleitoral. No exercício de sua função jurisdicional, incumbe à Justiça Eleitoral processar e julgar os litígios que envolvem o cometimento de ilícitos eleitorais que importem a desconstituição dos mandatos eletivos e, ao que interessa à presente pesquisa, avaliar e decidir acerca da capacidade eleitoral passiva dos postulantes a cargos eletivos. Significa dizer, a jurisdição eleitoral, incumbida de formatar o catálogo daqueles que serão submetidos ao escrutínio popular, exerce atividade sensível e diretamente reflexa ao Estado Democrático de Direito.

### **2.3 Jurisdição Eleitoral**

Interessa ao estudo a função jurisdicional eleitoral, na medida em que as cortes eleitorais também foram chamadas a decidir casos difíceis, questões envolvendo a cassação de mandatos obtidos soberanamente nas urnas e deliberando acerca daqueles que poderão ser submetidos ao sufrágio universal, com impactos inequívocos na representação política do país. Daí a importância de examinar qual seria o modo, a postura de atuar legitimamente na interferência do processo democrático.

Para alcançar esse objetivo, inicialmente serão abordadas duas formas de atuação na interpretação constitucional geral: a) o ativismo judicial: b) a autocontenção judicial.

Ao depois, será examinada de que forma a jurisdição eleitoral deve pautar sua atuação, de acordo com as suas peculiaridades.

Por fim, examinam-se os diferentes contextos e posturas que a Justiça Eleitoral

deve assumir diante de questões que envolvem a cassação de mandatos obtidos soberanamente nas urnas e diante de demandas nas quais delibera acerca daqueles que poderão ser submetidos ao sufrágio universal.

A jurisdição eleitoral desempenha um papel decisivo para a qualidade do processo democrático. O fortalecimento do regime democrático está diretamente ligado ao desempenho da jurisdição eleitoral, obviamente não o único, mas necessário para a democracia, embora não se possa a ela (jurisdição eleitoral) imputar a responsabilidade pela sua consolidação (NOHLEN, 2006).

Com Dieter Nohlen, é possível dizer que a jurisdição eleitoral deve pelo menos garantir eleições livres e honestas (NOHLEN, 2011, p. 319). A instituição da Justiça Eleitoral como um órgão independente e fiscalizador do processo eleitoral foi um grande avanço no combate à fraude eleitoral e toda a distorção que havia na transferência do poder político, firmando-se como a guardiã da neutralidade e da verdade eleitoral.

Com o advento da Constituição de 1988, permanece a Justiça Eleitoral com a competência de organizar, regular, julgar e fiscalizar o processo eleitoral.

Nos dias de hoje, portanto, no Brasil, cumpre à Justiça Eleitoral as funções administrativas (organização das eleições), normativas (expedição de resoluções), consultivas (resposta a consultas) e jurisdicionais (julgamento dos conflitos advindos do processo eleitoral).

Joaquim Francisco Assis Brasil foi o maior e mais importante idealizador da Justiça Eleitoral. Disse ele:

A lei eleitoral tem por fim estabelecer regras para que todos os que possam conscientemente votar votem ao abrigo da fraude e da violência; dessa concorrência de capacidades e influências mais ou menos culminantes, mais ou menos definidas, nascerá forçosamente a média do pensamento nacional. Bom ou mau o resultado, ele deve ser aceito como o único natural e, pois, o único legítimo (ASSIS BRASIL, 1931, p. 72).

Sustentava a necessidade de fiscalização de todo processo eleitoral, sendo o Poder Judiciário o mais indicado para tal mister, diante da imparcialidade, independência e apartidarismo de seus membros. Havia a preocupação da **verdade eleitoral**, de que o voto dado fosse o voto realmente computado.

No primeiro capítulo de sua obra Democracia Representativa, quando trata do Fundamento do Voto, Assis Brasil se utiliza da fábula de La Fontaine para ilustrar o conceito

de liberdade, referindo que o “[...] cão doméstico, forte e satisfeito, não é livre, sendo efetivamente livre o lobo selvagem, faminto e vagabundo, torturado por mil necessidades a que deve dar provimento com o seu esforço exclusivo” (ASSIS BRASIL, 1998, p. 8).

Defendia Assis Brasil que uma democracia moderna deveria ser necessariamente representativa, o que só poderia ocorrer mediante o sufrágio universal, regular, periódico, pluralista e competitivo.

O Código Eleitoral de 1932 criou a Justiça Eleitoral, sendo o órgão do Poder Judiciário incumbido de fiscalizar e organizar as eleições. Extinta em 1937, pelo Governo Vargas, veio a ser restabelecida por força do Decreto-Lei 7.586/1945, conhecido popularmente por Lei Agamenon, em referência ao Ministro da Justiça à época, Agamenon Magalhães.

Diante da relevância das funções alçadas à jurisdição eleitoral, imprescindível que sua atuação seja pautada por decisões fundamentadas, com observância das garantias processuais, dos direitos fundamentais, porque “[...] *no cabe democracia sin elecciones libres, y no caben elecciones libres sin controles o garantías jurisdiccionales*” (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 29).

### 2.3.1 Ativismo judicial

As origens do ativismo judicial remetem aos Estados Unidos, confundindo-se com a própria história do constitucionalismo americano.

A paternidade da expressão ativismo judicial é atribuída ao historiador Arthur Schlesinger Jr., em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, n. 1, no mês de Janeiro de 1947.

Foi empregada como inverso da autorrestrrição judicial: enquanto o ativista substitui a vontade do legislador pela própria; o autorrestritivo entende que o juiz deve agir com deferência ao legislador. Schlesinger separou os juízes em dois grupos: ativistas judiciais e campeões da autorrestrrição. O termo utilizado por ele não tinha sentido técnico.

São paradigmas históricos de decisões ativistas os casos *Marbury v. Madison* (1803), *Dred Scott v. Standford* (1856) e *Lochner v. New York* (1905).

Em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte Americana, presidida por John Marshal, ao apreciar mandado de segurança impetrado por William Marbury diretamente na

Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o objetivo de investi-lo na função de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, afirmou não ter jurisdição para apreciar esse tipo de demanda.

Nesse caso, ao mesmo tempo em que a decisão faltou com deferência ao legislativo que havia investido essa função jurisdicional à Corte, foi deferente ao então presidente republicano Thomas Jefferson, que havia derrotado John Adams, o verdadeiro protagonista da nomeação de Marbury como Juiz de Paz.

No caso *Dred Scott v. Standford* (1856), a Corte pretendeu solucionar o problema da escravidão, mas acabou por enquadrá-la como uma questão constitucional. Scott era escravo do Major John Emerson. Após a morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a libertar Scott. Apesar de ter obtido êxito na primeira instância, em 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não detinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país, porque não era cidadão. Essa decisão foi considerada uma das piores da história, porque foi interpretado o status do negro ao tempo da Constituição como um ser inferior, sem a consideração da injustiça desse entendimento, abstendo-se de se pronunciar sobre um tema que havia sido atribuído à jurisdição.

Em *Lochner v. New York*, a Corte reputou inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque que criminalizava a jornada de trabalho que superasse dez horas diárias ou sessenta semanais, porque teria violado o direito à livre contratação entre empregado e empregador. Por maioria, a Suprema Corte entendeu que os estados não poderiam legislar sobre a matéria. Essa decisão também é considerada um desastre, porque revelou a faceta conservadora da Corte, profundamente influenciada pela ideologia do *laissez faire*.

A narrativa do ativismo judicial revela a disputa entre conservadores e liberais, lutando pela afirmação de seu ponto de vista no âmago da Suprema Corte. Quando as discussões envolvem os famosos casos difíceis e importantes (intervenção do Estado na economia, aborto, direito dos gays, ações afirmativas, pena de morte), tanto Democratas (liberais) como Republicanos (conservadores) apostam todas as suas fichas para fazerem valer suas ideologias.

O conceito do que seja ativismo judicial está longe de consenso. Cada um que se propõe a falar ou escrever sobre ativismo judicial, adota uma concepção distinta.

Paulo Gustavo Gonet Branco sustenta que no Brasil, no qual cabe ao Supremo Tribunal Federal a missão de interpretar as normas constitucionais, extraindo o conteúdo

mínimo de valores morais positivados, não se pode ter como anormal à separação de poderes, eventual conflito entre essa interpretação e as opções políticas empreendidas pelo Executivo ou Legislativo (BRANCO, 2011).

Ainda segundo Branco: “Aprecie-se ou não a integração ao texto constitucional de pautas axiológicas, quando isso ocorre, os valores morais penetram o âmbito do jurídico e passam a compor o domínio das atribuições jurisdicionais do Tribunal” (BRANCO, 2011, p. 396).

Para Elival Silva Ramos ativismo judicial deve ser compreendido como “[...] ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional (RAMOS, 2010, p. 308). Essa transgressão ocorreria com a falta de deferência e invasão à função legislativa, com a assunção de funções pertencentes a outros poderes.

Dworkin, quando analisa os casos difíceis, área nobre de incidência do ativismo judicial, refere:

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. [...] Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro (DWORKIN, 2011, p. 129).

Motta, por sua vez, sustenta o dever de que seja exigido dos juízes e tribunais, que tomem as importantes decisões que têm de tomar com base em argumentos de princípio. “A responsabilidade política do Poder Judiciário é a de tomar decisões por princípio; seu papel, numa democracia constitucional, é respeitar os direitos das pessoas e da sociedade, concebendo as controvérsias e disputas que decorrem de suas relações como uma questão de Justiça” (MOTTA, 2017, p. 244).

Clarissa Tassinari ao abordar o tema, assevera que:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e

se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo (TASSINARI, 2013, p. 33).

Inocência Mártires Coelho refere que o ativismo judicial desrespeitaria limites normativos substanciais, diversamente da função criadora do direito exercido pelos juízes, responsável pelo progresso jurídico, sendo poder-dever dos julgadores a transformação do direito legislado em direito interpretado/aplicado (COELHO, 2010).

Barroso assim se pronuncia:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende uma proposta conceitual multidimensional de ativismo judicial, nos seguintes termos:

[...] defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 164).

Sendo as decisões judiciais multifacetadas, Campos identifica pelo menos 10 (dez) dimensões do ativismo judicial, ressaltando que não há como trabalhar com um conceito singular, pois determinada decisão pode ser considerada ativista em razão da presença de apenas uma dimensão, duas, três, etc. (CAMPOS, 2014).

Brevemente serão abordadas as dimensões do ativismo judicial trazidas por Campos: a) Ativismo e interpretação da Constituição: aplicação direta de princípios constitucionais, extrapolando o texto constitucional e regulando condutas concretas sem a intermediação do legislador ordinário; b) Ativismo e criação legislativa: o juiz completa lacunas, supre omissões, exercendo função quase legislativa; c) Ativismo e deferência aos demais poderes: os juízes controlam de forma rígida os atos dos demais poderes, faltando com

deferência a esses órgãos; d) Ativismo e afirmação de direitos: denominado de espaço nobre do ativismo judicial, a dignidade humana desponta como pano de fundo a questões de alta relevância moral; e) Ativismo e políticas públicas e sociais: os juízes extrapolam a função jurisdicional ao definir políticas públicas, em substituição indevida ao Executivo e Legislativo; f) Ativismo e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios: são formuladas doutrinas com o objetivo de superar limitações procedimentais, a fim de se apreciar o mérito de temas relevantes; g) Ativismo e superação de precedentes: a superação dos precedentes não é vista como óbice ao enfrentamento de novo significado normativo da constituição; h) Ativismo e maximalismo: a partir de determinada situação concreta, estabelecem-se amplas regras e princípios que nortearão os próximos casos; i) Ativismo e partidarismo: a ideologia político-partidária funciona como motivação das decisões judiciais; j) Ativismo e soberania judicial: decisões judiciais que desprestigiam ou menosprezam a posição dos demais poderes em relação ao processo de construção dos significados constitucionais (CAMPOS, 2014).

Ainda que não haja consenso quanto ao conceito de ativismo judicial, podem ser constatadas algumas características comuns ao fenômeno: a) exercício expansivo do poder decisório; b) verifica-se primordialmente nos denominados *hard cases*; c) o personagem central é o juiz.

Defende-se que a denominação ativismo judicial não necessariamente significa julgamentos equivocados. Equivale dizer, uma decisão pode ser ativista, mas acertada sob o ponto de vista de seu resultado de mérito.

### 2.3.2 Autorrestricção ou autocontenção judicial

Compreendida como o lado oposto do ativismo judicial, a autorrestricção ou autocontenção igualmente sofre com a indefinição conceitual.

Também originária dos Estados Unidos, o termo autorrestricção é associado a dois outros: deferência em relação aos demais poderes e prudência como instrumento de conservação de autoridade.

Campos define autorrestricção como “[...] a filosofia adjudicatória ou mesmo a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-

institucional” (CAMPOS, 2014, p. 178).

Barroso, ao abordar o tema, assim se manifesta sobre a autocontenção:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2012, p. 26).

Existem diversas propostas teóricas em relação à autorrestrrição judicial, que buscam conter o grau de intervenção do judiciário em assuntos políticos e morais complexos.

Quatro teorias podem ser alinhadas: a) Teoria da regra do erro manifesto de James Bradley Thayer (1893); b) Teoria das virtudes passivas e prudência política de Alexander Bickel (1961, 1986); c) Teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein (1999, 2004); d) Teoria dos limites das capacidades institucionais de Adrian Vermeule (2002, 2006).

Nessa quadra, cumpre trazer, ainda que em linhas gerais, o que sustenta cada uma dessas correntes, tarefa que facilitará a compreensão do tema na realidade brasileira.

A teoria do erro manifesto de James Bradley Thayer defende que a lei só deverá ser declarada inconstitucional se a violação ocorrida for evidente, manifesta, sem que se possa invocar qualquer dúvida razoável. Se não ocorrer erro manifesto do legislador, os juízes não devem pronunciar a inconstitucionalidade da lei (THAYER, 1893).

Alexander Bickel é o constitucionalista norte-americano que desenvolveu a teoria das virtudes passivas em artigo teórico de 1961 (*The Passive Virtues*) que entendia ser a política um reflexo da maioria. Nessa medida, quando a Suprema Corte tivesse de decidir acerca de uma questão não suficientemente madura na sociedade, deveria aguardar que, de forma majoritária, a matéria recebesse uma solução. Nesses casos, com prudência política, a Corte deveria recusar-se a decidir. Para Bickel, haveria uma virtude passiva que o Judiciário deveria assumir, que seria a negativa de exercer amplamente a jurisdição que o sistema constitucional norte-americano lhe concedeu (BICKEL, 1961).

A teoria do minimalismo judicial teve em Cass Sunstein seu expoente, que



sustentava um modelo de modéstia judicial. Diante de questões morais complexas, a Corte deve atuar de forma estreita e não ampla, significa dizer, as decisões devem ser superficiais e não exaustivas. Daí a denominação de minimalista, pois a Corte resolve um caso de cada vez, sem generalizar o tema. Dessa forma, diminuem-se as possibilidades de erros judiciais. Contudo, Sunstein admite que em algumas situações quando, por exemplo, em jogo a segurança jurídica, o minimalismo deve ceder lugar decisões mais amplas e profundas (SUNSTEIN, 2004).

Adrian Vermeule estruturou sua teoria somando à proposta de James Bradley Thayer uma visão institucional, no sentido de que os juízes, diante de textos ambíguos, devem ser deferentes ao legislador, evitando ultrapassarem suas capacidades institucionais. Diferentemente de Thayer, Vermeule propõe deferência ao legislador por compreender que ele está no exercício de sua função institucional própria, relativamente àquela exercida pelo judiciário. A diferença está em que Thayer advoga a postura deferente pelo fato de o legislativo ocupar função democraticamente superior em relação ao judiciário. O próprio Vermeule afirma que sua teoria acrescenta fundamentos institucionais à concepção de Thayer, denominando-a como neo-Thayerian (VERMEULE, 2006, p. 230-232).

Diante dessas várias teorias, entre nós, Neto e Sarmiento desenvolveram rol de parâmetros (não exaustivo) para “[...] calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 149).

São eles: a) verificar a origem do ato, se ele for de iniciativa popular, como por exemplo o foi a denominada Lei da Ficha Limpa, há uma presunção maior de legitimidade democrática em relação a outros normativos resultantes de acordo de lideranças; b) atuar do Judiciário de forma mais ativa na proteção de direitos relacionados ao funcionamento da democracia e na proteção das minorias estigmatizadas; c) maior intensidade de controle em face dos direitos fundamentais, relativizando a presunção de constitucionalidade quando o ato atacar tais direitos; d) autocontenção em matérias que exijam conhecimentos técnicos específicos; e) observar a época da edição do ato, se anterior ou posterior à Constituição Federal de 1988.

### 2.3.3 Atuação da jurisdição eleitoral

Expostas, em linhas gerais, as posturas do ativismo e da autorrestrrição, cumpre trazer os pilares sobre os quais deve se assentar a atuação da jurisdição eleitoral, na medida em que, como dito acima, é a Justiça Eleitoral a responsável por deliberar, com exclusividade, sobre os mandatos eletivos obtidos nas urnas e a respeito daqueles que poderão, legitimamente, obterem o sufrágio popular, temas sensíveis e que possuem repercussão direta na democracia representativa.

Nessa perspectiva, com esboço na obra de Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão, são 5 (cinco) os vetores norteadores da atuação da jurisdição eleitoral: a) o respeito à soberania popular; b) a moralidade e a probidade para o exercício de mandato; c) a igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos; d) o minimalismo judicial; e) a observância dos precedentes como de garantir segurança jurídica. Necessário desenvolver o conteúdo de cada um desses parâmetros (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 19-24).

A soberania popular, fundamento do Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada. Contudo, não só por esse motivo a soberania popular merece atenção, mas como forma de demonstrar deferência à vontade manifestada nas urnas, pelos cidadãos que elegeram seus mandatários. (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 20).

Relativamente à moralidade e à probidade, são elas, em realidade, somadas à legitimidade e normalidade das eleições, núcleo do bem jurídico protegido constitucionalmente pelo § 9º do art. 14 da Constituição Federal:

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 (BRASIL, 1988) (Grifo nosso).

A compreensão de seu conteúdo será objeto de abordagem no último capítulo do presente estudo, sendo suficiente, por ora, mencioná-lo como vetor de atuação da jurisdição eleitoral, na medida em que o reconhecimento de inelegibilidades deve necessariamente passar pelo filtro desse dispositivo constitucional.

A concepção de que as disputas eleitorais devam ser travadas em ambiente de

igualdade pode ser extraída da própria noção de democracia, conforme anota Canotilho (2003, p. 290), ao afirmar que o exercício democrático do poder compreende a contribuição e participação de todos, que se manifesta na igualdade de voto e na igualdade da concorrência eleitoral.

Assim que, “[...] verificados desvios que provoquem assimetrias entre os partícipes do processo eleitoral (e.g., candidatos, partidos políticos, coligações), a jurisdição eleitoral deverá intervir ativamente para restabelecer o cenário de normalidade e legitimidade no certame eleitoral” (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 21).

Apona-se como quarto vetor o minimalismo judicial, que teve em Cass Sunstein seu maior expoente, no sentido de que a atuação da Justiça Eleitoral deve evitar **generalizações prematuras**:

O minimalismo consubstancia a técnica decisória que melhor se coaduna com as singularidades existentes nos casos concretos em matéria eleitoral, evitando, bem por isso, generalizações prematuras, incompatíveis com as especificidades dos casos concretos eleitorais, nomeadamente as discussões envolvendo inelegibilidade e a configuração, ou não, de ilícitos eleitorais. Do contrário, ao procurar generalizar os fundamentos das decisões de modo a albergar outros casos futuros, poderíamos, no limite, comprometer a própria efetividade da Constituição, em geral, e da legislação eleitoral, em especial (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 22).

Por último, a observância dos precedentes judiciais, no sentido de que a jurisdição eleitoral deve se ater ao que decidido pelo STF e TSE, sempre que houver identidade entre os casos concretos. Esse vetor será objeto de análise mais detida no último capítulo do presente trabalho.

