

ano 13 - n. 54 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais

Eneida Desiree Salgado

Pós-Doutora pela Universidad Nacional Autónoma do México (UNAM). Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito — Mestrado — da UniBRASIL, do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas — Mestrado e Doutorado — da Universidade Federal do Paraná (UFPR), e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora e vice-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Advogada e parecerista.
E-mail: <desisalg@ninc.com.br>.

Eduardo Borges Araújo

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas” (UFPR). Bolsista do Conselho de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES).
E-mail: <eduardo.bfr@me.com>.

Resumo: Os direitos políticos são direitos fundamentais, formal e materialmente. A especial proteção constitucionalmente garantida aos direitos fundamentais atinge não apenas o direito de sufrágio, mas, de igual forma, o direito político passivo. A elegibilidade é desenhada a partir de condições e restrições em âmbito constitucional, além de haver um comando normativo ao legislador para, em proteção aos bens jurídicos indicados no artigo 14, §9º, completar o sistema de restrições, com outras hipóteses de inelegibilidades. Isso não pode significar, no entanto, uma autorização para afastar as demais garantias constitucionais. É sobre isso que se debruça o presente estudo, sobre as profundas modificações provocadas no sistema jurídico das inelegibilidades pela Lei Complementar nº 135/10. Para demonstrar a preocupante opção do Poder Judiciário pela moralidade no lugar da defesa do Estado de Direito, tratar-se-á da construção legislativa da norma, com sua pretensa participação popular, para depois evidenciar os traços de um

discurso populista no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ainda, para melhor abordar o controle de constitucionalidade (não) desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, necessário aqui trazer elementos da teoria dos direitos fundamentais, principalmente sobre a restrição dos direitos fundamentais para evidenciar os equívocos e os artifícios empregados nas construções argumentativas que culminaram na (absurda) declaração de constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”. Ao fim, reflete-se sobre o legado desta decisão e o ocaso do Direito perante a Moral, uma moral subjetiva e plástica, que faz cair por terra os alicerces do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Democracia. Controle de constitucionalidade. Inelegibilidades. Lei Complementar nº 135/10.

Sumário: 1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 3 Considerações finais – Referências

1 Introdução

No dia 26 de agosto de 2012, o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão julgou recurso eleitoral interposto por Humberto Dantas dos Santos, candidato a Prefeito do município de Bom Jardim, cujo pedido de registro de candidatura foi indeferido pelo Juízo Eleitoral da 78ª Zona Eleitoral, no dia 29 de março de 2010.¹ A sentença condenatória julgou procedente impugnação proposta pelo Ministério Público Eleitoral e por coligação adversária à coligação encabeçada pelo recorrente, cujo fundamento era a condenação de Dantas dos Santos pela prática de captação ilícita de sufrágio no pleito de 2008 — crime eleitoral até então tipificado no art. 41-A da Lei nº 9.507/97.

Em sede recursal, o então candidato a Prefeito alegou que sua condenação por captação ilícita de sufrágio não possuía o condão de torná-lo inelegível, vez que, quando praticado, o delito ainda não se configurava em hipótese de inelegibilidade. Além disso, uma vez que Humberto Dantas dos Santos não fora eleito no pleito de 2008, a sentença de primeiro grau apenas aplicou a sanção de multa, não havendo cassação de registro ou de diploma. Em razão disso, inaplicável a nova redação do art. 1º, inciso I, alínea “j” da Lei Complementar nº 64/90, introduzida pela Lei Complementar nº 135/10. Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral argumentou em suas contrarrazões que a LC nº 135/10 aplica-se a fatos anteriores à sua entrada em vigência e que a não cassação de registro e de diploma não obsta o reconhecimento da inelegibilidade.

¹ Recurso Eleitoral nº 9495031-83.2008.6.10.0000.

Na contramão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade, assim se posicionou o relator do recurso, abrindo divergência com os demais magistrados do Tribunal Regional Eleitoral maranhense: “se os fatos aconteceram em 2008, ao tempo em que sequer existia a hipótese de inelegibilidade hoje prevista na legislação, entendo que, neste caso específico, as inovações da lei não alcançam o recorrente de forma a lhe atrair causa de inelegibilidade”. Nesse sentido, votou pelo deferimento do pedido de candidatura de Humberto Dantas dos Santos.