#### 2.3.4 Papel preventivo e repressivo da jurisdição eleitoral

Há de se pontuar duas formas de atuação da Justiça Eleitoral: a) quando examina a adequação do candidato ao estatuto jurídico das elegibilidades nos registros de candidatura, pode ser dito que exerce um papel preventivo, ou seja, afasta da disputa candidato inelegível ou que não ostente condição de elegibilidade; b) quando aprecia demandas que envolvem o cometimento de ilícitos eleitorais e deve deliberar acerca da cassação de mandato obtido mediante o sufrágio universal, exerce papel repressivo, ou seja, desconstitui o mandatário da titularidade do cargo.

Assim, são dois momentos distintos e possuem causas diversas, enquanto o

indeferimento do registro de candidatura não envolve ilícito eleitoral, diferentemente, a cassação do registro, diploma ou mandato, resulta do reconhecimento da prática de ato que malfezere bem jurídico protegido pela legislação eleitoral, qual seja, a isonomia entre os candidatos, a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral, a higidez e a transparência das contas, tudo conforme a infração praticada.

Contudo, o mais importante de ser considerado é que, no primeiro caso, (registro de candidatura) o candidato não ostenta a condição de eleito ou exercente de mandato eletivo. Já no segundo, (cometimento de ato ilícito), há um mandato popular como núcleo da decisão.

Diante dessas considerações, Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão (2018, p. 108), apontam para um standard diferenciado, no sentido de que na fase do registro de candidatura a Justiça Eleitoral deva preponderar a moralidade prevista no §9º do art. 14 da Constituição Federal como critério preferencial. Diversamente, quando se tratar de afastar titular do mandato do seu cargo, necessário “[...] um ônus argumentativo mais elevado daqueles que impugnam o mandato, mediante a comprovação de ilícitos eivados de extrema gravidade e aptos a comprometer, sobretudo, a legitimidade e normalidade das eleições” (FUX; FRAZÃO, 2018, p. 108), porque a soberania popular seria um valor preponderante a ser preservado.

### **3 A FICHA LIMPA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tendo como pano de fundo a proposta teórica de Ronald Dworkin, o presente capítulo pretende analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, sob as seguintes perspectivas: a) um modelo de democracia constitucional substantiva, tendo como eixo os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, em uma comunidade em que cada componente mereça igual consideração e respeito; b) uma teoria da interpretação constitucional estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, de forma coerente e mediante critérios objetivos.

Para concretizar o objetivo, após estabelecer a diferenciação entre inelegibilidades, condições de elegibilidade e direitos políticos, será trazido histórico acerca da matéria nas Constituições Federais do Brasil, desde a Imperial até a Emenda Constitucional de Revisão n. 4 de 1994, que acrescentou as expressões: “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1994) ao texto constitucional, a fim de apontar o contexto histórico quando do surgimento das novas restrições à elegibilidade pela Lei Complementar n. 135/2010.

Ainda nesse item, serão analisados os principais argumentos que sustentaram o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, quando o Supremo Tribunal Federal, rejeitou a possibilidade de obstaculizar o registro de candidatura daqueles que estivessem respondendo a processos criminais sem condenação com trânsito em julgado. A Suprema Corte, nessa decisão, considerou que o princípio constitucional da presunção de inocência veda o reconhecimento de mácula à vida pregressa do candidato em face da simples existência de demandas criminais sem a ocorrência da coisa julgada.

Ao depois, de modo conjugado, será examinado o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578 e nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 29 e 30, julgou constitucionais as restrições à elegibilidade, em acórdão com 383 páginas.

Nesse julgamento, o STF assentou a constitucionalidade da Lei Complementar

n. 135/2010 sob três fundamentos principais: a) a elegibilidade é mera adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral, não havendo direito adquirido relativamente ao estatuto anterior; b) as inelegibilidades não possuem natureza de sanção; c) as novas hipóteses materiais de inelegibilidades (de 8 para 16) e a extensão dos prazos (para 8 anos), aplicam-se às situações jurídicas anteriores à sua edição, sem ofensa à coisa julgada ou à segurança jurídica.

Na sequência, tenciona-se verificar o alcance do princípio da proteção da probidade administrativa, da moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Essa verificação permitirá estabelecer as diretrizes e balizas impostas pela Constituição Federal para a criação e o reconhecimento de inelegibilidades. Significa dizer que, restrições impostas para além desses conceitos, devem ser tidas como em não conformidade com os parâmetros constitucionais.

### **3.1 Histórico Constitucional das Inelegibilidades até a Emenda Constitucional de Revisão n. 04/1994**

Para que seja possível avançar, necessário consolidar alguns conceitos básicos que serão utilizados neste capítulo: direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidades.

Na atualidade, José Jairo Gomes refere: “denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado” (GOMES, 2017, p. 4).

Durante muito tempo os direitos políticos foram reduzidos à possibilidade de participação do cidadão no processo político, votar e ser votado, ou seja, capacidade eleitoral ativa e passiva.

Mas eles representam muito mais que isso, além da participação por meio do referendo, plebiscito e iniciativa popular, foram elencados no rol dos direitos e garantias fundamentais, imprescindíveis para criação e manutenção das condições elementares para uma vida em sociedade com liberdade e dignidade humana.

Por serem direitos fundamentais, como ensina Sarlet, são dotados de dupla dimensão: subjetiva e objetiva, equivale dizer, são considerados não só como direitos subjetivos individuais, como também princípios fundantes da estrutura objetiva da ordem democrática e das ações do Estado:

[...] mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos etc.) constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades. De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia (SARLET, 2015, p. 62).

Sarlet aponta a existência de uma imbricação dos direitos fundamentais com a ideia de democracia e rememora a existência de inegáveis tensões entre direitos fundamentais e algumas dimensões da democracia, especialmente em face do reconhecido caráter contramajoritário que se identifica naqueles (SARLET, 2015), operando, como **trunfos contra a maioria** (NOVAIS, 2006), gerando um estado de permanente conflito com o processo decisório político, o que, entretanto, não invalidaria a relação de interdependência entre eles, “[...] já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia (SARLET, 2015, p. 62).

Com essa mesma intelecção, Daniela Romanelli da Silva coloca os direitos políticos como viabilizadores da democracia:

Ao assegurar aos cidadãos a igualdade de poder, isto é, que cada um seja titular de um voto, que a vontade de cada cidadão seja dotada rigorosamente da mesma dignidade, ao garantir que a vontade dos cidadãos constitua a base da autoridade do governo e ao permitir que algumas decisões sejam efetivamente produto direto da vontade do conjunto dos cidadãos, os direitos políticos cumprem o seu compromisso com a democracia. E são capazes de cumpri-lo porque são poderes de decisão. Não tivessem os direitos políticos essa dimensão decisória, a vontade dos cidadãos acabaria sendo substituída pela vontade dos membros mais poderosos ou mais influentes da sociedade, daqueles que dispõem de mais recursos para fazer avançar os seus designios. Graças aos atributos dos direitos políticos é que existe uma conexão entre a vontade dos cidadãos e o funcionamento do Estado (SILVA, 2005,

p. 138).

Daí a importância de serem os direitos políticos levados a sério no Estado Democrático de Direito.

Estabelecida a fundamentalidade que caracteriza os direitos políticos, há de se fazer a distinção com as condições de elegibilidade e inelegibilidades.

As condições de elegibilidade são os requisitos constitucionais que devem ser preenchidos pelo cidadão que pretender exercer mandato eletivo<sup>1</sup>.

Na dicção de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, são taxativas e previstas exclusivamente no texto constitucional, cujo rol é *numerus clausus*:

Sua regulamentação se cingiu à seara normativa, ou seja, suas condições podem ser verificadas por elementos fáticos facilmente subsumidos pelo tipo legal. Preferiu o legislador constituinte fugir de elementos morais, como idoneidade, devido a ser um conceito de difícil conceituação, o que facilitaria interpretações que cerceassem a elegibilidade dos cidadãos, prerrogativa essencial para o desenvolvimento dos direitos políticos (VELLOSO; AGRA, 2010, p. 71).

As inelegibilidades, diferentemente, são restrições ao direito de ser votado, representam limitações à possibilidade de disputar cargo eletivo, são condições negativas nas quais o candidato não pode incorrer, sob pena de se ver impedido de concorrer a mandato público.

Adriano Soares da Costa enfatiza que “[...] a inelegibilidade é o estado jurídico de quem não possui elegibilidade, é dizer, o direito subjetivo público de ser votado (direito de concorrer a mandato eletivo), seja porque nunca a teve, seja porque a perdeu” (COSTA, 2016, p. 183).

Velloso e Agra asseveram que:

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, impedindo-o de exercer seus direitos políticos de forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto (VELLOSO; AGRA, 2010, p. 76).

---

<sup>1</sup> Dispõe o § 3º do art. 14 da Constituição Federal que são condições de elegibilidade: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima, conforme o cargo: trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; vinte e um anos para Deputado federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; dezoito anos para Vereador (BRASIL, 1988).



No que refere ao conceito de inelegibilidade, Gomes ensina:

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar (GOMES, 2017, p. 193).

Antonio Carlos Mendes esclarece que a inelegibilidade pode ser considerada sob três significados normativos: a) objetivamente, como impedimento à candidatura; b) instituto que determina a desincompatibilização; c) sanção por descumprimento à ordem jurídica (MENDES, 1994).

Rodrigo Lopez Zilio sinaliza a importância do elemento nuclear da inelegibilidade como sendo o escopo fundamental à preservação da liberdade de voto e a legitimidade e normalidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função e, ainda, a proteção da probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato (ZILIO, 2018b, p. 208). Adverte, ainda, que as inelegibilidades ou estão previstas na Constituição Federal ou em lei complementar.

Segundo Francisco de Assis Vieira Sanseverino, as inelegibilidades constituem-se restrição ao direito de ser votado do cidadão e podem ser originadas antes ou depois do registro de candidatura, estabelecidas na Constituição Federal ou Lei Complementar (SANSEVERINO, 2010, p. 128).

Importante reforçar que inelegibilidade não se confunde com suspensão de direitos políticos. A suspensão macula o direito de votar e ser votado e a inelegibilidade apenas o direito de ser votado. Embora todo aquele que esteja com direitos políticos suspensos esteja inelegível, o mesmo não pode ser dito em relação ao impedido de se submeter ao escrutínio secreto, pois a ele é concedido o direito de exercer o sufrágio.

A inelegibilidade configura um requisito negativo, distinguindo-se da condição de elegibilidade, assim considerada como circunstância positiva que deve estar presente para que um cidadão concorra em um certame eletivo.

José Carlos Moreira Alves esclarece:

Não há que confundir, em face de nosso sistema constitucional, pressupostos (ou condições) de elegibilidade e inelegibilidades, embora a ausência de qualquer daqueles ou a incidência de qualquer destas impeça alguém de poder candidatar-se a eleições municipais, estaduais ou federais. Pressupostos de elegibilidade são requisitos que se devem preencher para que se possa concorrer às eleições. Assim, estar no gozo de direitos políticos, ser alistado como eleitor, estar filiado a partido político, ter sido escolhido como candidato do partido a que se acha filiado, haver sido registrado, pela Justiça Eleitoral, como candidato por esse partido. Já as inelegibilidades são impedimentos que, se não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer às eleições, ou – se supervenientes ao registro ou se de natureza constitucional – servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito. [...] Portanto, para que alguém possa ser eleito, precisa preencher pressupostos (requisito positivo) e não incidir em impedimentos (requisito negativo). Quem não reunir essas duas espécies de requisitos – o positivo (preenchimento de pressupostos) e o negativo (não incidência em impedimentos) – não pode concorrer a cargo eletivo (ALVES, 2016, p. 234-235).

As inelegibilidades representam, assim, restrições a direitos fundamentais, exigindo que as decisões judiciais recorram a argumentos de princípio, tendo como pressuposto uma interpretação estruturada sobre o conceito de integridade.

O reconhecimento de inelegibilidade pelo Poder Judiciário afasta o cidadão da disputa por cargos eletivos, causando influência direta na vontade popular, na democracia representativa, razões que elevam a preocupação com a motivação coerente e transparente das decisões judiciais, amparadas em critérios objetivos.

Ditas decisões judiciais não podem ser produto de arbítrio ou discricionariedade judicial, sendo oportuno lembrar que para Dworkin, mesmo nos casos difíceis o juiz tem de decidir e dar a resposta correta:

Em minha argumentação, afirmei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, tem o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente (DWORKIN, 2010, p. 127-128).

Fixados os conceitos básicos acerca do que se entende por inelegibilidade, condição de elegibilidade e direitos políticos, é possível avançar para a contextualização histórica do tema desde a Constituição Imperial de 1824 até a de 1988, a fim de bem compreender o contexto existente quando do advento da Lei Complementar 135/2010.

A história constitucional do Brasil revela que os direitos políticos foram contemplados em todas as Constituições Brasileiras, desde a de 1824 até a de 1988. Mesmo constituições outorgadas por regimes autoritários, previam direitos políticos.

Néviton Guedes menciona que em 1857, Pimenta Bueno, ao comentar a Constituição de 1824, já alertava para a essencialidade dos direitos políticos à construção e garantia das liberdades fundamentais, funcionando como instrumento de fiscalização e observância da Constituição e meio de expressar ideias e influir na sociedade política (GUEDES, 2013).

Na Constituição do Império de 15 de março de 1824, admitia-se a suspensão dos direitos políticos em face de incapacidade física ou moral ou por sentença condenatória à prisão ou degredo, que seria uma espécie de banimento<sup>2</sup>. Estabelecia, dentre outros, critérios para restringir o direito a ser votado fundados na aferição de renda líquida anual ou professar ou não a religião do Estado.

A Carta de 1891, assim como a de 1824, definiram como hipóteses de suspensão dos direitos políticos, a incapacidade física ou moral e a condenação criminal, com a ressalva de não mais constar o degredo. No que refere à inelegibilidade absoluta, estabeleceu restrição apenas àqueles que não poderiam alistar-se eleitores (mendigos, analfabetos, militares, religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual). Para os cargos de Presidente e Vice-Presidente, fixou, pela vez primeira, inelegibilidades reflexas, consoante o disposto no art. 47, § 4º:

Art. 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos.

[...]

§ 4º - São inelegíveis, para os cargos de Presidente e Vice-Presidente os parentes consanguíneos e afins, nos 1º e 2º graus, do Presidente ou Vice-Presidente, que se achar em exercício no momento da eleição ou que o tenha deixado até seis meses antes (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1934 considerou inelegíveis os Chefes do Ministério Público, os membros do Poder Judiciário, inclusive os membros da Justiça Eleitoral (criada

---

2 Degredo é uma pena de desterro ou exílio imposta judicialmente em caráter excepcional como punição de um crime grave, constituindo uma forma de banimento. Os artigos 7 e 8 da Constituição do Império de 1824 assim disciplinavam os direitos políticos:

Art. 7. Perde os direitos de Cidadão Brasileiro:

I. O que se nataralisar em paiz estrangeiro;

II. O que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro;

III. O que for banido por Sentença.

Art. 8. Suspende-so o exercício dos Direitos Politicos:

I. Por incapacidade physica, ou moral.

II. Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, emquanto durarem os seus efeitos (BRASIL, 1824).

pelo Código Eleitoral de 1932) e Militar, os Ministros do Tribunal de Contas, e os Chefes e Subchefes do Estado Maior do Exército e da Armada e os parentes, até o terceiro grau, inclusive os afins, do Presidente da República, até um ano depois de haver este definitivamente deixado o cargo, salvo, para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, se já tiverem exercido o mandato anteriormente ou forem eleitos simultaneamente com o Presidente.

A Carta de 1934 vigorou até a instauração, em 1937, do Estado Novo, quando Getúlio Vargas extinguiu a Justiça Eleitoral e colocou sob a prerrogativa da União a competência para legislar sobre Direito Eleitoral. Na medida em que ao Presidente da República era reservada a competência para promulgar Decretos-lei sobre matérias da competência legislativa da União, ao Chefe do Executivo coube o controle das eleições. Remanesceu apenas uma hipótese de inelegibilidade direcionada exclusivamente aos não-alistáveis, permitindo, contudo, que oficiais das Forças Armadas, ainda que não-alistáveis, pudessem disputar cargos eletivos<sup>3</sup>.

Posteriormente ao Estado Novo, restabelecida a Justiça Eleitoral em 1945, com a Constituição de 1946 foi reafirmada a inelegibilidade dos inalistáveis, considerando alistáveis os militares.

Com a deflagração da Ditadura Militar e da Constituição de 1967, sensivelmente modificada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, instituído o bipartidarismo, houve mudanças no tema das inelegibilidades.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 fixou no art. 151:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e

IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato (BRASIL, 1969).

Essa disciplina, por meio da Emenda Constitucional n. 08/77, foi modificada,

---

3 O alistamento eleitoral é o procedimento voluntário por meio do qual o indivíduo habilita-se ao exercício dos direitos políticos. É o alistamento que concede à pessoa a condição de cidadão para todos os e feitos legais (ZILIO, 2018b, p. 156). São alistáveis, obrigatoriamente, os maiores de dezoito anos e menores de setenta anos, facultativamente, os analfabetos, os maiores de setenta e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Não são alistáveis os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

sendo conferido ao art. 151, redação que excluiu a expressão vida pregressa, passando a vigorar com o seguinte teor:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato:

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e

IV - a moralidade para o exercício do mandato (BRASIL, 1977).

Para regulamentar esse preceito constitucional foi editada a Lei Complementar n. 05/1970, que, dentre as inúmeras hipóteses de inelegibilidade, estabeleceu restrição à capacidade eleitoral passiva em face de instauração de processo judicial contra qualquer candidato que houvesse incidido em suposta prática de determinadas infrações penais:

Art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo eletivo:

[...]

n) os que tenham sido condenados ou **respondam a processo judicial**, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados (BRASIL, 1970) (Grifo nosso).

Como se verifica, à época do regime militar, a simples circunstância de haver sido recebida denúncia acerca de crime contra a segurança nacional, por exemplo, era suficiente para caracterizar inelegibilidade.

Mas, ainda no Governo do Presidente Figueiredo, esse dispositivo legal foi modificado pela Lei Complementar n. 42/1982, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo eletivo:

[...]

n) **os que tenham sido condenados** por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados (BRASIL, 1982) (Grifo nosso).

Com a alteração foi vedada a possibilidade de considerar-se inelegível aqueles que estivessem respondendo a processo criminal.

Com o fim da Ditadura Militar e produto da redemocratização do país, adveio a Constituição Federal de 1988, cujo espírito e influências democráticas são indiscutíveis, tanto que também denominada de Constituição Cidadã<sup>4</sup> houve uma nova regulamentação no tema das inelegibilidades.

Como se percebe, ao longo da história constitucional, o sistema de inelegibilidades sofreu mutação para apenas considerar inelegíveis aqueles que tivessem sido condenados criminalmente com decisão transitada em julgado, refletindo amadurecimento do tema que outrora tinha por inelegíveis os que estivessem sendo demandados em processos criminais.

O § 9º do art. 14 da Constituição Federal estabeleceu os requisitos constitucionais à criação de inelegibilidades:

Art. 14. [...]

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1988).

A redação do dispositivo constitucional sofreu alteração por meio da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 07 de junho de 1994, acrescentando-se ao texto a proteção da “probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1994), ficando assim redigido:

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 **a vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1994) (Grifo nosso).

Com o acréscimo da expressão vida pregressa do candidato, muitas ações de impugnação de registro foram intentadas com o propósito de afastar da disputa eleitoral, candidatos que estivessem respondendo a processos judiciais, mesmo sem juízo condenatório, ao argumento de que não deteriam vida pregressa compatível para exercer mandato eletivo<sup>5</sup>.

4 Assim denominada por Ulysses Guimarães, em discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988 na Câmara dos Deputados.

5 Registro. Deferimento. Impugnação. Constituição, art. 14, § 9º c.c. art. 37, § 4º. Inexistência de

Com o propósito de inibir a reiterada discussão sobre o tema e, de forma deferente ao Poder Legislativo, valendo-se de sua função normativa, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Súmula n. 13, publicada no DJ de 28, 29 e 30.10.1996, com o seguinte teor: “Não é autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994” (TSE, 1996).

Mesmo com a indicação do entendimento sumulado do Tribunal Superior Eleitoral, a Associação dos Magistrados Brasileiros, em junho de 2008, ingressou no Supremo Tribunal Federal, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, suscitando que em face da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/94, não seria necessário aguardar o trânsito em julgado da condenação para o reconhecimento de inelegibilidade.

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, decidindo que a Justiça Eleitoral não poderia, com fundamento no conceito de vida pregressa, indeferir registro de candidatura de postulantes a cargos eletivos sem o necessário trânsito em julgado da condenação<sup>6</sup>.

---

aplicação imediata. Exigência de lei infraconstitucional. Recurso a que se nega provimento (TSE - Rec. 12.082/MA - Rel. Min. Diniz de Andrada - J. em 04.08.1994). Registro. Deferimento. Impugnação. Vida pregressa. Fatos desabonadores. Inelegibilidade (CF, art. 14, § 9º). Não pode prosperar a impugnação arrimada em normas constitucionais que não são autoaplicáveis, a depender de lei complementar. Recurso a que se nega provimento (TSE - Rec. 12.107/RJ - Rel. Min. Flaquer Scartezini - J. em 06.08.1994).

- 6 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR N. 5/70 (ART. 1º, I, “n”), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR

Digno de nota, os argumentos deduzidos pelo Relator da ADPF 144, Min. Celso de Mello, ao mencionar advertência do Ministro Eros Grau, no sentido de que em uma democracia representativa, não se pode pretender interpretação que substitui, com sério e grave comprometimento da legalidade e do procedimento legal, a racionalidade formal do direito, que se fundamenta nas instituições e nas leis, por critérios que possam afrontar a segurança e a certeza jurídicas, com risco à integridade do próprio sistema de garantias trazido pela Constituição.

Ao Poder Judiciário não é concedida a possibilidade de, na ausência de lei complementar, fixar critérios de aferição da vida pregressa de candidatos com a finalidade de configurar hipótese de inelegibilidade, sob pena de ser invertida a cláusula de presunção de não culpabilidade pela presunção de culpabilidade. A garantia da presunção de inocência não

---

SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR N. 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC N. 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI N. 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/1990 (ART. 1º, I, "g") - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF n. 144, Relator: Min. Celso de Mello. j. 06 ago. 2008). Disponível em: <[http://WWW.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144\\_ementa.pdf](http://WWW.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2019.



autoriza a incidência de qualquer restrição a direitos até que a decisão transite em julgado. Além disso, à aplicação da inelegibilidade requer uma descrição típica, uma tipicidade, sob pena de ser permitido ao juiz que, de acordo com sua concepção de mundo, severidade, rigor, eleja situações, de forma discricionária, para impedir exercício de direito fundamental, o que seria um retrocesso. Invalidar ou repudiar a presunção de inocência é uma atitude que não convive com o regime democrático.

Transcreve-se excertos do voto do Ministro Celso de Mello:

Com a instauração, em nosso País, de uma ordem plenamente democrática, assim consagrada pela vigente Constituição, intensificou-se o círculo de proteção em torno dos direitos fundamentais, qualquer que seja o domínio de sua incidência e atuação, compreendidos, para efeito dessa tutela constitucional e em perspectiva mais abrangente, todos os blocos normativos concernentes aos direitos individuais e coletivos, aos direitos sociais e aos **direitos políticos**, em ordem a conferir-lhes real eficácia, seja impondo, ao Estado, deveres de abstenção (liberdades clássicas ou negativas), seja dele exigindo deveres de prestação (liberdades positivas ou concretas), seja, ainda, **assegurando, ao cidadão, o acesso aos mecanismos institucionalizados de exercício do poder político na esfera governamental (liberdade-participação)**. [...] Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja **prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral**. [...] Com igual razão, **restrições à esfera jurídica de qualquer pessoa, porque qualificadas por seu caráter essencialmente gravoso, não podem derivar, seja da mera instauração de procedimentos estatais contra alguém, seja da prolação de sentenças judiciais de condenação ainda não tornadas irrecorríveis, especialmente no campo do exercício da cidadania e, em particular, no plano da elegibilidade**. [...] A perda da elegibilidade constitui situação impregnada de caráter excepcional, pois inibe o exercício da cidadania passiva, comprometendo a prática da liberdade em sua dimensão política, eis que impede o cidadão de ter efetiva participação na regência e na condução do aparelho governamental. [...] Devo ressaltar, neste ponto, Senhor Presidente, com especial veemência, que o Supremo Tribunal Federal e os órgãos integrantes da Justiça Eleitoral não podem agir abusivamente nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na Constituição da República. Em consequência de tais limitações constitucionais, **o Judiciário não dispõe de qualquer poder para ferir, com a inelegibilidade, quem inelegível não é, seja em face do texto constitucional, seja em face da legislação comum, de natureza complementar** (STF, 2008) (Grifos nossos).

O Relator Ministro Celso de Mello prossegue asseverando que, apesar de reconhecer a importância das pautas interpretativas da probidade e moralidade para o exercício de cargos eletivos, a caracterização da inelegibilidade pressupõe o trânsito em julgado das decisões judiciais. Ainda, acrescentou que a legitimidade dos fins não justifica a

ilegalidade ou inconstitucionalidade dos meios cuja adoção se entenda necessária à consecução dos objetivos visados, por mais elevados, dignos e inspirados que sejam.

Restou assentado naquele julgamento, que no Estado Democrático de Direito, há limites juridicamente impostos pelos direitos e garantias fundamentais reconhecidos ao cidadão, que impedem a fixação de critérios e normas que restrinjam o exercício de direitos, em prejuízo ao princípio da presunção de inocência, da divisão funcional do poder e da proporcionalidade.

A presunção de inocência, por sua vez, figura como valor fundamental e se conecta com a dignidade da pessoa humana, legitimando a ideia democrática no contexto das sociedades civilizadas.

De outro vértice, ficou pontuado que a privação da elegibilidade é medida excepcional, pois interfere diretamente no eixo da representação democrática. Nessa perspectiva, para sua caracterização, ao Poder Judiciário não é conferido o direito de extrapolar os limites postos pela Constituição da República, fixando critérios próprios ou autônomos por meio de decisão judicial, para assentar ser inelegível quem não o é.

Diante do que foi acima articulado, é possível concluir que o STF, ao apreciar a ADPF 144, assentou a impossibilidade de que o julgador viesse a estabelecer restrição à elegibilidade sem previsão em lei.

No próximo tópico, pretende-se analisar a interpretação judicial empreendida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade material da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010.

### **3.2 A Ficha Limpa e a Interpretação do Supremo Tribunal Federal**

Como adiante será examinado, a postura do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade material da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, foi de autocontenção em relação ao Poder Legislativo, deixando de exercer seu papel contramajoritário<sup>7</sup>.

Até o advento da Lei Complementar n. 135/2010, o pressuposto para o reconhecimento de inelegibilidades era a definitividade, operada pela coisa julgada, de condenações cíveis ou criminais. E, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal

---

7 O STF optou por uma atuação autocontida, em detrimento do exercício de sua função contramajoritária, ou seja, de contraposição à decisão da maioria quando houver violação aos direitos e garantias fundamentais.

havia em 2008, na ADPF 144, rejeitado a possibilidade ser restringida a capacidade eleitoral passiva, sem o trânsito em julgado de condenações cíveis ou criminais, como visto no tópico anterior.

Rompendo essa sistemática, a Ficha Limpa (LC 135/2010) inaugura cenário jurídico prevendo inelegibilidades incidentes desde a condenação proferida por órgão colegiado, matéria que suscitou e ainda pende de divisão doutrinária<sup>8</sup>.

Neste item, serão analisados os principais argumentos que nortearam o veredicto final de constitucionalidade da Ficha Limpa, com o propósito de cumprir três objetivos: a) explicitar a matéria encoberta pela força vinculante do julgamento, cujo revolvimento é vedado (ADC n. 29, ADC n. 30 e ADI n. 4578, j. 16/02/2012); b) confrontar com os argumentos de princípio, critérios de coerência e integridade defendidos por Ronald Dworkin; c) demonstrar que a autocontenção, em se tratando de violação a direitos políticos fundamentais que impactam a Democracia Constitucional, em uma perspectiva substancialista, não se afigura como o papel correto a ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

Produto de campanha popular, a denominada Lei da Ficha Limpa foi gerada em função do anseio de uma parte da população que pretendia fosse considerada a vida pregressa dos candidatos a mandatos eletivos, como elemento a configurar a inelegibilidade dos postulantes a mandato eletivo.

O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que congregava cerca de 43 entidades, entre elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), em setembro de 2009, entregou ao então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, Projeto de Lei com 1 milhão e 300 mil assinaturas presenciais,

---

8 Djalma Pinto, na apresentação da obra escrita com Elke Braid Petersen assim se manifesta: “A Lei da Ficha Limpa traduz a mais veemente exigência, feita pela sociedade, de pessoas comprometidas com a ética e não apenas com os seus interesses pessoais para a investidura no poder político. A necessidade dessa norma e de outras ainda mais rigorosas sobre inelegibilidade reflete o profundo déficit do Brasil, no preparo para a cidadania, expressamente exigido no art. 205 da Constituição” (PETERSEN; PINTO, 2014, p. 9).

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves reconhece exageros na Ficha Limpa, que devem ser corrigidos pelo Judiciário, na medida em que são previstas inelegibilidades em situações de escassa lesividade, como casos de demissão de funcionário público ou infração ético-profissional (GONÇALVES, 2018, p. 147-148). Ruy Samuel Espíndola, ao apresentar obra que reúne coletânea de artigos sobre a efetividade dos direitos políticos, assenta severa crítica à Ficha Limpa e ao moralismo eleitoral “que tem propugnado, sem o confessar, uma democracia sem voto, sem representação popular, no qual se marginalizam candidaturas, se infantilizam os eleitores e se demoniza a democracia 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” (ESPÍNDOLA, 2018, p. 11).

preenchendo o requisito de 1% do eleitorado brasileiro previsto na Constituição Federal para iniciativa popular.

O projeto foi aprovado, à unanimidade, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sancionada pelo Presidente Lula em 04 de junho de 2010, transformando-se na Lei Complementar n. 135, cuja vigência iniciou-se em 07 de junho de 2010.

No que refere à matéria relativa às inelegibilidades, a citada Lei Complementar promoveu as seguintes modificações: a) ampliação das hipóteses materiais de 8 (oito) para 16 (dezesesseis); b) antecipação dos efeitos das decisões judiciais para a partir do julgamento por órgão colegiado, independentemente do trânsito em julgado; c) prazos de suspensão da capacidade eleitoral passiva fixados linearmente em 8 (oito) anos; d) alterações na redação de algumas hipóteses<sup>9</sup>.

---

9 Art. 1º Esta Lei Complementar altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. Art. 2º A Lei Complementar n. 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º [...] I, c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...] j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição

Assim que entrou em vigor, sua aplicação às eleições do mesmo ano de 2010 foi questionada, diante do princípio da anualidade previsto no art. 16 da Constituição Federal: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (BRASIL, 1988).

A matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 633.703, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde ficou assentada a inaplicabilidade da

---

Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; [...] § 4º A inelegibilidade prevista na alínea “e” do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada. § 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea “k”, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar”. “Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu”. “Art. 22. [...] XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; XV – (revogado); XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. “Art. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições”. “Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de *habeas corpus* e mandado de segurança. § 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares. § 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e

Lei Complementar n. 135/2010 às eleições de 2010<sup>10</sup>.

Naquela oportunidade, foram expressamente excluídas do julgamento, questões envolvendo a adequação material das novas hipóteses de inelegibilidades à Constituição Federal, sendo objeto de apreciação apenas sua aplicabilidade (LC 135/2010) em face do princípio da anterioridade eleitoral disposto no artigo 16 da Constituição.

Insta ressaltar algumas considerações tecidas sobre a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, feitas pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do

---

municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares. § 3º O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização”. “Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. § 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de *habeas corpus*. § 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedido ao recorrente. § 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo”. Art. 3º Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o caput do art. 26-C da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar. Art. 4º Revoga-se o inciso XV do art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação. (BRASIL, 2010).

10 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. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos

mencionado julgamento (RE 633.703 MG).

A primeira delas diz com a não incompatibilidade entre a jurisdição constitucional e o sistema democrático, no sentido de que devem ser impostos limites aos anseios da maioria, merecendo disciplina o exercício da vontade majoritária. E é por meio desse controle, que se pode reforçar as condições normativas da própria democracia.

O Relator rechaçou o argumento de que a lei de iniciativa popular teria qualquer influência quanto ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Isso porque, em relação a temas complexos como esse, a maioria apresenta uma solução simples, mas normalmente equivocada, errada. No caso da Lei da Ficha Limpa, houve a crença da população de que a improbidade administrativa poderia ser combatida por meio da restrição de candidaturas em face da vida pregressa. Mas há de se considerar que a missão do Supremo Tribunal Federal é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse, disse o Relator, é um caso paradigmático que trata do conflito entre a jurisdição constitucional e democracia.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, ao consagrar o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional contra a maioria, como exteriorização do devido processo legal e da igualdade de chances, salvaguardou a proteção do direito fundamental à elegibilidade.

Ressalta-se que antes da decisão acima do STF, o TSE, ao responder a duas consultas sobre a aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010 ao pleito de 2010, afirmou

---

teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calçados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 633.703. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário, julgamento em 23 março de 2011 (BRASIL, 2011, grifos nossos).

sua incidência para aquele pleito<sup>11</sup>, asseverando não ser necessária a observância do princípio da anterioridade eleitoral, o que demonstra a complexidade do tema.

Após o julgamento que estabeleceu a incidência da Lei Complementar n. 135/2010 às eleições de 2012, o Supremo Tribunal Federal foi chamado novamente a se pronunciar, mas, desta feita, em relação à constitucionalidade material das novas hipóteses de inelegibilidades na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578 e nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 29 e 30, Relatoria do Ministro Luiz Fux<sup>12</sup>.

- 
- 11 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. (Consulta n. 112026, Acórdão, Relator(a) Min. Hamilton Carvalhido, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 30/09/2010, Página 20-21) Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar n. 135/2010. 1. No julgamento da Consulta n. 1120-26.2010.6.00.0000, o Tribunal assentou que a LC n. 135/2010 tem aplicação às eleições gerais de 2010. 2. A LC n. 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. Consulta respondida afirmativamente e, em parte, prejudicada. (Consulta n. 114709, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 21, Tomo 3, Data 17/06/2010, Página 140).
- 12 EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR N. 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime



Foi declarada a constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidades instituídas pelas introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010<sup>13</sup>.

Por ocasião do julgamento, o Ministro Relator Luiz Fux referiu que o Supremo Tribunal Federal enfrentaria três questões: a) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010 poderiam alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal; b) se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art.

---

o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar n. 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n. 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus* público. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n. 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidades instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n. 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral) (BRASIL, 2012).

1º, I, m, da Lei Complementar n. 64/1990<sup>14</sup>, inserida pela Lei Complementar n. 135/2010; c) a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidades criadas pela Lei Complementar n. 135/2010.

Para fins didáticos, as inelegibilidades foram catalogadas em cinco grupos, conforme a origem do ato gerador: a) condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado; b) rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo

---

13 "[...] c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; (Redação dada pela Lei Complementar n. 135, de 2010). 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 n. 135, de 2010). e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Redação dada pela Lei Complementar n. 135, de 2010) 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 n. 135, de 2010) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar n. 135, de 2010) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (Incluído pela Lei Complementar n. 135, de 2010); k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do

Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); c) perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; d) renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; e e) exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional.

Em relação à consideração de fatos anteriores para o reconhecimento de inelegibilidades, o Relator assentou não haver ofensa ao princípio constitucional da irretroatividade das leis. Com o fito de demonstrar a correção do argumento, ancorou-se na doutrina de J. J. Gomes Canotilho, que faz a distinção entre retroatividade autêntica, que importa retroação *ex tunc*, incidindo sobre situações pretéritas, e a retroatividade inautêntica (ou retrospectividade), quando a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes. O que a Constituição Federal veda é a retroatividade dita autêntica e não a retrospectividade. Com essa diferenciação, a incidência da Lei Complementar n. 135/2010 a evento futuro (processo eleitoral) ocorrido após a data de publicação é hipótese de retroatividade inautêntica. Assim, apesar da atribuição de efeitos a fatos pretéritos, a hipótese seria de retrospectividade, admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

E, segue o Relator, no sentido de que a elegibilidade é mera adequação ao regime jurídico vigente, não se podendo dizer que o candidato tenha direito adquirido a candidatar-se, apenas expectativa de direito. Demais disso, a edição da Lei Complementar n. 135/2010 modificou o panorama normativo das inelegibilidades, de sorte que a sua aplicação,

---

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 n. 135, de 2010); n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; (Incluído pela Lei Complementar n. 135, de 2010); o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar n. 135, de 2010); p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; (Incluído pela Lei Complementar n. 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 (BRASIL, 2010).

- 14 Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] 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 (BRASIL, 1990).

posterior às condenações, não desafiaria a autoridade da coisa julgada.

Em relação à inelegibilidade resultante de exclusão do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, afastou-se a inconstitucionalidade, porque aquele impedido de exercer seu ofício, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato, não pode ter legítima expectativa de concorrer a cargo público.

No que diz respeito à produção de efeitos a partir de decisão de órgão colegiado, a decisão da maioria do STF procedeu à clivagem da presunção de inocência entre aquela que incidiria no direito penal, ligada a direito individual e aquela que seria contraposta à vida pregressa, moralidade e probidade, associada a direito coletivo, com o propósito de compatibilizar com a exigência constitucional da moralidade para o exercício de mandatos eletivos, consoante se constata pelo seguinte trecho do voto do relator:

Questiona-se, então: é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser **negativa**. Da exigência constitucional de **moralidade** para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, **há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo** (BRASIL, 2012) (Grifos nossos).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, assentou que a Lei Complementar n. 135/2010 cumpre os fins moralizadores a que se destina, sendo que os benefícios socialmente almejados em termos de moralidade e probidade são suficientes a sacrificar a liberdade individual.

Sobre a natureza jurídica das inelegibilidades, afirmou não se confundir com a sanção de suspensão de direitos políticos, porque as restrições à capacidade eleitoral passiva são condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, sendo que a suspensão ou perda dos direitos políticos ocasiona a restrição do direito de votar e ser votado.

O Relator ainda argumentou que deve ser atendido o anseio do cidadão, no sentido de que as cobranças da sociedade civil convergem no entendimento de que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país, concluindo

que:

Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.

O Ministro Fux, contudo, objetou o fato de que a antecipação da inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado significaria desarrazoada extensão do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, nas hipóteses de condenações criminais e condenações por ato doloso de improbidade administrativa. Ainda, fez a ressalva de inconstitucionalidade derivada de desproporcionalidade, constatada na inelegibilidade oriunda da renúncia ao mandato eletivo, desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de perda ou cassação de mandato.

O Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, aderiu à quase totalidade do voto do Relator, apresentando divergências apenas quanto às duas ressalvas mencionadas, aduzindo de forma efusiva a importância da iniciativa popular da lei e o fato de que foi criado um verdadeiro Estatuto da Moralidade no Processo Eleitoral. Aduziu que um projeto de iniciativa popular envolvendo o tema relativo à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma mera mobilização social.

Significa, acima de tudo, um despertar de consciência acerca do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Há no seio da sociedade brasileira um clamor pelo abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões como é o caso da abominável rouba mas faz.

O escopo é seguir em direção a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da coisa pública, da *res publica*. Enfatizou que foi a mobilização do povo que deu concretude ao comando constitucional, em homenagem aos valores fundamentais da moralidade e da honestidade no exercício das funções públicas.

Prossegue o Ministro Joaquim Barbosa, explicitando que na ponderação entre o individual e o coletivo, deve prevalecer a dimensão coletiva:

Não cabe, a meu ver, neste campo, sobrevalorizar o individualismo em detrimento do coletivo. Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos

individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos. É que a Democracia não constituirá nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação. E certamente inexiste legitimação política numa democracia representativa em que possam se eleger para cargos públicos pessoas que ostentem um prontuário judicial com condenação por qualquer das condutas elencadas na Lei Complementar 135/2010, após serem julgadas por duas instâncias do Poder Judiciário, a instância monocrática e a instância colegiada (BRASIL, 2012).