Como será adiante demonstrado, o sistema jurídico das inelegibilidades foi em muito modificado pela Lei Complementar nº 135/10, responsável por incluir novas hipóteses de inelegibilidade e por ampliar o prazo de inelegibilidade para hipóteses já previstas anteriormente. Ainda que em muito influenciada e encampada pela sociedade civil organizada, o pontapé legislativo da “Lei da Ficha Limpa” está no Poder Executivo e seu Projeto de Lei Complementar nº 168/1993. Nem por isso, quando julgada a constitucionalidade de seus dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal, foi recorrente a remissão ao “esforço hercúleo” da sociedade na instituição de normas moralizadoras da vida pública. A “Lei da Ficha Limpa” é símbolo de um perigoso encontro entre discurso jurídico e moralidade — uma moralidade perniciosa que desafia os fundamentos do Estado Democrático de Direito e que contraria os princípios da legalidade, da irretroatividade de restrições aos direitos fundamentais, da proteção e da confiança.

Na defesa de um direito constitucional popular, Mark Tushnet critica a redução do direito constitucional às decisões da Suprema Corte norte-americana acerca do que seria direito constitucional.² Se, como bem defende Peter Habérle, existe uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição,³ este trabalho toma para si o ônus de apontar as incongruências de uma lei já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal, gozando, com isso, presunção absoluta de constitucionalidade. Talvez ainda mais relevante ao presente cenário institucional, em que o Supremo Tribunal Federal desponta como palco de resolução última

² TUSHNET. *Taking the Constitution away from the Courts*, p. 6.

³ “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição” (HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: a Constituição para e Procedimental da Constituição*, p. 15).

de conflitos políticos, dedica-se o trabalho também a destrinchar o raciocínio desenvolvido pelos Ministros no julgamento da LC nº 135/10.

2 Desenvolvimento

A origem legislativa da Lei Complementar nº 135/10 remete ao Projeto de Lei Complementar nº 168/93, apresentado pelo Poder Executivo, cujas disposições retiravam a exigência de trânsito em julgado das decisões em representações por abuso de poder julgadas pela Justiça Eleitoral, das decisões condenatórias nos delitos originalmente previstos na Lei Complementar nº 64/90 e das decisões por abuso de poder contra agentes públicos. Quando analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em 06 de abril de 2000, seu relator manifestou-se tanto quanto ao projeto quanto à proposição que afastava a inelegibilidade frente à condenação que não ultrapassasse pena de multa (PLC nº 22/99). Seu parecer foi pela “constitucionalidade, juridicidade, legalidade, regimentalidade e boa técnica legislativa dos Projetos de Lei Complementar nº 168, de 1993, e 22, de 1999, e, no mérito, pela aprovação de ambas as proposições”. Contudo, foi apresentado um substitutivo que amplia para oito anos o prazo de inelegibilidade nas hipóteses previstas pelo projeto. Reapresentado dia 29 de agosto de 2001, o projeto é unanimemente aprovado em 14 de novembro de 2001, ficando pronto para a ordem do dia.

Apenas em fevereiro de 2009, há nova movimentação no processo legislativo, com a apresentação de requerimentos para tramitação conjunta do projeto com outros nove, dos quais seis serão apensados: (i) PLP nº 446/09 (apresentado pelo Poder Executivo, no mesmo sentido do projeto original, com inelegibilidade de três anos sem exigência de trânsito em julgado); (ii) PLP nº 487/09 (do deputado Reginaldo Lopes, o projeto exige o trânsito em julgado ou decisão por órgão colegiado e fixa prazo de três anos de inelegibilidade); (iii) PLP nº 499/09 (de autoria do deputado Nelson Goetten, que pretende agregar um artigo à Lei das Inelegibilidades que imponha o indeferimento do registro de candidatos com vida pregressa incompatível com o exercício do mandato, observados os quatro anos anteriores ao pleito e trazendo como critérios a condenação em crime doloso, a demissão do serviço público em decorrência de apuração em processo administrativo disciplinar que constate a prática de crime contra a Administração Pública, entre outros); (iv) PLP nº 518/09 (assinado por trinta e três parlamentares, com o texto apresentado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral); (v) PLP nº 519/09 (do deputado Marcelo Itagiba, que torna inelegíveis os condenados

criminalmente, em primeira instância, desde a data da condenação até a publicação do trânsito em julgado de decisão absolutória, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, ou crime eleitoral, de tráfico de entorpecentes, de formação de quadrilha, doloso contra a vida, tortura, terrorismo, hediondos e outros); e (vi) PLP nº 544/09 (de autoria do deputado Antonio Roberto, que propõe a inclusão dos crimes contra o meio ambiente na previsão de inelegibilidade por mais três anos para além do cumprimento da pena).