Essa ponderação a que alude o Ministro Joaquim Barbosa no sentido de prevalecer o interesse coletivo, em última análise aniquila os direitos políticos individuais, olvida a responsividade jurisdicional que deve permear uma democracia constitucional, cujo eixo é a valorização das liberdades e dos direitos fundamentais, na lição de Antonio Enrique Pérez Luño:

*Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio in dubio pro libertate. Con este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favore de la libertad del ciudadano [...] El principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 315).*

Inaugurando divergência, o Ministro Dias Toffoli manifestou-se no sentido de que, algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e, muitas vezes, cumpre ao Poder Judiciário o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da harmonia das forças democráticas, contra o estrangulamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito. São exemplos disso as decisões que abominam a pena de morte, o banimento ou a degradação moral dos presos.

No Brasil, no que diz respeito a esses três temas, o próprio constituinte originário proibiu o poder constituinte derivado de sobre eles deliberar. São as chamadas cláusulas pétreas, que emblematicamente demonstram essa postura defensiva contra as deliberações majoritárias. Na espécie, inegável que a Ficha Limpa é fruto da vontade popular, mas, apesar disso, há a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal no desate da incerta (ou certa) compatibilidade da legislação com as prescrições que a ela são superiores.

Ainda, não se pode olvidar que as leis restritivas do acesso ao que os romanos chamavam de *ius honorum*, o direito de disputar as honras das magistraturas, o equivalente moderno ao direito de ser votado, são também limitadoras da ampla participação democrática no processo eleitoral. No passado, há o registro de restrições censitárias, culturais, raciais e religiosas.

A história da humanidade conta com espécies nada edificantes de limitações ao direito de voto, em relação a pobres, a indivíduos de etnias diferentes da classe dominante, a filiados a partidos políticos de ideologias não conformistas e até a pessoas que tenham demonstrado determinada vocação religiosa. Essas situações devem ser compreendidas nessa dimensão histórica, principalmente quando são lançadas razões de natureza moral para excluir determinados indivíduos da vida pública.

E, em uma perspectiva histórica, denuncia que o regime autoritário de 1964 utilizou o pretexto da proteção da probidade e da moralidade administrativas como forma de indevida restrição de direitos fundamentais dos cidadãos e candidatos, mencionando que no julgamento da constitucionalidade da Ficha Limpa essa temática ressurgiu:

Veja-se que o problema atualmente submetido ao crivo deste Pretório Excelso não é novo, e os fundamentos moralizantes, típicos de épocas de “salvação nacional”, estão de volta ao cenário político-jurídico da Nação. Ao menos por esse importante aspecto, julgo não ser ocioso avivar a memória coletiva sobre a correlação histórica e os riscos do discurso moralizante, quando ele chega ao extremo de desrespeitar o núcleo essencial de direitos fundamentais, ainda que de indivíduos pelos quais não se exprime uma opinião das mais favoráveis. Entendo que as mazelas existentes no sistema político representativo, de domínio coletivo, não são reparáveis por meios que levam ao amesquinamento de garantias constitucionais há muito conquistadas, cuja imanência ou imbricação no seio social, no atual estágio de desenvolvimento da cultura jurídica, fazem-nos esquecer de sua importância. As pedras de toque do sistema constitucional, tais qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais, intangíveis, são objeto, por vezes, de tentativa de quebra. Pequenas fissuras, em certos casos, resultam em fraturas graves à estrutura do edifício normativo, e podem levar a sua ruína. O papel da Corte, às vezes desgostoso, mas necessário, é de combater abusos perpetrados pelo Poder Público, ainda quando veiculados pelo poder legiferante (BRASIL, 2012).

Para além disso, segue o Ministro Toffoli, inúmeros brasileiros foram obstados de desempenharem funções públicas após o movimento militar de 1964, tudo em nome de infamantes acusações de corrupção. O fundador desta capital federal, Juscelino Kubitschek de Oliveira, é apenas a face mais visível do uso do argumento moral (quase sempre incontestável) para excomungar expoentes políticos do processo eleitoral. Portanto, os julgamentos desta Corte têm compromisso com o julgamento da História e esse, na maioria

das vezes, difere das manchetes dos jornais do dia. Em 1º de abril de 1964, quase todos esses periódicos, cerraram fileiras em prol do novo regime, cuja apreciação pelo povo brasileiro só muito recentemente firmou-se de maneira adequada à pauta de valores humanísticos e universais.

O voto do Ministro Dias Toffoli foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não submetidas ao trânsito em julgado.

Os argumentos de que a inelegibilidade não é sanção e de que não está sendo aplicada retroativamente a fatos pretéritos, porque apenas seria considerada para eleições futuras voltaram à cena do julgamento no voto da Ministra Rosa Weber. Aduziu, ainda, que o condenado pode realizar escolhas, uma delas seria de não recorrer, deixando sua condenação transitar em julgado, pois assim a inelegibilidade já estaria a fluir.

Igualmente asseverou que a adoção de instrumentos que possam impedir a malversação da coisa pública, tornando inelegíveis aqueles que buscam assumir cargos eletivos com fins outros, que não o de promover o bem da coletividade, não é novidade, nem se pode considerar fato passageiro e isolado.

Ao contrário, a Lei da Ficha Limpa foi concebida no ventre moralizante da sociedade brasileira, que está a exigir dos poderes instituídos, primeiro do Legislativo, e, agora, do Judiciário, um basta. Sendo o Supremo Tribunal Federal uma corte contramajoritária, seus julgamentos não estão adstritos às vontades da maioria. Contudo, não pode ser insensível a ela (maioria).

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia, votando pela constitucionalidade da Ficha Limpa, assentou que o princípio constitucional a prevalecer deve ser o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, em detrimento da vontade de quem deseja disputar o pleito. A ética jurídica deve se sobrepôr ao desejo de quem quer ser candidato a cargo público. Assim, em que pese a inelegibilidade alcance a participação política do cidadão, resguarda-se a integridade da sociedade do risco de dano posterior provocado por agentes públicos que não demonstrem afinidade com os princípios constitucionais agasalhados pelo sistema.

O Ministro Ricardo Lewandowski enfatizou o fato de a Lei Complementar 135/2010 ser de iniciativa legislativa popular, contando com mais de um milhão e quinhentas mil assinaturas, recebendo apoio pela internet e aprovada, por unanimidade, nas duas Casas



do Congresso Nacional, passando pelo Presidente da República sem vetos. Assim, houve o apoio expresso dos representantes da soberania. Replicando os argumentos dos votos de seus pares pela constitucionalidade, acompanhou na íntegra as razões vertidas pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Louvando igualmente a iniciativa popular e o propósito moralizante da Lei Complementar 135/2010, o Ministro Ayres Britto consignou em seu voto:

Então a Lei da Ficha Limpa tem essa ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos. Candidatos respeitáveis. Esse é um dos conteúdos do que estou chamando de princípio do devido processo legal eleitoral substantivo. O outro conteúdo é o direito que tem o eleitor de escolher pessoas sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade (BRASIL, 2012).

Como se vislumbra, os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Rosa Weber e Cármen Lúcia olvidaram da importante atuação contramajoritária que deve permear o controle jurisdicional de constitucionalidade, voltada à proteção dos direitos e garantias individuais contra a vontade de maioria ocasional.

Ainda, ao cotejar o conteúdo dos debates travados ao longo do julgamento, verifica-se que não houve discussão sobre a natureza funcional dos direitos políticos. Sendo direitos de participação, cujo exercício está condicionado ao § 9º do art. 14 da CF, era necessário o enfrentamento da compatibilidade material das novas causas de inelegibilidade e o bem jurídico protegido. Por exemplo, há uma causa de inelegibilidade daquele que foi demitido do serviço público ou que realizou doação acima do limite legal. Pergunta-se: Qual a conformação dessas hipóteses com o § 9º do art. 14 da CF?

Essa circunstância foi denunciada por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves ao referir que: “Nesses casos, a inelegibilidade é providência gravosa e desproporcional, pois pode abranger situações de escassa lesividade, como a demissão de funcionário público faltoso, a infração ético-profissional de menor suposição ou a doação pouco acima do limite legal” (GONÇALVES, 2018, p. 147-148).

O que se percebe, é que não houve um debate sério e verticalizado entre as novas hipóteses criadas e o estatuto jurídico das inelegibilidades. O centro da discussão foi decisão colegiada versus presunção de inocência e a questão da (ir)retroatividade. Com isso, não houve uma filtragem constitucional adequada de várias hipóteses normativas de

inelegibilidades criadas pela nova lei.

Diferentemente dos votos pela constitucionalidade da Ficha Limpa, a argumentação deduzida pelo Ministro Gilmar Mendes centrou-se nos princípios da irretroatividade da lei, da presunção de não culpabilidade e da proporcionalidade. Em relação ao tema da irretroatividade da lei, concluiu que o legislador considerou fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro, em detrimento dos direitos políticos fundamentais de cidadãos específicos. Assentou não ser possível relativizar princípios com o propósito de satisfazer anseio popular. É necessário que os princípios sejam efetivos, de modo a concretizar sua força normativa vinculante, mesmo que contra uma maioria popular de ocasião. As decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais desempenham esse papel que, em realidade, é de cunho democrático. A liberdade de escolha do eleitor não pode sofrer interferência, sendo que a fase de registro de candidatos e partidos envolve igualmente o importante direito ao sufrágio popular. Daí ser um equívoco o emprego de expressões como vontade do povo, opinião pública, para justificar a relativização do princípio da presunção de inocência para fins eleitorais, em nome de uma moralização da política.

Dando continuidade ao seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que se o trânsito em julgado fosse rápido, não se estaria a discutir a sua desnecessidade para efeitos de restrição a direitos políticos. Entretanto, advertiu que essas mazelas do Poder Judiciário “[...] não podem ser suplantadas com o sacrifício das garantias constitucionais, sob pena de se descumprir duas vezes a Constituição: violando-se o princípio da celeridade e o princípio da presunção de inocência” (BRASIL, 2012).

No que diz respeito à inelegibilidade de 8 (oito) anos àqueles que forem excluídos do exercício da profissão por decisão sancionatória de órgão de classe, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que o dispositivo traz perplexidades. Lembrou que inelegibilidade é restrição de cidadania, mesmo que por determinado período. Assim, estão umbilicalmente ligados ao núcleo da democracia.

Nessa medida, não podem ficar ao alvedrio das decisões de conselhos profissionais, cujas indicações para o preenchimento de cargos são de caráter temporário e de ocupação política. Para além disso, os regimentos desses Conselhos, em muitos casos, são constituídos por meras resoluções dos próprios órgãos. Equivale dizer que, de forma temerária e atentatória ao Estado de Direito, entregou-se à cidadania a decisões de órgãos de classe.

Também o Ministro Gilmar Mendes reputou ter havido ofensa ao princípio da

proporcionalidade, especialmente naquelas hipóteses que projetam a inelegibilidade para um período de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena (casos de condenação criminal e improbidade administrativa). Cuidando-se de um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, um verdadeiro parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites aos direitos fundamentais, o conteúdo do princípio da proporcionalidade não pode ser atingido pelo legislador. Bem verdade que há uma margem de liberdade do legislador, mas o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser ultrapassado. Na espécie, o direito fundamental em relevo diz com o direito de ser votado, ou seja, cidadania passiva.

O problema a ser resolvido está em examinar se a inelegibilidade que pode chegar a 20 (vinte) anos é proporcional ou se restringe excessivamente o direito à elegibilidade. O princípio da proporcionalidade atua, no caso, proibição de excesso do legislador. Deve ser avaliado se a medida legislativa é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para cumprir com o propósito de obstaculizar que cidadãos tidos como ímprobos participem de eleições para o preenchimento de cargos políticos. Esse fim almejado poderia ser atingido com a imposição de inelegibilidade àqueles que contra si tiveram condenação de improbidade transitada em julgado, ou seja, há outros meios mais adequados e menos gravosos à situação política dos cidadãos.

Aqui já se pode constatar que a hipótese que estabelece a fruição da inelegibilidade com a prolação da decisão em segunda instância não sobrevive ao teste da proporcionalidade nos níveis da adequação e da necessidade. Indo além, igualmente a proporcionalidade em sentido estrito resta prejudicada porque considerada a inelegibilidade desde antes do trânsito em julgado e projetada pelo prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, na prática, a impossibilidade de concorrer a mandato eletivo pode ultrapassar 20 (vinte) anos.

A inconstitucionalidade da Ficha Limpa foi defendida igualmente pelos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, ao argumento da retroatividade indevida, com ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Digno de nota a expressão utilizada pelo Ministro Cezar Peluso, no sentido da caracterização da retroatividade maligna, circunstância que não se compatibiliza com a vocação normativa do Direito e com o próprio conceito de lei. E, sobretudo, ofensa ao que Lopez Oñate tem como garantia de fidelidade da ação humana a si mesma, enquanto concede

a cada um saber, de antemão, como seu agir será qualificado e inserido na vida social.

No que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, não pode ser admitida a imposição de restrições ou qualquer outro efeito de caráter gravoso ou lesivo ao réu que esteja vinculado a um juízo definitivo de culpabilidade. Esse conteúdo substancial do princípio constitui o critério fundamental da justiça do processo. E, para melhor compreendê-lo, é de ser lembrado o devido processo legal, cuja tradução que se afigura mais adequada é de justo processo da lei.

Devido processo legal no sentido de se conformar com os valores contemporâneos subjacentes à ideia civilizada de justiça. E é justamente o princípio da presunção da inocência que funciona como critério de controle da justiça do processo. Todo processo que, durante sua tramitação, não preservar a dignidade e a liberdade do réu, não pode ser considerado processo justo, nos termos da Constituição, ainda quando seja legal.

A título de desfecho do seu voto, o Ministro Peluso questiona se poderia haver qualquer dúvida de que a imposição de inelegibilidade como efeito de processo ainda sujeito a recurso não se revela ofensivo à garantia constitucional voltada a assegurar a dignidade de quem não foi ainda condenado em definitivo, nem se sabe se o será?

Ao final da votação, prevaleceu a posição adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarando o Supremo Tribunal Federal, que a Lei da Ficha Limpa é constitucional, sem qualquer ressalva a ser feita em seus termos.

Diante do que foi aqui exposto, é possível afirmar que na interpretação judicial dada pelo Supremo Tribunal Federal, diante da tensão entre os direitos fundamentais e a democracia constitucional, sobressaiu a preservação da dita vontade popular que elegeu as hipóteses em que se poderiam ser afastados candidatos da disputa eleitoral, por conta da moralidade e probidade administrativas, ainda que com sacrifício ao sistema de garantias individuais. Verificou-se uma postura de autocontenção e deferência exacerbada ao projeto de iniciativa popular e, via de consequência, ao Poder Legislativo.

A iniciativa popular da Lei da Ficha Limpa foi referenciada como apta a legitimar violações a direitos fundamentais, imune à reflexão de que em uma democracia constitucional como a nossa, devem ser harmonizadas a vontade da maioria e os direitos políticos fundamentais, assim como os princípios da não culpabilidade e da irretroatividade maligna da lei.

Como se demonstrou ao longo do presente item, muitos dispositivos não

sobrevivem a uma leitura constitucionalmente adequada da Constituição.

Nessa quadra, oportuno registrar algumas das considerações tecidas pelo Ministro Eros Roberto Grau ao Portal Consultor Jurídico, por ocasião de sua aposentadoria, ocorrida contemporaneamente aos debates sobre a constitucionalidade da Ficha Limpa. Sobre o tema da moralidade pública, referiu que é uma conquista da humanidade a sua apreciação conforme os padrões e limites do estado de direito. Daí não ser possível julgar à margem da Constituição e da legalidade, consoante o entendimento de cada um sobre o que significa moralidade. Sobre o papel do Judiciário, afirmou ser o de aplicar o direito e a Constituição. Ao final de suas reflexões, respondeu nos seguintes termos:

Não teme que a Justiça decepcione o país? Não temo. Decepcionaria se negasse a Constituição. Temo, sim, estarmos na véspera de uma escalada contra a democracia. Hoje, o sacrifício do direito de ser eleito. Amanhã, o sacrifício do habeas corpus. A suposição de que o habeas corpus só existe para soltar culpados levará fatalmente, se o Judiciário nos faltar, ao estado de sítio. O senhor teme realmente uma escalada contra a democracia? Temo, seriamente, de verdade. O perecimento das democracias começa assim. Estamos correndo sérios riscos. A escalada contra ela castra primeiro os direitos políticos, em seguida as garantias de liberdade. Pode estar começando, entre nós, com essa lei. A seguir, por conta dessa ou daquela moralidade, virá a censura das canções, do teatro. Depois de amanhã, se o Judiciário não der um basta a essa insensatez, os livros estarão sendo queimados, pode crer (GRAU, 2016).

Clèmerson Merlin Clève, ao comentar a concepção da presunção de inocência, refere que deve ser vista como “[...] trunfo, não sendo tolerável a sua integral compreensão, no processo eleitoral, em nome de um suposto interesse da comunidade” (CLÈVE, 2014, p. 119).

No confronto entre moralidade e direitos, afirma:

No mais das vezes, nas disputas entre moralidade e direitos, emergem conflitos aparentes, superficiais, pois tanto os direitos concernentes ao bem-estar social como os definidos como individuais não podem ser adequadamente compreendidos senão à luz da ideia de igual respeito e consideração (CLÈVE, 2014, p. 119).

Pelo conteúdo dos votos que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal é possível perceber a tônica moralizadora do julgamento, corroborado pela legitimidade *a priori* de iniciativa popular da Ficha Limpa.

Aqui é importante pontuar que essa tônica moralizadora que justificou a constitucionalidade da Ficha Limpa corresponde ao que Ronald Dworkin denominou de

**argumentos de política**<sup>15</sup> que se prestam a fundamentar uma decisão política e não jurídica, porque tutelam objetivo da comunidade como um todo. A decisão jurídica deve ter por escopo argumentos de princípio na dicção de Dworkin, pois apenas esses são hábeis a legitimar e justificar o respeito aos direitos do indivíduo (DWORKIN, 2002, p. 129).

Deu-se preponderância aos princípios da probidade, moralidade e vida pregressa, em detrimento das teses de irretroatividade das leis, coisa julgada, ato jurídico, direito adquirido, presunção de inocência, devido processo legal, proporcionalidade, vedação de retrocesso e núcleo essencial dos direitos políticos.

Não se olvida que o apelo moralizador e de higienização da política contou com apoio de parte da doutrina, o que se confirma pelas lições de André de Carvalho Ramos:

O direito à boa governança e à democracia substancial exigem que o direito a ser eleito (*jus honorum*) seja restringido, desde que observadas as estritas condições que a Lei da Ficha Limpa possui, o que inclui o acesso ao Poder Judiciário para suspender a eventual inelegibilidade de qualquer origem (criminal, cível ou administrativa) imposta. Cumpre-se o disposto no art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que prevê que todo cidadão terá o direito de ser votado, sem restrições infundadas, o que é o caso da lei da Ficha Limpa em linhas gerais (RAMOS, 2016, p. 763).

Concorde-se ou não, o fato é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade asseverou ser constitucional a Ficha Limpa. E, em razão da natureza vinculante do decidido, todos os órgãos do Poder Judiciário não poderão recusar aplicação.

Há de se registrar que os fundamentos determinantes da decisão também possuem efeito vinculante, pelo menos a partir do que decidido no julgamento da Reclamação n. 1987/DF (2003)<sup>16</sup>.

15 Em sua obra *Uma Questão de Princípio*, Dworkin explicita essa distinção entre argumentos de princípio político, que se relaciona aos direitos individuais e os argumentos de procedimento político, que se referem ao bem-estar geral ou interesse público (DWORKIN, 2005, p. 6).

16 A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes preconiza que a força vinculativa das decisões do STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade não se restringe apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos seus fundamentos. Essa compreensão foi adotada pelo STF nos autos da Reclamação 1987, cuja ementa tem o seguinte teor: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662- SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não

Assim, ficou demonstrado que o papel do Supremo Tribunal Federal, ao assentar a constitucionalidade da Ficha Limpa foi de autocontenção em relação ao Poder Legislativo. Ao mesmo tempo, aquela Corte rompeu com a interpretação jurisprudencial até então, quando, em 2008, na ADPF 144, havia rejeitado a possibilidade de ser restringida a capacidade eleitoral passiva, sem o trânsito em julgado de condenações cíveis ou criminais. Prevaleceram argumentos de política na interpretação constitucional, violando os direitos políticos fundamentais.

---

provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente (STF - Rcl: 1987 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 01/10/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00052).

#### **4 PARÂMETROS DECISIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DE INELEGIBILIDADES**

Momento de alinhar os parâmetros decisoriais, em conformidade com a constituição, para o reconhecimento de inelegibilidades pela jurisdição eleitoral no Brasil.

Ao longo do trabalho, procurou-se demonstrar as diferentes concepções de democracia e, em linhas gerais, foram trazidas algumas das principais teorias acerca da garantia dos direitos fundamentais e a jurisdição constitucional, assim como as tendências atuais do constitucionalismo acerca do locus do julgador em relação aos demais poderes, catalogados pela doutrina como ativistas e deferentes. Ainda, foram arrolados alguns vetores que podem servir de parâmetros de atuação da jurisdição eleitoral e um standard diferenciado conforme a fase do processo eleitoral.

Defendeu-se um conceito de democracia que englobe a defesa de um procedimento que garanta a livre e igual participação do povo, associada a possibilidade de reconhecer, por meio da jurisdição constitucional, a proteção e tutela dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de ocasional maioria.

No que diz respeito às teorias sobre a equação democracia e jurisdição constitucional, sustentou-se que não haveria uma incompatibilidade entre as posturas de valorização dos procedimentos democráticos com a necessidade de uma intervenção substantiva da jurisdição constitucional.

Quanto ao locus da jurisdição eleitoral, assentou-se a adoção de vetores como o respeito à soberania popular, a moralidade e a probidade para o exercício de mandato, a igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos, o minimalismo judicial e a observância dos precedentes como forma de garantir segurança jurídica.

Ainda em relação à jurisdição eleitoral, apontou-se para um standard diferenciado, no sentido de que na fase do registro de candidatura deva ser dada preponderância aos critérios previstos no §9º do art. 14 da Constituição Federal e, quando se tratar de afastar titular do mandato do seu cargo, necessário um ônus argumentativo que dialogue também com a soberania popular obtido por meio do sufrágio.

Também foi analisada, de forma crítica e contextualizada, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, sob a perspectiva de um modelo de democracia constitucional



substantiva, tendo como eixo os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria e uma teoria da interpretação constitucional estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, de forma coerente e mediante critérios objetivos.

Procurou-se evidenciar que a tônica moralizadora que fundamentou a decisão de constitucionalidade da Ficha Limpa corresponde ao que Ronald Dworkin denominou de argumentos de política, que se prestam a lastrear uma decisão política e não jurídica, porque tutelam objetivo da comunidade como um todo. A decisão jurídica, contudo, deve ter por escopo argumentos de princípio, pois apenas esses são hábeis a legitimar e justificar o respeito aos direitos do indivíduo (DWORKIN, 2002, p. 129).

Neste capítulo, serão propostos parâmetros decisoriais à caracterização das inelegibilidades no Brasil, tendo como pano de fundo a doutrina de Ronald Dworkin e os princípios da interpretação constitucional professados por Lenio Luiz Streck, que traduzem à realidade brasileira os critérios que devem conter uma decisão jurídica para dar uma resposta constitucionalmente adequada, de forma a manter a coerência e integridade do sistema e evitar o decisionismo.

Adota-se o que foi defendido por Lenio Streck, que fez uma aproximação para realidade brasileira da doutrina de Dworkin, quanto ao direito a uma resposta adequada ser aquela “[...] em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação” (DWORKIN, 2014, p. 624).

Como afirmado no capítulo anterior, o reconhecimento de restrição à elegibilidade pelo Poder Judiciário, afasta o cidadão da disputa por cargos eletivos, causando influência direta na vontade popular, na democracia representativa, razões que elevam a preocupação com a motivação coerente e transparente das decisões judiciais, não podendo ser produto de arbítrio ou discricionariedade judicial.

Assim, alinham-se como parâmetros específicos para o reconhecimento de inelegibilidades os seguintes: a) correspondência entre a inelegibilidade e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente<sup>17</sup>; b) responsabilidade do candidato; c) segurança

---

17 Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, na sua obra *O Controle de Convencionalidade da Ficha Limpa* (2015, p. 230), aponta para a inconveniência das inelegibilidades fundadas em critérios outros que não estejam circunscritos na autorização do art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou seja, fundadas exclusivamente em critérios de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução,

jurídica, por meio da vedação de virada jurisprudencial há menos de um ano da eleição.

#### 4.1 Parâmetros Específicos

Foi assentado no tópico acerca da jurisdição eleitoral que, no Brasil, cumpre à Justiça Eleitoral definir os cidadãos que poderão ser submetidos ao escrutínio do eleitorado, ou seja, é a responsável pela adequação constitucional do direito fundamental à elegibilidade.

Antes de entrar no tema propriamente dito, é preciso proceder à contextualização da abordagem.

Com efeito, Zilio observa que as inelegibilidades possuem natureza dúplice: ora aparecem como efeitos anexos das decisões condenatórias proferidas por órgãos judiciais, políticos ou administrativos; ora constam na própria decisão condenatória (ZILIO, 2018b, p. 216-217), como é o caso do provimento de procedência da ação de investigação judicial eleitoral prevista no art. 22, XIV, da LC 64/1990:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...] XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, **o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou**, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar (BRASIL, 1990) (Grifo nosso).

Diz-se, portanto, que as inelegibilidades ou são efeitos reflexos que podem ser extraídos da decisão, ou fazem parte do próprio título condenatório, daí denominarem-se de sanção<sup>18</sup>. No presente tópico, o rol de critérios alinhados diz respeito exclusivamente às

---

capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal. Entretanto, considerando o caráter supralegal dos tratados, reconhecido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, as inelegibilidades devem ser adequadas ao filtro constitucional estabelecido pelo § 9º do art. 14 da CF/1988, cuja hierarquia é superior ao pacto de São José da Costa Rica.

18 Essa dicotomia de tratamento das inelegibilidades não é pacífica. Fux e Frazão (2016, p. 194) dizem que do ponto de vista prático, aquele que foi condenado em investigação judicial eleitoral, ainda que não

inelegibilidades reflexas ou anexas e incluídas pela Lei Complementar 135/2010.

Assim, conforme o ato gerador, as inelegibilidades podem ser classificadas em cinco grupos: 1 - condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado; 2 - rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); 3 - perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; 4 - renúncia ao cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; 5 - exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional.

De outro vértice, é de ser esclarecido que todo aquele que pretenda disputar mandato eletivo, deve formular pedido de registro de candidatura na Justiça Eleitoral:

[...] o registro de candidatura é o título que consubstancia o reconhecimento, pela Justiça Eleitoral, da existência dos requisitos para se obter a elegibilidade. Ele é o resultado de um pedido (pedido de registro) dirigido à Justiça Eleitoral, que tem o dever de apreciá-lo, desde que presentes determinados requisitos formais. Por isso, pode-se afirmar que o procedimento de registro de candidatura é via processual pela qual se busca demonstrar à Justiça Eleitoral que determinada pessoa preenche todas as condições de elegibilidade e que sobre ela não incide nenhuma causa de inelegibilidade, de forma que está apta a disputar as eleições. Pede-se, então, ao juiz eleitoral que declare a existência de tais requisitos e que autorize a criação de uma nova situação jurídica: a de candidato (JORGE; LIBERATO; RODRIGUES, 2016, p. 462).

Os parâmetros a seguir alinhados versam sobre esses procedimentos de registro de candidatura, não abrangendo outras demandas eleitorais, embora também tenham em seu núcleo as inelegibilidades, mas supervenientes ao marco cronológico do registro, como é a hipótese do Recurso contra Expedição do Diploma<sup>19</sup>.

Da mesma forma, não se incluem na investigação, critérios para

---

constasse da decisão condenatória sua inelegibilidade, incidiria na hipótese o art. 1º, I, d, da LC 64/1990, que prevê inelegibilidade para aqueles 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.

19 O Recurso contra Expedição de Diploma, apesar de denominado de recurso, é uma ação das mais antigas ações, previsto originalmente por meio do Decreto-Lei n. 21.076/32. Atualmente está previsto no art. 262 do Código Eleitoral e tem a seguinte redação: Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

reconhecimento de cassação do registro, diploma ou mandato, em decorrência das ações eleitorais típicas: AIJE (Ação de Investigação Judicial Eleitoral), AIME (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo), representação por captação ou uso ilícito de recursos para fins eleitorais (art. 30-A da Lei 9.504/97), por captação ilícita de votos (art. 41-A da Lei 9.504/97) e por condutas vedadas (arts. 73, 74, 75 e 77 da Lei 9.504/97), pois são demandas relacionadas à apuração de condutas ilícitas ocorridas durante o processo eleitoral em curso.

Na dicção de Zilio:

Os ilícitos eleitorais representam o maior entrave ao desenvolvimento hígido do processo eleitoral, na medida em que sua incidência causa interferência indevida na manifestação de vontade do corpo eleitoral. São considerados como ilícitos eleitorais os atos de abuso, corrupção, fraude, falsidade ou coação, revelando-se possível o combate a tais atos através de um diversificado espectro de ações eleitorais, que possuem requisitos e consequências jurídicas próprias (ZILIO, 2018b, p. 592).

Nos registros de candidatura, verifica-se a adequação ao estatuto das elegibilidades, isto é, se o candidato ostenta a plenitude dos direitos políticos para disputar cargo eletivo. Não há propriamente o cometimento de um ilícito durante o processo eleitoral, mas o reconhecimento de uma deficiência, um déficit na capacidade eleitoral passiva.

Assim, são duas causas diversas, enquanto o indeferimento do registro de candidatura não envolve ilícito eleitoral, diferentemente, a cassação do registro, diploma ou mandato, resulta do reconhecimento da prática de ato que malferem bem jurídico protegido pela legislação eleitoral, qual seja, a isonomia entre os candidatos, a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral, a hígidez e a transparência das contas, tudo conforme a infração praticada.

Importante esclarecer que a diferenciação dos parâmetros decisórios em relação à matéria contida no registro de candidatura e aquela que envolve ilícito eleitoral, prende-se ao fato de que na fase de habilitação dos candidatos há a preponderância dos critérios previstos no §9º do art. 14 da Constituição Federal e, na apuração de ilícitos, há a necessidade de cotejar um ingrediente a mais: a soberania popular sufragada nas urnas, além de envolver elementos próprios das infrações eleitorais (condutas vedadas, captação ou gastos ilícitos de recursos, abuso de poder econômico ou político, etc.).

De outro vértice, a proposta dos parâmetros a seguir pretendem contribuir à prolação de uma decisão jurídica adequada e fundamentada, sem que se possa desprezar a

adoção de outros critérios gerais de interpretação, como é o caso do princípio da proporcionalidade, na sua conformação em subprincípios segundo a doutrina de Jorge Miranda: a) adequação, que envolve a correspondência de meios e fins, que a providência se mostre adequada ao objetivo almejado; b) necessidade, que “[...] supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão”, diretamente relacionada à exigibilidade dessa intervenção; e c) proporcionalidade *stricto sensu*, que “[...] implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso” (MIRANDA, 1998, p. 218).

#### 4.1.1 Correspondência entre a inelegibilidade e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente

O art. 14, §9º, da Constituição Federal traz o filtro constitucional das inelegibilidades:

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 (BRASIL, 1988).

Toda e qualquer caracterização e reconhecimento de inelegibilidade deverá, necessariamente, amoldar-se a tais diretrizes constitucionais.

Como mencionado alhures, a redação atual desse dispositivo legal não é original.

Na sua primeira concepção, não havia menção à probidade administrativa, à moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, sendo autorizada a criação de inelegibilidades para proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A alteração ocorreu por força da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 07

de junho de 1994, que acrescentou as seguintes expressões: “[...] a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1994).

Assim, o bem jurídico protegido constitucionalmente é o da proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta.

De forma analítica, o § 9º do art. 14 da CF fixa critérios para o reconhecimento e criação de novos casos de inelegibilidades: a) defesa da probidade administrativa; b) proteção da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato; c) preservação da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou político; d) criação apenas por meio de Lei Complementar de novas hipóteses de inelegibilidades.

A reserva da Lei Complementar justifica-se pela imperiosa necessidade de proteger não só o direito individual de ser votado, mas também o direito que tem o corpo político, como um todo, de votar em candidatos de sua livre escolha. Assim, não é possível a criação de inelegibilidades por qualquer outro instrumento legislativo que não seja a Lei Complementar.

A moralidade administrativa está prevista como princípio da administração pública no caput do art. 37 da Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e [...]” (BRASIL, 1988) (Grifo nosso).

A Constituição da República de 1998 menciona ainda a moralidade no art. 5º, LXXIII, quando confere a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Importa, assim, definir, para o efeito de aplicação do filtro constitucional previsto no § 9º do art. 14 da CF, o alcance da moralidade e probidade administrativas.

Ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa, Rafael Maffini, refere “[...] não ser singela a tarefa de definir o que seja a moralidade administrativa, mesmo

que na despreziosa incumbência de lhe conferir um significado jurídico mínimo, referindo inclusive que há autores que entendem ser impossível tal empreitada” (MAFFINI, 2009, p. 46).

Essa dificuldade, adverte Maffini, resulta da:

[...] impossibilidade de se definir o princípio senão por fórmulas abstratas, que, por certo, não contemplam toda a riqueza das situações cotidianas que, na Administração Pública, devem ser interpretadas na perspectiva da moralidade administrativa. Com efeito, é comum surgirem casos concretos em que, mesmo à luz dos conceitos habitualmente considerados, não se consegue constatar se a moralidade foi ou não observada (MAFFINI, 2009, p. 46).

José Guilherme Giacomuzzi, também sinaliza nessa direção, aduzindo que “[...] a moralidade é vinculada ora à legalidade, ora à igualdade, ora ao interesse público, ora ao desvio de poder, ora à proporcionalidade. É tudo e nada ao mesmo tempo” (GIACOMUZZI, 2004, p. 221).

Giacomuzzi (2009, p. 222) aborda o aspecto histórico do tema, a fim de situar o que denomina de confusão sobre a matéria, assinalando que um dos poucos acertos da doutrina está na afirmação de que a noção de moralidade administrativa teve seu nascedouro na França, no início do século passado, com a obra de Maurice Hauriou (1856-1929) mas sustenta que:

[...] a confusão nasceu já em 1964, bem antes da CF/88 portanto, quando o festejado e penso que ainda hoje o mais citado administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, já falava em moralidade administrativa na sua obra clássica (está na p. 58-9 da 1ª edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro*). Hely já adotara então e sem reservas as posições de um advogado português, Antônio José Brandão [...] cujo artigo, intitulado “Moralidade Administrativa”, foi citado por Hely e foi, depois disso e desde então, lido, relido e repetido acriticamente pela maioria de todos os que escrevemos sobre o tema. O artigo de Brandão foi originalmente publicado em 1947 no Boletim do Ministério da Justiça de Lisboa e copiado na nossa *Revista de Direito Administrativo* (RDA), volume 25, de 1951, por meio da qual foi divulgado entre nós. Não conheço um autor brasileiro sequer que tenha lido a fonte portuguesa. Essa lembrança, que pode parecer um capricho, um triglicerídio como costume dizer, tem sua razão de ser. É que as ideias contidas nesse artigo - todas encampadas pelo prof. Hely- têm sido direta ou indiretamente citadas na doutrina brasileira e - o que é pior - na jurisprudência (que as cita via obra do professor Hely), constituindo-se, neste segundo momento, em fonte do Direito. Qual o mal disso? Ou, mais diretamente, qual o mal em citar-se indiretamente o português Brandão? Ou, mais importante, que ideias tão errôneas ele nos legou? (GIACOMUZZI, 2004, p. 222).

O problema, segundo Giacomuzzi é que o artigo de Brandão “[...] é uma retórica impressionantemente vazia, sendo adotadas expressões como: a moralidade

administrativa não se confunde com a moralidade comum, ou a moralidade administrativa corresponde às regras internas da administração, ou ainda a moralidade administrativa é a boa administração” (GIACOMUZZI, 2009, p. 233).

Frases como essas são repetidas inúmeras vezes, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como uma “[...] chave-mestra de um segredo, sendo perigosa a facilidade com que ela é encaixada em qualquer contexto fático ou mesmo jurídico” (GIACOMUZZI, 2009, p. 224).

Na sequência, Giacomuzzi afirma que no Brasil, a moralidade administrativa tem sido empregada como na França, na acepção de desvio de poder, sendo incorporada, no direito positivo brasileiro, na Lei 4.717, em 1965, a Lei de Ação Popular. O desvio de finalidade ocorre quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. “[...] Numa palavra: o desvio de finalidade quer controlar os móveis do agir da autoridade administrativa” (GIACOMUZZI, 2009, p. 225).

Giacomuzzi define a moralidade administrativa prevista no o art. 5º, LXXIII CF, como sendo a observância da legalidade interna do ato e a prevista no art. 37 da Carta da República, tendo por função a de veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé que vem do Direito Privado. A boa-fé objetiva principalmente, porque a subjetiva estaria consubstanciada na improbidade administrativa, prevista no § 4º do mesmo art. 37 (GIACOMUZZI, 2009, p. 229 e 230).

A improbidade administrativa, por sua vez, foi regulada pela Lei n. 8.429/92, a denominada Lei de Improbidade Administrativa. E o termo, especificamente, improbidade administrativa, autoriza a suspensão dos direitos políticos como previsto na Constituição Federal, no art. 15, V (BRASIL, 1988).

A caracterização da improbidade administrativa pressupõe a demonstração de atos que importem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Assim, a moralidade e a probidade administrativa são princípios que buscam impedir o acesso a cargos eletivos de candidatos que, por meio da análise da vida pregressa, tenham cometido arbitrariedades e desonestidades estatais.

Por derradeiro, é diretriz do reconhecimento da inelegibilidade, a proteção da normalidade e legitimidade das eleições.



Gomes aduz que a normalidade das eleições é algo que se vincula ao processo eleitoral, ou seja, que o pleito seja realizado em sintonia com o regime jurídico do processo eleitoral (GOMES, 2018, p. 22). Legitimidade, por sua vez entende ser quando a comunidade aceita e reconhece algo como correto, justo e adequado, fundamenta-se na observância e valores em jogo (GOMES, 2018, p. 23).

Consoante José Afonso da Silva, a cláusula “[...] contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função só se refere à normalidade e à legitimidade das eleições” (SILVA, 2009, p. 224-228). Significa dizer que quando se fala em probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato, são valores autônomos em relação à influência do poder econômico ou abuso de função, mas como valores em si mesmos dignos de proteção, cuja violação afeta a lisura do processo eleitoral.

Dessa forma, inequívoco que as inelegibilidades ostentam um fundamento ético, não sendo legítimas se fundadas em fundamento político ou para manter no poder um determinado grupo político. Ainda, há uma correlação desse fundamento ético com a democracia, não podendo ser compreendido como um moralismo desconectado da base democrática do regime que se instaure.

É preciso atentar à necessidade de se evitar, na aferição de restrições a direitos políticos fundamentais, debates morais e ideológicos, muitas vezes incompatíveis com o Estado Constitucional de Direito.

O discurso moralizador e ético do julgador ou a concepção de que o Direito Eleitoral pode ser o salvador da pátria (tema que foi objeto em capítulo antecedente e que permeou os debates acerca da constitucionalidade da Ficha Limpa) não podem ser utilizados, sob pena de se desvirtuar a autonomia do jurídico e considerar o código do direito inferior ou dependente de um código moral. Assim, interpretar restritivamente um direito fundamental com base em argumentos morais e políticos não se coaduna do um Estado Democrático de Direito.

Não se pode deixar de considerar que o indeferimento de um registro de candidatura fere núcleos essenciais do direito fundamental político individual de votar e ser votado.

Cabe ressaltar que a restrição a direitos fundamentais fundada em conceitos jurídicos indeterminados (ordem pública, segurança do Estado, moralidade, etc.) é própria de regimes autocráticos e mesmo foi realidade neste país em período anterior à sua

redemocratização.

Daí a necessária leitura do bem jurídico previsto no art. 14, § 9º, CF, com respeito aos direitos fundamentais, sem a influência de clamores populares, sob pena de abandono aos limites constitucionais e a imposição de um verdadeiro estado de exceção.

Se, na análise do caso concreto, não se verificar a lesividade da probidade administrativa, da moralidade administrativa, da legitimidade e normalidade do pleito, inviável o reconhecimento da restrição ao direito fundamental à elegibilidade.

A circunstância de ter sido reconhecida a constitucionalidade *in abstracto* das inelegibilidades trazidas pela Lei Complementar n. 135/2010 não significa que, *in concreto*, não possa ser afastada a restrição, por não haver conformidade material com o § 9º do art. 14 da CF.