Em 07 de abril de 2010, 28 emendas foram apresentadas no plenário da Câmara dos Deputados. Mais tarde, no dia 04 de maio, José Eduardo Cardozo apresenta uma subemenda substitutiva global do projeto. Entre os crimes que impõem inelegibilidade de oito anos para além do cumprimento da pena, é incluído o abuso de autoridade quando houver condenação à perda do cargo ou inabilitação para o exercício da função pública. Exige-se ato doloso de improbidade administrativa para a inelegibilidade por rejeição de contas e restringe-se a inelegibilidade por conduta vedada àquelas que impliquem na cassação do registro ou do diploma. A exclusão do exercício da profissão por decisão sancionatória de órgão profissional competente em decorrência de infração ético-profissional, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Judiciário, também impõe inelegibilidade. Além, a subemenda prevê modificações procedimentais. Sua aprovação ocorreu com onze destaques, mas o texto é mantido em todas votações.

O projeto chegou ao Senado em 13 de maio de 2010. Seis dias depois, o senador Demóstenes Torres apresentou relatório pela aprovação na Comissão de Constituição e Justiça.⁴ As nove emendas apresentadas por Romero Jucá foram rejeitadas, acatada apenas a “emenda de redação” proposta por Francisco Dornelles, que altera os tempos verbais das alíneas “h”, “j”, “m”, “o” e “q”. Trata-se de mero “ajuste para evitar incongruência com os outros dispositivos do projeto”, substituindo “os que tenham sido” por “os que forem”. Levado ao plenário e sem prazo para a apresentação de emendas de plenário, o texto é votado e aprovado no mesmo dia, com zero votos contrários ao projeto e seis votos contrários à emenda de redação, tendo o Presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionado o projeto em 04 de junho de 2010.

No dia 26 de maio, os deputados Luiz Couto e Paes de Lira apresentam à Câmara dos Deputados dois requerimentos que solicitavam o retorno do projeto

⁴ Demóstenes Torres foi cassado pelo Plenário do Senado no ano de 2012, tornando-se inelegível em virtude da lei por ele aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

à casa iniciadora, alegando que o Senado promoveu alteração de mérito no projeto. A resposta da Mesa da Câmara dizia que “não cabe à Presidência da Câmara questionar ou discutir as preferências redacionais do Senado Federal”.

A Constituição Federal de 1988, bem como todas que lhe antecederam, traz em seu texto disposições sobre inelegibilidades e incompatibilidades. Por inelegibilidade, entenda-se aqui a impossibilidade jurídica de concorrer a eleições, que poderá ser inata, prévia à elegibilidade, ou cominada, decorrente de sanção. As inelegibilidades cominadas distinguem-se em simples, cujos efeitos restringem-se à eleição em disputa, e potenciadas, cujos efeitos prolongam-se para a eleição presente e também para as eleições futuras. Do outro lado, a incompatibilidade configura restrição à elegibilidade, em razão de impedimento ligado ao exercício de específicas funções. O afastamento da incompatibilidade pode ocorrer por vontade do futuro candidato⁵ ou por vontade alheia. A razão de prever legalmente tais impedimentos está na busca pela garantia da autenticidade eleitoral e da igualdade entre os candidatos.

A Constituição de 1988, já de antemão, afasta da disputa eleitoral conscritos — a prestar o serviço militar obrigatório —, analfabetos, cônjuge e parentes de até segundo grau — consanguíneos, afins ou por adoção — dos chefes do Poder Executivo no âmbito de sua competência administrativa. A Emenda Constitucional nº 16/97 revogou a previsão de inelegibilidade dos chefes do Poder Executivo.