Com o escopo de demonstrar o acima afirmado, serão apreciadas duas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, versando sobre registros de candidaturas nas eleições de 2018, em que foram discutidas a incidência das hipóteses de inelegibilidades por demissão do serviço público e por doação acima do limite legal.

O art. 1º, I, o, da Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010, diz que são inelegíveis: “[...] 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” (BRASIL, 1990).

Como se percebe, não há qualquer referência a respeito da causa geradora da demissão, daí a importância de se verificar se o fato ensejador do afastamento do servidor possui correspondência com o que preceitua o §9º do art. 14 da Constituição Federal.

Na sessão do dia 16 de outubro de 2018, o TSE, ao apreciar recurso contra o indeferimento do registro de candidatura às eleições 2018, de candidato ao cargo de deputado estadual, assim decidiu:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE INSCULPIDA NO ART. 1º, I, O, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. INDEFERIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. 1. À luz do art. 1º, I, o, da LC 64/1990, são inelegíveis, pelo prazo de oito anos, os candidatos demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário. 2. Aludida causa de inelegibilidade incidirá sempre que o pretenso candidato for demitido do serviço público e não houver a suspensão ou anulação do

ato pelo Poder Judiciário. 3. No caso em exame, Paulo César Gomes foi demitido do serviço público, em razão de abandono do cargo, por meio de processo administrativo disciplinar. Não há notícia suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário. Infere-se, assim, que o fato se subsume à hipótese de inelegibilidade descrita na alínea o da Lei de Inelegibilidades. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento (TSE, 2018a).

A discussão travada era se o candidato, demitido do serviço público em razão do abandono do cargo, estaria inelegível ou não. Há malferimento do bem jurídico protegido constitucionalmente que autoriza a restrição do *ius honorum*?

Na compreensão do Min. Luís Roberto Barroso a resposta seria negativa, alinhando as seguintes razões:

[...] entendo que não é qualquer ato demissional que deve atrair a incidência da inelegibilidade da alínea o. Deve-se exigir, para sua configuração, no mínimo, que a Justiça Eleitoral realize um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, em que considere, entre outros fatores, o grau de reprovabilidade das condutas que ensejam a demissão como máxima punição no âmbito administrativo. Há diversas razões que justificam esse entendimento. Em primeiro lugar, tal interpretação está em linha com os fundamentos constitucionais dessa causa de inelegibilidade. A Lei Complementar n. 64/1990, alterada pela Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), tem como fundamento o § 9º do art. 14 da Constituição. Referido dispositivo foi alterado, em 1994, por meio da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, para autorizar que lei complementar estabelecesse outras hipóteses de inelegibilidade, com o objetivo de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato. Em 2010, a Lei da Ficha Limpa acresceu novas hipóteses de inelegibilidade à LC n. 64/1990, entre elas, a prescrita na alínea o do inciso I do art. 1º da LC n. 64/1990, com a função justamente de proteger tais bens jurídicos. Justifica-se, assim, exigir que a demissão do serviço público decorra de ato com gravidade suficiente para que tais bens jurídicos tutelados – a probidade administrativa e a moralidade para exercício do mandato – estejam, de fato, implicados. Nesse sentido, o Min. Luiz Fux, quando do julgamento conjunto das ADCs n. 29 e n. 30 e da ADI n. 4.578 no STF, pontuou que “as hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010 à luz da chamada razoabilidade-equivalência [...] são hipóteses em que se preveem condutas ou fatos que, indiscutivelmente, possuem altíssima carga de reprovabilidade social, porque violadores da moralidade ou reveladoras de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político”. Em segundo lugar, trata-se de interpretação que realiza, em maior extensão, o direito à elegibilidade, ao permitir a análise da gravidade do ato que ensejou a demissão para fins de incidência da causa de inelegibilidade. Em um Estado Democrático de Direito, como regra, deve-se assegurar a plena capacidade dos cidadãos de votarem (capacidade eleitoral ativa ou alistabilidade) e de serem votados (capacidade eleitoral passiva ou elegibilidade em sentido amplo). Os direitos políticos são, afinal, direitos fundamentais. Disso decorre que o intérprete, diante de normas sobre direitos políticos, deverá, sempre que for juridicamente possível, privilegiar a linha interpretativa que amplie o gozo de tais direitos. Em terceiro lugar, embora se viesse interpretando a literalidade da alínea o no sentido de que a inelegibilidade se configura de forma objetiva, independentemente dos motivos que ensejaram a demissão, é possível atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva à luz do princípio da proporcionalidade. Isso, aliás, não constituiria qualquer novidade para o TSE (TSE, 2018a).

A argumentação do Min. Barroso seguiu, portanto, uma perspectiva substancialista, atendendo à jurisdição constitucional sustentada por Dworkin, no sentido de atuar na proteção das liberdades individuais e dos direitos fundamentais.

Igualmente é possível inferir que houve o cotejo entre a inelegibilidade prevista (demissão de servidor público) e os bens jurídicos tutelados pelo §9º do art. 14 da CF – a probidade administrativa e a moralidade para exercício do mandato - para concluir pela efetividade ao direito fundamental da elegibilidade.

Contudo, não prevaleceu o entendimento do Min. Barroso em face do voto divergente e vencedor, prolatado pelo Min. Edson Fachin que sustentou que à incidência da aludida hipótese de inelegibilidade são necessários os seguintes requisitos: a) a demissão do serviço público e b) a ausência de suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário. Preenchidas tais condições, incide a inelegibilidade, não havendo latitude de interpretação para seu enquadramento.

Destarte, ainda que por maioria, a decisão do TSE não atende a uma leitura constitucionalmente adequada sob o ponto de vista de uma democracia substancial e de efetividade aos direitos fundamentais. Não houve o cotejo da inelegibilidade prevista com o bem jurídico protegido constitucionalmente. Foi reconhecida restrição à capacidade eleitoral passiva, de forma descomprometida com parâmetros de coerência e integridade<sup>20</sup>.

A segunda decisão a ser examinada refere-se à inelegibilidade prevista no art. 1º, p, da Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010, que são inelegíveis:

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22 (BRASIL, 2010).

Trata-se de inelegibilidade decorrente de doação acima do limite legal realizada por pessoa física ou dirigentes de pessoas jurídicas. Na sessão do dia 22 de novembro de 2018, o TSE, ao apreciar recurso contra o deferimento do registro de

---

20 Na sua obra *O Império do Direito*, Dworkin fala das exigências da integridade que se desdobra em dois outros princípios mais práticos: o princípio da integridade na legislação e o princípio de integridade no julgamento. Este último (integridade no julgamento), condiciona aos juízes para que vejam o direito como um todo, e não como várias decisões distintas como se fossem livres (DWORKIN, 2014, p. 203). Para demonstrar o que venha a ser a coerência e a integridade, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia, em que cada juiz deve ser autor e crítico ao mesmo tempo e deve adotar uma teoria a respeito do romance que lhe dê continuidade e não como se fosse um novo começo (DWORKIN, 2014, p. 275-279).

candidatura às eleições 2018, de candidato ao cargo de deputado federal, assim decidiu:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL DEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA P. SÓCIO DE PESSOA JURÍDICA. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. PRELIMINARES. FALTA DE INTERESSE. AUSÊNCIA DE DEFESA DO SÓCIO NO PROCESSO DE DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE DA EMPRESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE. DOAÇÃO DE QUANTIA QUE REPRESENTOU PERCENTUAL MUITO REDUZIDO EM RELAÇÃO AO TOTAL ARRECADADO. BAIXO IMPACTO NO RESULTADO DO PLEITO. INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. O MPE não pretende reexaminar decisão tomada em ação de doação acima do limite, mas apenas fazer incidir, no registro de candidatura, efeito secundário dela decorrente, à luz do art. 1º, I, p, da LC n. 64/1990. Preliminar de falta de interesse rejeitada. 2. A jurisprudência do TSE é firme no sentido de dispensar a citação ou a participação do dirigente no prévio processo de doação acima do limite feita pela pessoa jurídica. Precedentes. Preliminar rejeitada. 3. A incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, p, da LC n. 64/1990 exige um juízo de proporcionalidade da doação reputada como ilegal, com a análise de afronta aos bens jurídicos abarcados pelo art. 14, § 9º, da CF, a saber, a normalidade e a legitimidade das eleições. Precedentes. 4. No caso concreto, a pessoa jurídica dirigida pelo recorrido foi condenada em representação por doação acima do limite legal, por ter doado à chapa majoritária em que concorreu ao cargo de vice-governador o montante R\$ 250.000,00, nas eleições de 2014. 5. Os valores doados ilegalmente representaram 5,5% do total arrecadado pela campanha. 6. Houve baixa interferência das cifras doadas nas eleições de 2014, na medida em que a candidatura beneficiada nem sequer chegou ao segundo turno do pleito. 7. O montante da doação, quando comparado com o montante arrecadado pelas candidaturas que chegaram ao segundo turno, foi menos impactante ainda, pois representou 0,98% do total amealhado pela campanha da chapa eleita e 2,78% da quantia despendida pelo segundo colocado. 8. Embora os valores estampados na doação ilegal possam ser, em termos absolutos, considerados expressivos, não se pode olvidar que as candidaturas majoritárias ao executivo estadual exigem tradicionalmente o dispêndio de quantias mais elevadas, o que revela a necessidade de uma visão mais alentada de proporção da censura da conduta. 9. A penalidade imposta pela doação acima do limite foi aplicada no patamar mínimo legal e não há evidências de que a doação esteja sendo investigada sob o ângulo do abuso do poder econômico, o que indica a ausência de risco à integridade do pleito. 10. Diante da jurisprudência atual do TSE, é desproporcional fixar ao recorrido a grave consequência da inelegibilidade por conduta que concretamente não atingiu os valores constitucionais subjacentes à hipótese de incidência, notadamente em virtude de o excesso ter representado uma fatia reduzida do montante total arrecadado (5,5%). 11. Preliminares rejeitadas. Negado provimento ao recurso ordinário (TSE, 2018b).

O Min. Relator Og Fernandes assentou que a jurisprudência do TSE mitiga os efeitos da inelegibilidade fundada em doação acima do limite legal, pois à Justiça Eleitoral cumpre o dever de desempenhar uma criteriosa e proporcional análise de cada caso que considere, inclusive, os valores constitucionais da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico (art. 14, § 9º, da CF), bem como da isonomia entre os candidatos.

Citou, ainda, os seguintes julgados do TSE:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO NÃO ELEITO. DEFERIMENTO NO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. INELEGIBILIDADE DA ALÍNEA P DO INCISO I DO ART. 1º DA LC 64/1990. NÃO INCIDÊNCIA. EXCESSO DE DOAÇÃO QUE NÃO DESEQUILIBROU O PLEITO. RESPALDO NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, segundo o qual nem toda doação eleitoral tida como ilegal é capaz de atrair a inelegibilidade da alínea p. Somente aquelas que, em si, representam quebra da isonomia entre os candidatos, risco à normalidade e à legitimidade do pleito ou que se aproximem do abuso do poder econômico é que poderão ser qualificadas para efeito de aferição da referida inelegibilidade (RO 534-30/PB, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 16.9.2014). [...] 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgR-REspe n. 161-88/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, PSESS de 14.12.2016 (TSE, 2017, grifos nossos).

E ainda,

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR (PP). DEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, P, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990. NÃO INCIDÊNCIA. 1. As condenações por doação acima do limite legal atraem a inelegibilidade da alínea p do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 quando o montante excedido possa, ao menos em tese, vulnerar os bens jurídicos tutelados pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Precedentes. 2. Em conformidade a decisão recorrida com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não se conhece de recurso especial eleitoral por dissídio jurisprudencial (Súmula n. 30/TSE). Agravo regimental não provido. (AgR-REspe n. 465-57/MG, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 17.3.2017) (TSE, 2016b, grifos nossos).

Assim, verifica-se que a decisão do TSE procedeu, de forma correta, ao exame da restrição da elegibilidade à luz dos bens jurídicos tutelados pelo § 9º do art. 14 da CF, considerando não ter havido ofensa à normalidade e legitimidade do pleito a doação realizada acima dos limites legais.

#### 4.1.2 Responsabilidade do candidato

O indeferimento do registro de candidatura pode advir do reconhecimento de inelegibilidade por decisão lançada no bojo do próprio processo de registro de candidatura, de ofício, ou mediante o acolhimento de Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura ou Notícia de Inelegibilidade. Nessas situações, como assentou-se precedentemente, não há

propriamente o cometimento de um ilícito durante o processo eleitoral.

Então, qual seria a utilidade do exame da responsabilidade do candidato à aferição da inelegibilidade?

É que no Direito Eleitoral há uma categoria *sui generis* de responsabilização denominada de beneficiário.

Aliás, cumpre nesta quadra, uma pequena digressão para assentar que o Direito Eleitoral ainda se encontra carente de sistematização.

Importam-se institutos do direito civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, muitas vezes de forma equivocada e contrária aos princípios próprios do Direito Eleitoral, notadamente o da celeridade processual e o da tutela de bens jurídicos difusos.

Aliado a isso, o Tribunal Superior Eleitoral exerce função regulamentadora em demasia, muitas vezes, excedendo seu poder regulamentar, em afronta a dispositivos legais. Prova disso, é a edição da Resolução n. 23.478, de 10 de maio de 2016, na qual estabeleceu diretrizes gerais para a aplicação do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Além disso, convive-se com mudanças legislativas de ocasião, em manifesto benefício do próprio legislador<sup>21</sup>, demonstrando que a integridade da legislação apregoada e defendida por Ronald Dworkin, está longe de ser observada no Brasil.

Ademais, destinando-se o Direito Eleitoral a tutelar o acesso aos cargos eletivos e deliberar sobre a perda e cassação de mandatos, resulta na formatação de leis nada republicanas, nas quais o que exsurge é o interesse do destinatário. Quer dizer, o legislador legisla em causa própria.

O tema atinente à responsabilização por ilícito eleitoral no Direito Eleitoral, adota uma figura própria chamada de responsabilização na condição de mero beneficiário, ou seja, a despeito de não ter praticado o ato ilícito ou mesmo sequer ter tido conhecimento dele, o candidato é responsabilizado porque auferiu benefícios e dividendos eleitorais na disputa política.

É o que ocorre, por exemplo, nas representações que visam a apurar a prática

---

21 O legislador editou a Lei 13.831/2019, alterando a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), a fim de assegurar autonomia aos partidos políticos para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios. Nesta lei, por exemplo, foi prevista a anistia de devoluções, cobranças ou transferências ao Tesouro Nacional que tenham como causa as doações ou contribuições feitas em anos anteriores por servidores públicos que exerçam função ou cargo público de livre nomeação e exoneração, desde que filiados ao partido político. A norma foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6230), pendente de apreciação de pedido liminar. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774369>>. Acesso em: 02 out. 2019.

de conduta vedada, consoante dispõe os §§ 4º e 5º do art. 73, da Lei das Eleições, que expressamente sujeita o candidato beneficiado à sanção de cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo de outras penalidades (multa e suspensão imediata da conduta).

Idêntica situação ocorre em sede de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, cuja procedência da demanda independe da atribuição de conduta ilegal ao réu, sendo suficiente o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito (Recurso Ordinário n. 1.350/RR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 10 de abril de 2007).

Marilda Silveira assevera que a Justiça Eleitoral, ao cassar o registro, diploma ou mandato, em virtude do reconhecimento de ato contrário à legislação eleitoral (conduta vedada ou abuso de poder, por exemplo) considera suficiente a participação do candidato como mero beneficiário, ao que denomina como efeito colateral, em decorrência do necessário restabelecimento da legitimidade do pleito, da higidez do processo eleitoral (SILVEIRA, 2017, p. 33).

Assim, à cassação do registro, diploma ou mandato de componente da chapa majoritária, basta sua condição de mero beneficiário, ainda que não tenha sido o autor do ato ilícito.

Zilio comenta que no Direito Eleitoral existe uma “[...] principiologia própria de responsabilidade pela prática de atos ilícitos” (ZILIO, 2018a). Diferentemente de outros regimes jurídicos (consumidor, civil, penal, administrativo, tributário) a responsabilidade eleitoral é marcada pela defesa dos bens jurídicos protegidos, que envolvem a normalidade e a legitimidade das eleições, a liberdade de voto do eleitor e a isonomia entre os candidatos.

É uma responsabilidade peculiar, tendo em conta a relevância do bem jurídico tutelado que, ao fim e ao cabo, diz com a própria democracia representativa, ao respeito às regras da regularidade do pleito. Daí que, no Direito Eleitoral, “[...] o candidato pode ser responsabilizado sob uma dupla perspectiva: através de um juízo de responsabilidade pessoal e subjetiva ou na condição de mero beneficiário” (ZILIO, 2018a, p. 132-133).

Essa orientação se coaduna com o princípio da unicidade da chapa, previsto no art. 77, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a eleição do Presidente da República implicará a do Vice-Presidente registrado na chapa: “Art. 77. [...] § 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado” (BRASIL, 1988).

O art. 91 do Código Eleitoral, igualmente consagra o princípio da



indivisibilidade da chapa majoritária, segundo o qual o registro dos candidatos aos cargos de Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito Municipal dar-se-á sempre com os respectivos vices: “Art. 91. O registro de candidatos a Presidente e Vice-Presidente, Governador e Vice-Governador, ou Prefeito e Vice-Prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos” (BRASIL, 1965).

Entretanto, para efeito do reconhecimento da inelegibilidade fundada em condenação por ilícito eleitoral (conduta vedada ou abuso do poder econômico, por exemplo), será necessário o julgador analisar a que título o candidato foi condenado, quer dizer, se ele praticou o ato ou apenas sofreu a condenação como beneficiário do ilícito.

Desta forma, as premissas básicas da teoria da responsabilidade civil devem ser transpostas ao Direito Eleitoral, de modo a evitar o reconhecimento de restrição a direito fundamental àquele que não teve sequer conhecimento do ato ilícito.

A concepção da responsabilidade eleitoral não dispensa a análise do ilícito eleitoral que, segundo José Jairo Gomes, tem a seguinte estrutura: (a) conduta abusiva; (b) resultado; (c) relação causal (ou melhor: imputacional); (d) ilicitude ou antijuridicidade. A conduta abusiva pode consistir em apenas um comportamento ou um conjunto de ações. O resultado diz com o malferimento do bem jurídico protegido. A ilicitude ou antijuridicidade é a não conformidade com o ordenamento jurídico (GOMES, 2017, p. 327).

Sobre o elemento estrutural nexos de causalidade repousam acirradas controvérsias doutrinárias<sup>22</sup>. Todavia, independentemente da posição que venha a ser adotada (risco integral, lógico-jurídico ou consequencialista), o que interessa neste tópico é demonstrar a peculiaridade do Direito Eleitoral, que admite a responsabilização do candidato por ato de terceiro, na condição de beneficiário da conduta.

E, nessa perspectiva, se o candidato não participou do ilícito, sequer teve conhecimento do ato, não poderá ser impedido de disputar o pleito.

Com a mesma percepção, o art. 18 da Lei Complementar n. 64/1990 dispõe que a declaração de inelegibilidade de candidato a Presidente da República, a Governador de Estado e a Prefeito Municipal não se comunica aos respectivos vices, tampouco a destes atinge aqueles, dada sua natureza personalíssima: “Art. 18. A declaração de inelegibilidade do

---

22 Marilda Silveira defende que o TSE tem adotado a teoria do risco integral ao dispensar o elemento subjetivo e o nexos de causalidade para responsabilizar o beneficiário da conduta (SILVEIRA, 2017, p. 37). José Jairo Gomes sustenta que o nexos de causalidade ou relação causal como prefere denominar, é lógico-jurídico, não material ou físico (GOMES, 2017, p. 328) Rodrigo López Zilio sustenta que a responsabilidade do candidato como beneficiário assume uma perspectiva consequencialista, na qual o grau de comportamento dos bens jurídicos tutelados assume relevância ímpar (ZILIO, 2018a, p. 137).

candidato à Presidência da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeito Municipal não atingirá o candidato a Vice-Presidente, Vice-Governador ou Vice-Prefeito, assim como a destes não atingirá aqueles” (BRASIL, 1990).

Assim, a responsabilidade do candidato constitui parâmetro à aferição e reconhecimento da inelegibilidade, sendo que sua condição de mero beneficiário impede a imposição de restrição à elegibilidade.

#### 4.1.3 Segurança Jurídica por meio da vedação de virada jurisprudencial a menos de um ano da eleição - o art. 16 da Constituição Federal

A busca de um cenário estabilizado, com as regras do jogo definidas antes de iniciado o processo eleitoral, é o núcleo do princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição Federal: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (BRASIL, 1988).

O princípio da anualidade eleitoral põe em relevo a importância da definição das regras do jogo como elemento de legitimação do exercício do poder, porque são elas (regras do jogo) as propulsoras dos consensos à conquista da representação nos quadros políticos do Estado.

Todo o sistema está formatado, então, nessa perspectiva de regulamentação das bases do regime democrático com previsão constitucional, a fim de evitar mudanças abruptas que venham a impactar no processo eleitoral e, *mutatis mutandi*, no regime democrático.

Pela redação do dispositivo, vedando a mutação legal, é possível inferir que o comando constitucional seria direcionado apenas ao legislador. Contudo, também se verificou que mudanças na interpretação da lei pelo Poder Judiciário, poderiam impactar diretamente no processo eleitoral.

Nesse contexto, a alteração da interpretação empreendida, notadamente a realizada pela Justiça Eleitoral, por meio de resoluções, consultas ou jurisprudência, produz enorme influência no quadro normativo que rege o processo eleitoral.

Assim que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 637.485/RJ (BRASIL, 2013), o Ministro Relator Gilmar Mendes asseverou em seu voto que o Tribunal Superior Eleitoral, por muitos anos interpretou o art. 14, § 5º, da Constituição de 1988

(BRASIL, 1988) como proibição de exercício de mais de dois mandatos subsequentes apenas para o mesmo cargo e no mesmo território, não sendo vedada a circunstância de que um prefeito reeleito disputasse um terceiro mandato, desde que a circunscrição (município) fosse diversa:

O caso descrito, portanto, revela uma situação diferenciada, em que houve regular registro de candidatura, legítima participação e vitória no pleito eleitoral e a efetiva diplomação do autor, tudo conforme as regras então vigentes e sua interpretação pela Justiça Eleitoral. As circunstâncias levam a crer que a alteração repentina e radical dessas regras, uma vez o período eleitoral já praticamente encerrado, repercute drasticamente na segurança jurídica que deve nortear o processo eleitoral, mais especificamente na confiança depositada no sistema pelo cidadão-eleitor. Em casos como este, em que se altera a jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica (BRASIL, 2013).

Diante dessas considerações, a proposta do ministro Gilmar Mendes foi no sentido de estender o âmbito de incidência do art. 16 da Constituição de 1988, igualmente em relação à jurisprudência em matéria eleitoral:

O art. 16 da Constituição traduziu o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à mudança na legislação eleitoral. Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE (BRASIL, 2013).

A compreensão do Ministro Gilmar foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da ementa:

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos nos direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância

fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), que impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior (BRASIL, 2013).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal assentou, em sede de repercussão geral, que as decisões do TSE que, no curso do processo eleitoral ou depois dele, que viessem a alterar bruscamente a jurisprudência até então na Corte, não teriam aplicação imediata, apenas poderiam incidir em relação ao futuro pleito, ou seja, efeitos prospectivos.

A mudança de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral está submetida, assim, ao princípio da anterioridade eleitoral. Essa compreensão vai ao encontro da concepção de democracia a que Ronald Dworkin alude e que foi abordada em tópico antecedente, no sentido de que todos devam ser tratados com consideração e valor igual e um sistema judicial que atue com justiça e imparcialidade.

Assim, o processo eleitoral deve ser apto a garantir condições democráticas – de igualdade de status para todos os cidadãos. (DWORKIN, 2006, p. 26-27). É possível afirmar então, que o princípio da anualidade eleitoral protege o processo eleitoral de modificações por meio de alteração legislativa ou jurisprudencial.

A aplicação do princípio da anualidade eleitoral relativamente às mudanças do processo eleitoral efetuadas por ação do Poder Judiciário traz em seu núcleo o reconhecimento da força dos precedentes judiciais na criação de conteúdos normativos.

Como se percebe, impõe ao Poder Judiciário o respeito aos seus próprios precedentes, como muito bem observa Luiz Guilherme Marinoni:

Contudo, nem ao se “descobrir” que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar indisfarçável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim,

estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do próprio Poder que a editou (MARINONI, 2010, p. 19).

O Código de Processo Civil de 2015 incorporou essa diretriz ao estabelecer no art. 926 que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015), devendo os juízes e tribunais, ao decidirem, observar os precedentes, especialmente no art. 927, V “[...] a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Ainda, os juízes são obrigados a, quando fundamentarem em precedente ou súmula suas decisões, a “[...] identificar seus fundamentos determinantes” (BRASIL, 2015), e, de igual modo, a “[...] demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente” (BRASIL, 2015) conforme o art. 489, § 1º, V.

Também digno de ressalva o Código de Processo Civil de 2015 quando dispõe que “[...] na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos” (BRASIL, 2015), poderá ser efetuada “[...] modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (art. 927, § 3º), considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2015), conforme o art. 927, § 3º e § 4º.

Essas orientações codificadas expressam, modo positivado, os deveres de coerência e integridade tão propagados pela doutrina de Ronald Dworkin. Igualmente a obrigatoriedade de que os juízes, ao decidirem, obedeçam à interpretação já empreendida, pode ser relacionada à metáfora feita pelo jusfilósofo a respeito do romance em cadeia, ou seja, não é possível que cada intérprete, ao decidir, comece uma nova história, mas sim, deve considerar o que produzido até então.

Nesse sentido, oportuna a transcrição de texto publicado no site Empório do Direito, de autoria de Francisco José Borges Motta, no qual sustenta verdadeiramente o que seja um devido processo democrático e a sua relação com a resposta correta:

[...] guardados os limites deste ensaio, uma proposta de interpretação do CPC/2015: há uma imbricação indissolúvel entre os arts. 8º (promoção da dignidade humana), 926 (dever de coerência e integridade) e o § 1º, IV, do art. 489 (dever de consideração), todos do CPC/2015. E é disso que trata (procedimento e resultados)

um devido processo. Não se trata de meras mudanças legislativas, mas de uma guinada no que se entende por processo jurisdicional democrático, que passa a ser concebido como corolário da exigência de igualdade de consideração (decorrência dos princípios do respeito próprio e da igual consideração) e de deferência à participação das partes na construção da resposta mais adequada a cada caso (princípio da autenticidade ou, mais especificamente, autogoverno). Registre-se, pois: assim como a dignidade é indivisível, também os seus reflexos processuais são incindíveis e reciprocamente constitutivos. Devido processo legal e dignidade da pessoa humana estão entrelaçados. De nada adianta garantir participação aos interessados se a decisão final não estiver radicada numa teoria coerente, em princípio, com a integridade do Direito; de nada ainda uma resposta correta em seu resultado que tenha sido construída autocraticamente (MOTTA, 2018).

No âmbito da Justiça Eleitoral, merece destaque a edição da Resolução 23.472, de 26 de abril de 2016, que incorpora essas ideias e estabelece requisitos para alterações na regulamentação das eleições:

Art. 2º As instruções para regulamentação das eleições ordinárias serão editadas em caráter permanente e somente poderão ser alteradas nas seguintes hipóteses: I - reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo da instrução pelo próprio Tribunal Superior ou pelo Supremo Tribunal Federal; II - análise da constitucionalidade de dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal; III - superveniência de Lei ou Emenda Constitucional que tenha aplicação para as eleições reguladas pelas instruções; IV - em decorrência do aperfeiçoamento das boas práticas e desenvolvimento tecnológico dos equipamentos, materiais e serviços utilizados nas eleições e das datas em que elas se realizam; V - em decorrência da modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Eleitoral sobre matéria eleitoral; e VI - para correção de inexatidões materiais e retificação de erros de cálculo (TSE, 2016a).

Com o propósito de demonstrar a importância desse parâmetro, serão examinadas duas decisões do Tribunal Superior Eleitoral que romperam com a interpretação jurisprudencial, com prejuízo à igualdade da disputa e prejuízo à segurança jurídica.

A primeira decisão é o caso que ficou conhecido como Caso Coronel José Dias-Piauí. Nesse caso, o candidato Ramiro da Silva Costa teve seu registro de candidatura ao cargo de Prefeito do Município de Coronel José Dias-PI, nas eleições de 2008, impugnado pelo Ministério Público Eleitoral, em função da inelegibilidade prevista na alínea g, I, do Art. 1º, da Lei 64/90 que, na época, antes da LC 135/2010, previa o prazo de 5 anos de inelegibilidade por rejeição das contas (atualmente o prazo é de 8 anos).

O mencionado candidato, na condição de ex-gestor, teve suas contas rejeitadas referentes a convênio realizado com órgão federal.

Como defesa, argumentou que a reprovação ocorreu exclusivamente pelo atraso na prestação das contas, sendo que o próprio órgão controlador havia reconhecido a

regularidade da aplicação dos recursos objeto do convênio.

O registro de candidatura foi deferido em primeiro grau porque havia doutrina e jurisprudência pacíficas sustentando a ausência de ato que tenha causado prejuízo ao erário.

Houve recurso da decisão e, no Tribunal Regional do Piauí, em virada jurisprudencial, o registro foi indeferido, sendo considerada irregularidade grave a extemporaneidade da prestação de contas.

A matéria foi levada ao TSE que manteve o indeferimento do registro nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL QUE DEFERIU PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. CASSAÇÃO DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CANDIDATO. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TCU. INELEGIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. I - A prestação extemporânea de contas pelo candidato ao cargo de Prefeito configura hipótese de crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, além de acarretar prejuízos à municipalidade, impedida de celebrar novos convênios de transferência de recursos. II - A rejeição de contas pelo TCU não foi contestada pelo agravado, administrativa ou judicialmente, o que configura como requisito de inelegibilidade do candidato. III - Precedentes. IV - Ainda que ajuizada ação para desconstituição do acórdão do TCU, o que não é o caso dos autos, quando proposta em prazo próximo ao período eleitoral, esse fato não afasta a aplicação do art. 1º I, g, da Lei Complementar n. 64/90. V - Precedentes. VI - A rejeição de contas pelo TCU acarreta a inelegibilidade do candidato. VII - Precedentes. VIII - Agravo ao qual se dá provimento (TSE, 2009a).

Ocorre que, em relação ao mesmo pleito de 2008, a mesma matéria, ou seja, entrega extemporânea das contas, foi considerada como não apta a gerar a mencionada inelegibilidade, consoante se percebe pela seguinte ementa:

PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. RECURSOS FEDERAIS RECEBIDOS EM RAZÃO DE CONVÊNIO. A omissão no dever de prestar contas dos recursos federais recebidos pelo município em razão de convênio, por si só, não tem o condão de fazer incidir a cláusula de inelegibilidade (TSE, 2008).

No mesmo pleito, ou seja, eleições 2008, candidatos em idênticas situações, receberam tratamento diverso. Ainda, registra-se que nas eleições de 2012, a matéria novamente submetida à apreciação do TSE, considerou que a entrega extemporânea das contas não atrai a incidência da inelegibilidade prevista na alínea g, I, art. 1º, da Lei 64/1990:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE

CANDIDATURA. DEFERIMENTO. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REJEIÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO PELO TCU. APRESENTAÇÃO TARDIA DAS CONTAS. REGULARIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE INSANÁVEL QUE CONFIGURE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. DESPROVIMENTO. 1. A omissão no dever de prestar contas relativas a recursos provenientes de convênio, dando ensejo à tomada de contas especial, não configura ato doloso de improbidade administrativa para incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, quando demonstradas a regularidade na aplicação dos recursos e a ausência de prejuízo ao erário. 2. Agravos regimentais desprovidos para manter o deferimento do registro da candidata agravada (TSE, 2013).

Na ocasião do julgamento acima, a Ministra Cármen Lúcia, remanescente da composição da Corte quando indeferido o registro do Caso Coronel José Dias-Piauí, ponderou a existência de jurisprudência em sentido contrário, citando inúmeros precedentes semelhantes ao de Piauí:

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 33806, Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 18.6.2009, o Tribunal Superior Eleitoral, mesmo ausente o dano ao erário (imputação de débito), concluiu que configura vício insanável o descumprimento do objeto de convênio federal, ainda que o recurso público tenha sido aplicado em outra finalidade pública (desvio de finalidade), pois não é autorizado ao gestor, a partir de seus interesses particulares, modificar a finalidade do convênio, em desrespeito aos Princípios da Impessoalidade e da Devida Prestação de Contas . O desvalor, portanto, está na conduta em si, e não simplesmente no resultado final (TSE, 2009b).

No entanto, prevaleceu a tese de não configurar ato doloso de improbidade a apresentação tardia das contas. Margarete de Castro Coelho, sobre a matéria refere: “Embora se possa supor, e até argumentar, o caso em exame não é uma exceção, nem de rara ocorrência” (COELHO, 2015, p. 144).

A segunda decisão, cuida-se de acórdão que, por maioria de votos, afastou sumariamente da disputa eleitoral, candidato ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018, proibindo-lhe a realização de atos de campanha, veiculação de propaganda eleitoral e a exclusão do seu nome da urna eletrônica, em face de condenação criminal por órgão colegiado.

No dia 31 de agosto de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral apreciou o Registro de Candidatura às eleições de 2018 à Presidência da República do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (RCAND n. 0600903-50.2018.6.00.0000).

O candidato havia sido condenado criminalmente pela 8ª Turma do Tribunal



Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, caput e V, da Lei n. 9.613/1998).

Como consequência, imputou-se a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da Lei Complementar no 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010 (Ficha Limpa), a qual prevê a irradiação de efeitos de decisão condenatória desde o julgamento por órgão colegiado.

Serão examinados os argumentos dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso, vencedor, e de Luiz Edson Fachin, vencido. A controvérsia envolvia duas questões:

a) Força vinculativa da medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que, no dia 17/08/2018, em resposta à petição protocolada em 27 de julho na comunicação individual n. 2.841/2016, por Luiz Inácio Lula da Silva, assegurou o exercício de seus direitos políticos como candidato nas eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado aos meios de comunicação e aos membros de seu partido. O fundamento legal à concessão da medida está previsto no art. 25, b, do PIDCP, que garante ao cidadão o direito de votar e ser eleito, sem restrições infundadas;

b) Possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral, revendo sua jurisprudência até então, afastar a incidência do art. 16-A da Lei 9.504/97<sup>23</sup> que, no curso do processo eleitoral, garante a todo candidato cujo registro esteja *sub judice*, 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.

O voto do Ministro Barroso aduziu os seguintes argumentos para afastar a orientação do Comitê e a incidência do art. 16-A da Lei das Eleições: a) O Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, desprovido de competência jurisdicional e o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP não foi incorporado na ordem interna brasileira por meio de Decreto Presidencial. Ainda, a medida cautelar conflitaria com a Lei da Ficha Limpa, compatível com a Constituição de 1988, não podendo ser tida como uma restrição infundada ao direito de se eleger; b) Com o propósito de manter coerência do sistema, o candidato deve ser considerado *sub judice* somente se obtiver o afastamento da inelegibilidade no processo

---

23 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. 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.

que a ela deu origem ou pelo menos a suspensão dos efeitos da decisão colegiada naquele mesmo processo.

O voto do Ministro Fachin fundou-se nas seguintes premissas: a) A existência de uma causa de inelegibilidade obstaculiza o deferimento do pedido de registro de candidatura; b) A Medida Cautelar exarada pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos paralisa a eficácia da decisão que indefere o registro, garantindo ao requerente, de forma provisória, o direito de gozar e exercer seus direitos políticos como candidato à eleição presidencial; c) A decisão do Comitê de Direitos Humanos irradia efeitos internos no Brasil, pois é o próprio texto constitucional que define o momento a partir do qual um tratado de direitos humanos passa a ter efeito, isto é, o do depósito do instrumento de ratificação, momento a partir do qual o Estado Brasileiro se torna parte de um tratado internacional. Ademais, o direito de petição ao Comitê é protegido pela própria Constituição.

A conclusão do voto do Ministro Fachin foi no sentido de assentar a inelegibilidade do interessado, com o conseqüente indeferimento do pedido de registro da candidatura respectiva, contudo, reconhecia, em face da medida provisória concedida no âmbito do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, o direito de se candidatar às eleições presidenciais de 2018 e realizar os respectivos atos de campanha.

Em relação à eficácia vinculante da decisão do Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, defende-se a dispensa de publicação do protocolo facultativo para sua eficácia interna por força da Convenção de Viena<sup>24</sup>. Contudo, centra-se a análise na alteração jurisprudencial

---

24 Um dos argumentos para não ser atribuída força vinculante à decisão do Comitê de Direitos Humanos foi o de que não estaria em vigor no Brasil, o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto, pois a publicação do documento no Diário Oficial da União (DOU) pelo Poder Executivo nunca teria ocorrido. Ainda que o Protocolo Facultativo tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 311/2009, publicado no DOU de 17 de junho de 2009, este não teria sido promulgado por Decreto Presidencial. Essa compreensão foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal na CR n. 8277 AgR/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17 de junho de 1998. Equivale dizer, apesar de vigente internacionalmente, que o Primeiro Protocolo Facultativo, o qual prevê a possibilidade de reclamações ao Comitê, não estaria vigente na ordem interna brasileira, o que se afigura contraditório. A doutrina de Mazzuoli (2011) e Trindade (2003) sustentam que os tratados e convenções, para serem aplicados no âmbito doméstico, dispensam a edição de decreto de execução presidencial: [...] os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, com status de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no Diário Oficial da União e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do § 3º do art. 5º da Constituição. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da entrada em vigor da EC 45/2004, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Quaisquer outros problemas relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não

ao art. 16-A da Lei n. 9.504/97.

O argumento do ministro Barroso para não incidência do mencionado art. 16-A da Lei 9.504/97, foi o de manter a coerência do sistema, reconhecendo que o candidato deixa de ser considerado *sub judice*, a partir do momento em que sobrevém decisão do órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) indeferindo o registro de candidatura.

Ao final, concedeu-se prazo de dez dias para substituição e vedou-se a prática de atos de campanha, veiculação de propaganda eleitoral no rádio e na televisão e determinou-se a retirada do nome de Luiz Inácio Lula da Silva da programação da urna eletrônica. Em que pese o argumento de preservação da coerência, a decisão do TSE rompeu com a sistemática e integridade do processo eleitoral.

Com efeito, para o pleito de 2018, os candidatos tinham o prazo até o dia 15 de agosto de 2018 para protocolarem seus pedidos de registro de candidatura, já que a partir de 16 de agosto de 2018, começariam os atos de propaganda. Isso porque, o art. 16-A da Lei das Eleições funcionava como uma espécie de tutela provisória ao direito fundamental de concorrer a cargo eletivo.

Admitia-se, assim, que os candidatos que estivessem discutindo seu registro participassem da campanha e recebessem votos, por conta e risco, já que, eventualmente, indeferida a candidatura no futuro, seus votos seriam anulados.

---

são problemas de direito, mas sim - como diz Cançado Trindade - de falta de vontade (*animus*) por parte dos poderes públicos, notadamente do Poder Judiciário. (MAZZUOLI, 2011, p. 70). Ainda, não se pode olvidar que a nossa Constituição Federal estabelece que nas relações internacionais o Brasil deve dar prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). Além disso, é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I, da Constituição Federal), o que se perfectibiliza com a promulgação do Decreto Legislativo no DOU, exatamente como aconteceu com o Decreto n. 311, de 17 de junho de 2009, quando publicado o texto que aprovou o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP. Ademais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, cuja vigência no âmbito interno brasileiro não se discute, já que, porque houve a promulgação desta no Decreto Presidencial n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelece em seus artigos 24 e 26 que um tratado internacional entra em vigor nos termos e na data nele previstos, e devendo ser cumprido de boa-fé. Portanto, ainda que não se concorde com o entendimento da dispensa do Decreto Presidencial para vigência do Protocolo Facultativo no Brasil, no mínimo, ao não se submeter ao decidido pelo Comitê de Direitos Humanos, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) descumpriu a Convenção de Viena. Por derradeiro, como ensina Mazzuoli (2011), é inegável que o sistema de direitos e garantias possui uma dupla fonte normativa, ou seja, direito interno e direito internacional. Em caso de dúvida na interpretação e na aplicação, a preferência deverá ser reconhecida em favor daquele que é protegido: E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional pro homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos tradicionais de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico) (MAZZUOLI, 2011, p. 30).