Em 1990, foi promulgada a Lei Complementar nº 64, responsável por atender à exigência constitucional de fixar hipóteses e prazos de inelegibilidade e incompatibilidade. Em ordem de evidenciar as alterações promovidas pela LC nº 135/10, é preciso trazer as previsões de inelegibilidade anteriores à sua promulgação. A Lei de 1990 determina a inelegibilidade de candidatos cujo mandato fora perdido. Estes ficavam impossibilitados de concorrer a eleições durante todo período restante do mandato. No caso de parlamentares, a inelegibilidade estende-se por oito anos além do período de mandato. Para Governador, Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito, são mais três anos além do período de mandato. O abuso de poder econômico ou político, se condenado e transitado em julgado pela Justiça Federal, culmina em inelegibilidade de três anos. A condenação criminal transitada em julgado leva à suspensão dos direitos políticos durante o cumprimento da pena. Determinados crimes acrescentam

⁵ COSTA. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*, p. 217-234. O autor aponta sua discordância com a “teoria clássica das inelegibilidades”, que confunde ausência de condições de elegibilidade com inelegibilidade e essa com incompatibilidade.

mais três anos ao lapso de inelegibilidade, contados a partir do cumprimento da pena: crimes contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais.

Três anos também é o prazo de inelegibilidade decorrente de condenação, exigido o trânsito em julgado, de detentores de cargo na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros por meio de abuso de poder econômico ou político. O prazo é de quatro anos nas hipóteses de indignidade e incompatibilidade com o oficialato. A rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável e por decisão irreversível do órgão competente ensejará inelegibilidade por cinco anos, a contar da data da decisão, salvo se submetida a questão ao Poder Judiciário. A previsão mais controvertida está em sua alínea “i” do inciso I do artigo 1º. Tornam-se inelegíveis candidatos que, se réus em processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à decretação de falência, cargo ou função de direção, administração ou representação da sociedade em liquidação. A alínea ignora o princípio da presunção de inocência, cominando inelegibilidade antes de verificada responsabilidade. Além, inexistente prazo de término da inelegibilidade, a não ser que seja o candidato posteriormente isentado de qualquer responsabilidade legal.

Promulgada a Lei Complementar nº 64, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94 vem para modificar o dispositivo constitucional sobre inelegibilidades, incluindo dentre os bens jurídicos dignos de tutela, “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato”. A nova exigência constitucional é atendida pela Lei Complementar nº 135/10, cuja redação final altera a alínea “c” do inciso I do artigo 1º e aumenta de três para cinco anos o tempo de inelegibilidade por perda de mandato no Poder Executivo, a serem contados do término do mandato para o qual foram eleitos. Com a LC nº 135/10, o prazo é igualado ao prazo dos membros do Legislativo. O Tribunal Superior Eleitoral, em decisão de 2002, manifestou-se pela aplicabilidade desse novo prazo a parlamentares que perderam seus mandatos antes mesmo da vigência da nova lei.⁶

A “Lei da Ficha Limpa” é ainda mais rigorosa em sua alínea seguinte. Não bastasse aumentar o prazo para oito anos na hipótese de caso de candidatos que, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, possuam

⁶ Recurso Especial Eleitoral nº 20349.

representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, a alínea prescinde do trânsito em julgado para a cominação de inelegibilidade, sendo suficiente a condenação por órgão colegiado. Curiosamente, tal condenação já pode ocorrer em primeira instância, como no caso do julgamento de representação em eleições estaduais e nacionais, cujos órgãos competentes em primeira instância são de natureza colegiada — Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral. A lei silencia sobre a necessidade de duas decisões a respeito da responsabilidade do cidadão ou da materialidade dos abusos, embora seja permitida sua suspensão em sede recursal,⁷ o que acrescenta mais um filtro judicial ao eleitorado. Igual interpretação é aplicável à redação modificada da alínea “h”, que dispõe sobre detentores de cargo na Administração Pública que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político.

Para condenações criminais, a inelegibilidade perdura por oito anos para além do cumprimento de pena. É prescindido o trânsito em julgado para decisões proferidas por órgão colegiado, o que contraria frontalmente o princípio da presunção da inocência, constante no inciso LVII do artigo 5º da Constituição, embora a inelegibilidade seja um efeito acessório da pena. O novo parágrafo quarto exclui a sanção de inelegibilidade para crimes culposos, de menor potencial ofensivo e de ação penal privada. Porém, o rol de aptos a gerar inelegibilidade é ampliado. Antes, a inelegibilidade era cominada nos casos de crimes contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais. Depois de 2010, a inelegibilidade é aplicável aos condenados por crimes contra patrimônio privado, mercado de capitais e falimentares; meio ambiente e saúde pública; abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; racismo, tortura, terrorismo e hediondos; redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando. Na seara eleitoral, a inelegibilidade estende-se para além do cumprimento da pena só aos crimes para os quais a lei prevê privação de liberdade.

⁷ 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.

Também é inelegível por oito anos o declarado indigno de oficialato, ou com ele incompatível. Segundo o Código Penal Militar, fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, independentemente da pena cominada. A inelegibilidade é aplicável também nos casos de desrespeito a símbolo nacional, pederastia ou outro ato de libidinagem, furto, roubo direto ou indireto, extorsão, chantagem, estelionato, abuso de pessoa, peculato, peculato mediante aproveitamento ou erro de terceiro, falsificação de documentos, falsidade ideológica, entendimento para gerar conflito ou divergência com o país e tentativa contra sua soberania.

Também será de oito anos a inelegibilidade por rejeição de contas, desde que a irregularidade seja insanável e configure ato doloso de improbidade administrativa. À primeira vista, a previsão inicial é enfraquecida, já que a inelegibilidade não será aplicável em todos os casos de rejeição e a nova redação incorpora a construção jurisprudencial que prevê o afastamento da inelegibilidade quando a decisão da rejeição for suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário. Ao lado de todas as previsões até aqui trazidas, a Lei Complementar nº 135/10 prevê mais oito hipóteses de inelegibilidade cominada — todas com prazo de oito anos. São inelegíveis os 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. A alínea “p” responsabiliza os dirigentes de pessoas jurídicas, cabendo as considerações a respeito da inexigibilidade de pronunciamento de duas instâncias sobre o caso. Há certa irrazoabilidade trazida pela Lei ao prever igual sanção ao eleitor que ultrapassa o limite legal de doação para campanhas eleitorais — fixado em dez por cento do rendimento auferido no ano anterior — e ao candidato que gasta dez vezes o que declarou ou que não sequer contabiliza recursos e gastos.

A alínea “k”, pelo menos em seus oito primeiros anos de vigência, está apta a embasar restrições retroativas ao direito fundamental da elegibilidade. 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, caso renunciem aos mandatos quando oferecida representação ou petição apta a 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, estarão inelegíveis para as eleições realizadas durante o período remanescente do mandato e pelos oito anos

subsequentes ao término da legislatura.⁸ Embora o tempo verbal indique a aplicação prospectiva, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral indicam a possibilidade de sua aplicação retroativa, de modo a alcançar os que renunciaram ainda antes da entrada em vigor do texto. Mas sequer o Texto Constitucional ou a legislação preveem consequência diversa para a renúncia que não a perda do mandato e, no caso em exame, a suspensão de seus efeitos até decisão da Casa parlamentar.

Tornam-se inelegíveis os cidadãos condenados à suspensão de direitos políticos, seja por decisão transitada em julgado ou proferida por decisão de órgão colegiado, em razão de prática de ato doloso de improbidade administrativa que provoque lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Ao lado do art. 15 da Constituição, que prevê a suspensão de direitos políticos frente à condenação por improbidade, é acrescida a inelegibilidade por oito anos a contar a partir do cumprimento da pena. No caso de enriquecimento ilícito, o prazo máximo de suspensão é de dez anos, que, se somado à pena de inelegibilidade trazida pela nova legislação, chega a dezoito anos. Em ambos os casos, a restrição pode resultar de única decisão cujos efeitos não estão condicionados ao trânsito em julgado.

O legislador complementar de 2010 foi mais ousado na alínea “m” e estabeleceu a inelegibilidade — pelo mesmo prazo de oito anos — para candidatos excluídos do exercício de sua profissão em razão de decisão sancionatória do órgão profissional competente fundada em infração ético-profissional, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário. Não é necessária aqui o pronunciamento do Poder Judiciário para gerar a restrição ao direito fundamental da elegibilidade. No outro caso que isso ocorre, com a rejeição de contas, a decisão ao menos é proferida por órgão constitucionalmente previsto e competente.