O fundamento do voto do ministro Barroso para alteração da jurisprudência fundou-se nos ED-Respe n. 139-25, Rel. Ministro Henrique Neves, j. em 28 de novembro de 2016, que, no seu entender, revelava uma mudança no entendimento do conceito de sub judice.

Ocorre que as situações jurídicas colocadas como equivalentes são absolutamente diferentes. Na decisão antes apontada, o TSE apenas reconheceu que a decisão que cassa diploma após as eleições não necessitaria aguardar trânsito em julgado para realizar novas eleições.

A decisão do registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, contudo, foi proferida antes das eleições, quando a Justiça Eleitoral exerce seu papel preventivo, diferentemente quando já ultimada a eleição e há o reconhecimento de algum ilícito eleitoral.

A diferença não é cronológica, aspecto colocado em evidência pelo voto da Ministra Rosa Weber que, apesar de indeferir o registro de Lula, reconhecia que a ele assistia o direito de realizar campanha e manter seu nome na urna até eventual decisão definitiva de indeferimento da candidatura, na esteira do que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Explicou, ainda, que eleições anuladas depois de realizadas encerram decisão retrospectiva, sendo que todos os candidatos concorreram, sub judice ou não. Situação diametralmente oposta seria, de forma prospectiva, eliminar sumariamente candidato da disputa, sem que esse pudesse realizar atos de campanha e ter seu nome na urna. Nessa hipótese, mesmo que obtivesse êxito em recurso no STF, não haveria utilidade alguma.

Assim, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral restringiu indevidamente o pleno exercício dos direitos políticos, em afronta às condições democráticas. Além disso, conferiu tratamento desigual entre os concorrentes do pleito de 2018, pois os demais postulantes a cargos eletivos cujos registros de candidatura foram submetidos à apreciação dos Tribunais Regionais Eleitorais, puderam realizar atos de campanha e disputar as eleições, ainda que sub judice.

Nesse ponto, surgem alguns questionamentos: Por que justamente o postulante ao cargo máximo do Poder Executivo teve sua candidatura sumariamente abortada, quando todos os demais candidatos às eleições gerais de 2018 (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Governadores) puderam disputar o pleito, ainda que sub judice? E se a causa de inelegibilidade incidente fosse proveniente de decisão administrativa que viesse a ser suspensa após a decisão de seu registro de candidatura? Será que a decisão do Tribunal

Superior Eleitoral levou a sério os direitos políticos? Afinal, a decisão indeferitória do registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva fundou-se em argumentos de princípio ou argumentos de política?

As respostas a essas indagações são aqui registradas como reflexão inicial quiçá para outra pesquisa.

Por ora, aponta-se ser esse o último parâmetro a ser observado pelo julgador, no sentido de ser respeitada a anualidade eleitoral em matéria jurisprudencial, por razões de coerência e integridade, abstendo-se de, a cada decisão, partindo do marco zero, desprezar a compreensão acerca do reconhecimento das inelegibilidades.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi o de pretender alinhar parâmetros decisoriais, em conformidade com a constituição, para o reconhecimento de inelegibilidades pela jurisdição eleitoral no Brasil.

Procurou-se demonstrar, ao longo da investigação, as diferentes concepções de democracia: a importância dos instrumentos de participação para Paulo Bonavides; a cidadania como meio de ascensão e remoção de governantes em Robert Dahl; o destaque da observância das regras procedimentais em Norberto Bobbio; a coparticipação no modelo substancial de Ronald Dworkin; a deliberação e a aplicação do princípio do discurso em Jürgen Habermas; as dimensões da democracia contemporânea defendidas por Luís Roberto Barroso, ou seja, representativa, constitucional e deliberativa, assim classificadas conforme o protagonista seja o Congresso Nacional e Presidente da República, Supremo Tribunal Federal e sociedade civil, respectivamente.

Agasalhou-se a concepção da democracia constitucional, pois é a consentânea com o Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil e propõe-se a mesclar a defesa de um procedimento no qual cada cidadão participe em igualdade de condições e seja possível reconhecer e tutelar direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de eventual maioria.

Buscou-se evidenciar que a Constituição Federal de 1988 seguiu a tendência mundial no sentido do modelo de constitucionalismo no qual as constituições são tidas como verdadeiras normas jurídicas e espelham a constitucionalização do direito, tendo no Poder Judiciário o destinatário das reivindicações.

Esse fenômeno fez surgir as teorias do constitucionalismo democrático, que possuem por escopo a busca do melhor modo de harmonizar a garantia dos direitos fundamentais com os valores democráticos. As principais concepções são: o procedimentalismo e substantivismo.

A doutrina procedimentalista, cujos maiores defensores são John Hart Ely e Jürgen sustenta cumprir ao Poder Judiciário a garantia da ampla participação de todos no processo democrático, nos processos políticos, incluindo e protegendo as minorias. Tanto Habermas como Ely visualizam limites à função jurisdicional, na medida em que não seria legítimo aos Tribunais estabelecerem quais seriam os valores substantivos a serem observados pelo legislador.

Já a teoria substantivista ou moralista, como a própria denominação sugere, dialoga com a moral e é defendida por Ronald Dworkin, Jorge Reis Novais e Luís Roberto Barroso.

Em relação à jurisdição constitucional, Dworkin sustenta o instituto da judicial review com o intuito da proteção das liberdades individuais e dos princípios morais insculpidos na norma constitucional, ainda que signifique uma decisão contramajoritária. Os direitos fundamentais despontam como trunfos contra a maioria.

Dworkin concebe a teoria da leitura moral da Constituição, tendo como alvo a resolução dos casos controversos, partindo do conceito de igualdade, no sentido de assegurar igual consideração e respeito a cada um, em um Estado de Direito centrado na legalidade, na integridade política, em decisões jurídicas construída em princípios, de forma a harmonizar os conceitos de democracia e jurisdição constitucional, que não estão em linha de colisão e tensão.

Jorge Reis Novais verifica a existência de tensão entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional, oferece solução no sentido de que deva ser assegurada a força de resistência dos direitos fundamentais.

No Brasil, conforme Luís Roberto Barroso, a jurisdição constitucional deve agir contramajoritariamente para proteger os direitos fundamentais, porque não admitem violação pela regra da maioria e para salvaguarda das regras do jogo democrático e dos canais de atuação política dos cidadãos.

Defendeu-se, diante das teorias do constitucionalismo democrático, não haver necessariamente oposição entre os procedimentalistas e substancialistas, mas sim, complementaridade.

Sendo a Justiça Eleitoral a responsável por processar e julgar os litígios que envolvem o cometimento de ilícitos eleitorais que importem a desconstituição dos mandatos eletivos e, ao que interessa ao trabalho, avaliar e decidir acerca da capacidade eleitoral passiva dos postulantes a cargos eletivos, abordou-se as duas formas de atuação na interpretação constitucional geral: a) o ativismo judicial; b) a autocontenção judicial.

Quanto ao ativismo judicial, demonstrou-se a ausência de consenso quanto ao seu conteúdo, podendo ser constatadas algumas características comuns ao fenômeno: a) exercício expansivo do poder decisório; b) verifica-se primordialmente nos denominados hard cases; c) o personagem central é o juiz.

No que refere à autocontenção ou à autorrestricção judicial, apontou-se para a existência de pelo menos quatro teorias que pretendem conter o grau de intervenção do judiciário em assuntos políticos e morais complexos: a) Teoria da regra do erro manifesto de James Bradley Thayer (1893); b) Teoria das virtudes passivas e prudência política de Alexander Bickel (1961, 1986); c) Teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein (1999, 2004); d) Teoria dos limites das capacidades institucionais de Adrian Vermeule (2002, 2006).

Especificamente em relação à jurisdição eleitoral, sinalizou-se para cinco vetores norteadores da interpretação constitucional: a) o respeito à soberania popular; b) a moralidade e a probidade para o exercício de mandato; c) a igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos; d) o minimalismo judicial; e) a observância dos precedentes como forma de garantir segurança jurídica.

Ainda, procedeu-se à diferenciação de dois momentos na forma de atuação da Justiça Eleitoral: a) papel preventivo: ao examinar a adequação do candidato ao estatuto jurídico das elegibilidades nos registros de candidatura; b) ao apreciar demandas que envolvem o cometimento de ilícitos eleitorais e deliberar acerca da cassação de mandato obtido mediante o sufrágio universal.

Diante dessa especificidade, sustentou-se a adoção de um standard diferenciado, no sentido de que na fase de habilitação deva preponderar os critérios previstos no §9º do art. 14 da Constituição Federal como preferencial. Já no exercício de seu papel repressivo, necessário o emprego de um ônus argumentativo maior em face da soberania popular, sendo ela o vetor preponderante a ser preservado.

Na sequência do trabalho, examinou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010 e concluiu-se, pelo conteúdo dos votos que formaram a maioria, ter prevalecido uma tônica moralizadora no julgamento, a partir de uma legitimidade a priori por ser a Ficha Limpa de iniciativa popular.

Defendeu-se que essa tônica moralizadora que justificou a constitucionalidade da Ficha Limpa, corresponde ao que Ronald Dworkin denominou de argumentos de política, que se prestam a fundamentar uma decisão política e não jurídica, porque tutelam objetivo da comunidade como um todo. A decisão jurídica deve ter por escopo argumentos de princípio na dicção de Dworkin, pois apenas esses são hábeis a legitimar e justificar o respeito aos direitos do indivíduo. Prevaleceram, assim, argumentos de política na interpretação



constitucional, violando os direitos políticos fundamentais.

Deu-se preponderância aos princípios da probidade, moralidade e vida pregressa, em detrimento das teses de irretroatividade das leis, coisa julgada, ato jurídico, direito adquirido, presunção de inocência, devido processo legal, proporcionalidade, vedação de retrocesso e núcleo essencial dos direitos políticos.

Restou evidenciado que o papel do Supremo Tribunal Federal, ao assentar a constitucionalidade da Ficha Limpa, foi de autocontenção em relação ao Poder Legislativo, rompendo com a interpretação jurisprudencial até então, quando, em 2008, na ADPF 144, havia afastado a possibilidade de ser restringida a capacidade eleitoral passiva, sem o trânsito em julgado de condenações cíveis ou criminais.

No capítulo final, são propostos os parâmetros decisoriais à caracterização das inelegibilidades no Brasil, tendo como pano de fundo a doutrina de Ronald Dworkin e os princípios da interpretação constitucional professados por Lenio Luiz Streck, que traduzem à realidade brasileira os critérios que devem conter uma decisão jurídica para dar uma resposta constitucionalmente adequada, de forma a manter a coerência e integridade do sistema e evitar o decisionismo.

Assim, adota-se o que foi sustentado por Lenio Streck, que fez uma aproximação para realidade brasileira da doutrina de Dworkin, quanto ao direito a uma resposta adequada ser aquela “[...] em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação” (DWORKIN, 2014, p. 624).

Como parâmetros específicos para o reconhecimento de inelegibilidades, alinham-se: a) a correspondência entre a inelegibilidade e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente; b) a responsabilidade do candidato; c) a segurança jurídica, por meio da vedação de virada jurisprudencial há menos de um ano da eleição.

Assim, o juiz, ao se deparar com uma decisão (administrativa, cível ou criminal, por exemplo) com potencialidade de gerar inelegibilidade, deverá inicialmente submetê-la aos parâmetros gerais consistentes no filtro dos cinco princípios trazidos por Motta (2017, p. 243), ao sintetizar o que defendido por Lenio Streck, por meio dos seguintes questionamentos:

1 - Está sendo respeitada a autonomia do direito? Essa decisão não está

comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune a predadores endógenos e exógenos do direito?

2 - Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história constitucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme minha concepção sobre o direito, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?

3 - Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da holding dessa decisão possui caráter de universalidade?

4 - Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?

5 - Essa decisão está respeitando o direito fundamental a se ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada com fundamento no direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo, como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?

Na sequência, os parâmetros específicos podem ser aplicados mediante as seguintes indagações:

1 - Há correspondência entre a conduta do candidato e a lesividade do bem jurídico protegido constitucionalmente? A infração a que foi condenado o candidato, viola os bens protegidos pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal (proibidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições)?

2 - De que forma o candidato participou ou contribuiu para a concretização do ato? Sua responsabilidade foi considerada como mero beneficiário?

3 - Como tem sido interpretada a matéria pela jurisprudência eleitoral? A compreensão empreendida atende ao requisito da anualidade?

Assim, seguidos os parâmetros gerais e específicos, espera-se que a prestação jurisdicional corresponda ao que se entende por resposta certa e adequada constitucionalmente. Também a observância de um iter decisional, permitirá o controle da

fundamentação das decisões judiciais que impactam decisivamente no Estado Democrático de Direito, na democracia representativa e nos direitos fundamentais.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALVES, J. C. M. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. **Estudos Eleitorais na História**. Brasília, v. 11, n. 2, p. 229-239, maio/ago. 2016.
- ASSIS BRASIL, J. F. **Democracia representativa**: do voto e da maneira de votar. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.
- ASSIS BRASIL, J. F. **A democracia representativa na República (antologia)**. Brasília: Editora do Senado Federal, 1998.
- ATALIBA, G. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017a.
- BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *In*: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017b.
- BICKEL, A. The Passive Virtues. **Harvard Law Review**. vol. 75 (1), 1961. p. 40-79.
- BICKEL, A. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015.
- BONAVIDES, P. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BONAVIDES, P. **Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea**. 2. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1987.
- BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, P. Revolução participativa. **Folha de São Paulo**. São Paulo. Publicado em 29 de outubro de 2005. Disponível em:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2910200509.htm>>. Acesso em: 06 maio 2019.
- BORK, R. H. The Constitution, Original Intent, and Economic Right. **Economic Rights San**

**Diego Law Review**, Vol. 23, n. 4, p. 823-832, July/August 1986.

BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, 1824**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 08, de 14 de abril de 1977**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc08-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc08-77.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 7 de junho de 1994**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/ecr/ecr4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/ecr/ecr4.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 5, de 5 de abril de 1970.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 42, de 1º de fevereiro de 1982.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em 17 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 633.703.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário, julgamento em 23 março de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 15 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.578, ADC n. 29, ADC n. 30.** Relator: Min. Luiz Fux, DJe 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 14 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 637.485.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito - DJe-095. Publicado em: 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>>. Acesso em: 30 set. 2018.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

CLÈVE, C. M. **Temas de Direito Constitucional.** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COELHO, I. M. Ativismo judicial ou criação judicial do Direito? **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIV, N. 329, p. 18-20, 2010.

COELHO, M. C. **A democracia na encruzilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONEGLIAN, O. A. R. **Inelegibilidade**: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, A. S. **Instituições de Direito Eleitoral**. 10. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC n. 135, de 2010, com a Lei 13.165, de 2015 e o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105, de 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DAHL, R. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, R. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. **A Justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, R. S. **Direito Eleitoral**. A efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018.

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J. Justicia, justicia electoral y democracia. Vniversitas. **Revista de Ciencias Jurídicas**, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n. 112, jul./dez. 2006.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, M. R. P. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos Políticos e Inelegibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERRARI, R. M. M. N. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. *In*: BASTOS, C. (Ed.). **Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FUX, L.; FRAZÃO, C. E. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FUX, L.; FRAZÃO, C. E. Revisitando o direito eleitoral: direitos fundamentais, democracia e o novo constitucionalismo. *In*: FUX, L.; PEREIRA, L. F. C.; AGRA, W. M. (Coord.); PECCININ, L. E. (Org.). **Direito Constitucional Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Tratado de Direito Eleitoral, v. 1.

GIACOMUZZI, J. G. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 24, 2004, p. 219-233.

GOMES, J. J. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, J. J. Os bens jurídicos protegidos pelo art. 14, § 9º, da Constituição de 1988 e a Revisão da Decisão das Urnas. *In*: FUX, L.; PEREIRA, L. F. C.; AGRA, W. M. (Org.) **Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, tomo 7).

GONÇALVES, L. C. S.; ZILIO, R. L. **Comentários às Súmulas do TSE**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, L. C. S. **Direito Eleitoral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, E. R. Ficha Limpa é atentado à democracia. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 03 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-03/ficha-limpa-atentado-estado-direito-eros-grau>>. Acesso em: 15 out. 2018.

GUEDES, N. Dos Direitos Políticos. *In*: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, H. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



- JORGE, F. C.; LIBERATO, L.; RODRIGUES, M. A. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- KELSEN, H. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAFFINI, R. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, C. A. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, A. C. **Introdução à teoria das inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MEZZAROBA, O.; STRAPAZZON, C. L. Moralismo político e restrições a direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, Ano 5, v. 14, p. 216-243, jan./mar. 2011.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 6a. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MORAIS, J. L. B. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, J. L. B. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MOTTA, F. J. B. Ativismo Judicial e Decisões por Princípio: Uma proposta de fixação dos limites de atuação do Poder Judiciário. In: GAVIÃO FILHO, A. P.; LEAL, R. G. (Org.) **Coletânea III Seminário Nacional: Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: <<http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- MOTTA, F. J. B. Dworkin, a dignidade do processo e a dupla dimensão da resposta correta. **Empório do Direito**. Publicado em 24 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-55-dworkin-a-dignidade-do-processo-e-a-dupla-dimensao-da-resposta-correta>>. Acesso em: 03 out. 2019.
- NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da última palavra e alguns parâmetros de autoconção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 06, n. 2, p. 119-161, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>>. Acesso em 07.07.2018.
- NOGUEIRA, O. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 2001.
- NOHLEN, D. **Institucionalismo contextualizado**. México: Porrúa, 2006.

NOHLEN, D. **La democracia, instituciones, conceptos y contexto**. México/DF: UNAM, 2011.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, M. A. C. *In*: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coordenadores). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos**, Estado de derecho y Constitución. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PETERSEN, E. B.; PINTO, D. **Comentários à Lei da Ficha Limpa**. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 3a. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANSEVERINO, F. A. V. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 12a. ed. rev. atualizada e ampliada, 2015.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, D. (org.) **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, J. A. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 01 maio 2019.

SILVA, D. R. **Democracia e direitos políticos**. Campinas: Instituto de Direitos Políticos, 2005.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, M. P. Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro. **Resenha Eleitoral**, v. 21, pp. 29-42, 2017.

SUNSTEIN, C. R. **One Case at a Time: judicial minimalism on The Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, C. R. Minimalism at War. **Law and Economic Working Paper**. n. 231, Michigan, 2004.

STRECK, L. L. *Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STF. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 144**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

TASSINARI, C. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THAYER, J. B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, **Harvard Law Review**, vol. 7 (3), 1893.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula – TSE n. 13**. 1996. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-13>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 29155**. Acórdão. Relator(a) Min. Ari Pargendler, Publicação em: 02 de setembro de 2008.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 33292**. Acórdão. Relator(a) Min. Ricardo Lewandowski, Publicação em: 14 de setembro de 2009a.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 33806**. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em: 18 de junho de 2009b.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 52980**. Acórdão. Relator(a) Min. Luciana Lóssio, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 4. 05 de dezembro de 2013.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.472, de 17 de março de 2016a**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2016/RES234722016.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **AgR-REspe n. 161-88/DF**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, PSESS de 14 de dezembro de 2016b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/151502358/tse-28-06-2017-pg-23>>. Acesso em: 14 set. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **AgR-REspe n. 465-57/MG**. Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 17.3.2017. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/mural/api/922/decisao/pje>>. Acesso em:

14 set. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 060475996**. Acórdão publicado em: 16 de outubro de 2018a. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=303163&noCache=1215996673>>. Acesso em: 14 set. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 060102696**. Acórdão. Relator(a) Min. Og Fernandes. Publicado em Sessão: 22 de novembro de 2018b.

VELLOSO, C. M. S.; AGRA, W. M. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERMEULE, A. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review**, vol. 43 (4), 2002.

VERMEULE, A. **Judging under uncertainty**: an Institutional Theory of Legal Interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ZILIO, R. L. **Decisão contramajoritária sancionatória eleitoral: critérios de conformação democrática**. Porto Alegre: FMP, 2018a. (Dissertação de Mestrado em Direito).

ZILIO, R. L. **Direito Eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018b.