O dispositivo seguinte impõe oito anos de inelegibilidade aos condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado que reconhecer fraude em razão de desfazimento ou simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade. Assim, o legislador segue orientação jurisprudencial em relação à dissolução de vínculo para afastar a incidência do parágrafo sétimo do artigo 14 da Constituição. Entretanto, parece ter extrapolado no quesito prazo, diante da incoerência do Texto Constitucional ao permitir a reeleição dos chefes do Poder Executivo sem exigir a desincompatibilização. A inelegibilidade de oito anos também se aplica

⁸ O parágrafo 5º inserido na Lei de Inelegibilidades pela Lei Complementar nº 135/10 dispõe: “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”.

a candidatos demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário, e aos magistrados e membros do Ministério Público aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que perderam o cargo por sentença ou que pediram exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar.

São trazidas outras modificações referentes ao trâmite da ação de investigação judicial eleitoral e é prevista a entrada em vigência da lei na data de sua publicação.

Para tratar da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, responsável por diversas restrições sobre a elegibilidade, faz-se necessário discorrer sobre elementos da teoria dos direitos fundamentais, lembrando que a intenção declarada deste diploma normativo é atender à exigência do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição, modificado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94 após a promulgação da Lei das Inelegibilidades — Lei Complementar nº 64/90. A “Lei da Ficha Limpa” está vinculada aos esforços da Justiça Eleitoral em aplicar, ainda que sem lei específica, restrições mais severas aos direitos políticos, conforme a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.621 e a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144. O projeto de lei destinado a “moralizar” a disputa eleitoral foi apresentado à Câmara de Deputados em 29 de setembro de 2009. Após tramitação não livre de ressalvas, tornou-se lei em 04 de junho de 2010 e alterou o quadro político ao retirar da disputa eleitoral, a uma semana das convenções partidárias, cidadãos até então considerados aptos.

Tamanha modificação é incompatível com a compreensão dos direitos políticos — e, especificamente, o direito à elegibilidade — como direito fundamental. Os contornos do Estado e da democracia brasileira são desenhados pelas decisões políticas fundamentais cristalizadas na Constituição de 1988. Ali se estabelecem a divisão das tarefas do Estado, os direitos e as garantias individuais, a previsão de sua modificação dentro de determinados limites e as regras para a legitimação do exercício do poder político. Além disso, o Texto Constitucional apresenta as posições políticas constitutivas,⁹ que traçam as linhas do Estado e da concepção de democracia e de república, no preâmbulo e em seu artigo 1º.

⁹ Ronald Dworkin refere-se à noção de teoria política compreensiva como um conjunto sistemático de posições políticas concretas e abstratas, formada por posições políticas constitutivas (valoradas em si mesmo, que podem ser matizadas em face de outra posição política constitutiva) e posições políticas derivadas (que são meios para atingir as posições políticas constitutivas, e que podem ser protegidas e absolutas) (DWORKIN. *Liberalismo, Constitución y Democracia*, p. 12-15).

Assim, a Constituição estabelece o Estado de Direito como fundamento da cidadania contemporânea: uma noção de democracia, uma concepção de representação política e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e igualdade, com a assunção de direitos e deveres de cidadania. Os direitos políticos localizam-se como dimensão primordial da concepção de democracia inspirada pelo ideal de autodeterminação e pela exigência moderna da liberdade — combinada, nesse contexto, com a liberdade dos antigos¹⁰ e a imposição de participação política.

Com Jürgen Habermas, o Estado constitucional democrático consiste em uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos destinatários da ordem jurídica enxergarem-se como seus autores. A atuação estatal no cumprimento de suas tarefas constitucionais, buscando pelo direito dar conta da desigualdade fática, permite a efetivação igualitária dos direitos. A amplitude dessa atuação elastece a possibilidade de autolegislação democrática, intensificando a capacidade de autocondução da sociedade.¹¹

A partir da configuração histórica da doutrina e de sua classificação em gerações, pode-se afirmar que os direitos políticos são direitos fundamentais. Sua fundamentalidade se exterioriza em dois aspectos: o formal, que denota sua posição superior na estrutura do ordenamento jurídico e a consequente vinculação direta dos Poderes Legislativo, Executivo e Poder Judiciário, e o material, que revela os direitos políticos como expressão de decisões sobre a estrutura normativa básica da sociedade.¹²

¹⁰ Cf. CONSTANT. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, p. 9-25.

¹¹ HABERMAS. *A Constelação pós-nacional: ensaios políticos*, p. 75-142. Para o autor, em uma democracia informada pela ética discursiva, “só podem requerer validação normas que possam contar com a concordância de todos os envolvidos como partícipes de um discurso prático”. E impõem-se condições para o discurso: o acordo deve ser motivado por razões epistêmicas, não pode haver coação na aceitação das consequências presumíveis e dos efeitos secundários, todos devem poder apresentar seus argumentos e a argumentação deve ser dar de maneira honesta. Explica Celso Luiz Ludwig: “O fundamento da ética discursiva habermasiana tem em conta que somente interesses universalizáveis podem servir de base para a justificação de normas. A ética discursiva parte do suposto de que as normas são racionalmente validáveis. São válidas as normas sobre as quais há consenso, obtido por meio do discurso prático. Não se trata, no entanto, de qualquer forma de consenso. Será fundado o consenso obtido nos termos do critério de universalização” (LUDWIG. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*, p. 110-111).

¹² Conforme compreensão de Robert Alexy, parece inegável que a noção de direitos políticos se aplica totalmente ao seu conceito de direitos fundamentais: posições jurídicas que, do ponto

Como todos os direitos fundamentais, os direitos políticos podem ser objeto de restrição, desde que observados limites específicos. Mas, antes de aprofundar o assunto, duas observações merecem ser feitas. Em primeiro lugar, as diferentes formas de aplicação das regras e dos princípios não serão aqui analisadas. Em segundo lugar, as restrições não serão justificadas a partir da ponderação e da proporcionalidade no momento de aplicação da norma. As restrições a direitos fundamentais devem ser autorizadas sempre, de maneira explícita ou implícita, pelo Texto Constitucional.

As restrições ao direito político fundamental de elegibilidade, como qualquer limitação a direito fundamental, devem ser passíveis de justificação em face das demais decisões políticas fundantes do Estado e impõem uma interpretação restritiva do seu alcance. Para tanto, é necessário reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que configuram “um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito”, na lição de Jorge Reis Novais.¹³ O afastamento das restrições indevidas não “beneficia” apenas os indivíduos afetados por essas disposições: a ofensa aos direitos fundamentais representa um ataque aos fundamentos do Estado de Direito.

Com Jorge Miranda, afirma-se que as restrições à elegibilidade não podem atingir seu conteúdo essencial ou retroagir a eventos pretéritos. As inelegibilidades somente podem ser impostas por lei e devem observar os critérios de generalidade, abstração e proporcionalidade.¹⁴ O autor ressalta ainda sua necessária fundamentação na proteção de outros direitos de igual dignidade constitucional, como liberdade de escolha pelos eleitores, isenção e independência no exercício do cargo, princípio da renovação dos titulares e preservação das instituições essenciais da soberania.¹⁵

A Constituição traz os recortes dos direitos políticos fundamentais em seu texto. O artigo 14 é responsável por estabelecê-los, ao passo que as

de vista do direito constitucional, são tão relevantes que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário (Cf. ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*).

¹³ NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 57-58. Em seguida, fazendo referência a Hesse, o autor afirma a qualidade dos direitos fundamentais enquanto “elementos objectivos fundamentais da ordem de Estado de direito democrático”.

¹⁴ Essa proporcionalidade, ao que parece, deve ser aquela compreendida pelo legislador ao estabelecer a restrição e, portanto, no momento de produção da norma e não da sua aplicação.

¹⁵ MIRANDA. *Direito constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*, p. 63.

previsões de suspensão e perda estão dispostas no artigo 15. As condições de elegibilidade e as hipóteses de inelegibilidade relacionam-se ou à exigência de fidedignidade da representação política, norma derivada do princípio estruturante da autenticidade eleitoral, ou ao princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral. Os recortes constitucionais à elegibilidade do analfabeto e do conscrito, ao lado das inelegibilidades legais decorrentes de sanção, atrelam-se ao princípio da autenticidade eleitoral e à fidedignidade da representação.¹⁶ A seu turno, a previsão constitucional que vedava a reeleição imediata do Chefe do Poder Executivo, a inelegibilidade por parentesco e as incompatibilidades constitucionais e infraconstitucionais são reflexos do princípio da máxima igualdade entre os candidatos.

Essas disposições, conforme a dicção constitucional e a maioria da doutrina, vinculam-se à elegibilidade e representam recortes em um direito político fundamental. São condições necessárias para concorrer às eleições, candidatar-se para o exercício de um mandato político e, assim, participar da formação da vontade política do Estado brasileiro. Não parece ter razão José Tarcízio de Almeida Melo,¹⁷ que defende a manutenção das condições de elegibilidade durante o mandato, exigindo mais do que a Constituição o faz. Nem tampouco teria razão Adriano Soares da Costa, que iguala condições de elegibilidade com condições de registrabilidade,¹⁸ permitindo entendê-las não como restritivas de direito, mas sim como reguladoras.

Nada permite afirmar que a Constituição Federal de 1988 é compatível com uma leitura moralizadora e perfeccionista. O Texto Constitucional, embora traga valores compartilhados pela sociedade, como a solidariedade e a igualdade, não aniquila o espaço de liberdade e nem apresenta um projeto de vida boa a ser imposto aos cidadãos. O compartilhamento de valores públicos, expresso no preâmbulo e no artigo 3º, revela uma moralidade objetiva que não autoriza a imposição de uma moralização subjetivada, seja pelo legislador ou pelos magistrados, em nome de prevenção ou precaução.

A Constituição de 1824 trazia como condição de elegibilidade ao cargo de senador ser “pessoa de saber, capacidade, e virtudes” (artigo 45, III). Um decreto

¹⁶ Um estudo aprofundado sobre o tema foi realizado em sede de pesquisa de doutoramento e encontra-se publicado: SALGADO. *Princípios constitucionais eleitorais*. Ver principalmente, sobre este ponto, o item 1.3 e o capítulo 4.

¹⁷ MELO. Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida progressa desabonadora. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, p. 13.

¹⁸ COSTA. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*, p. 64.

do mesmo ano impunha que o eleitor (aquele que escolhia os deputados e senadores na eleição em dois graus) fosse “homem probo, e honrado, de bom entendimento, sem nenhuma sobra de suspeita ou inimizade à causa do Brasil”. Essa condição, no entanto, foi afastada por um decreto de 1830 e, depois disso, não parece haver lugar para exigências morais livres de critérios absolutamente objetivos.

A Constituição e a Lei das Inelegibilidades — a Lei Complementar nº 64/90, em sua redação original — estabelecem as maneiras de promover a defesa da normalidade e da legitimidade das eleições, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Esses princípios e valores constitucionais não podem se sobrepor aos demais dispositivos constitucionais que garantem o respeito aos direitos individuais, como os direitos e garantias fundamentais plasmados no art. 5º, as previsões taxativas de perda ou suspensão dos direitos políticos fixados pelo art. 15 e as possibilidades de perda e suspensão dos direitos políticos. Trata-se de respeitar os princípios da unidade da Constituição e da juridicidade.

Finalmente, não deve ser necessário insistir na impossibilidade de restrições retroativas a direito fundamental, por não coadunar com os princípios mais elementares do Estado de Direito a incidência, sobre a esfera jurídica de um cidadão, de uma regra posterior a seus atos. É uma obviedade, algo decorrente da lógica de uma sociedade que se regula por um ordenamento jurídico baseado nos direitos fundamentais.

Em face da lei objeto deste estudo, no entanto, impõe-se apresentar mais alguns argumentos nesse sentido. A noção menos ambiciosa de Estado de Direito apresenta-o, como afirma Pietro Costa, “como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”.¹⁹ O direito que limita o Estado (e, pelo constitucionalismo, limita a sociedade em relação a determinadas decisões)²⁰ não permite que os direitos dos cidadãos fiquem sujeitos ao arbítrio das autoridades (ainda que da autoridade questionável da opinião pública).

A irretroatividade da lei pode ser considerada um princípio geral do direito. Mais do que isso, está esculpida em um dispositivo constitucional protegido pelas

¹⁹ COSTA; ZOLO (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 95-198.

²⁰ Com Gustavo Zagrebelsky, a Constituição “es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen” (ZAGREBELSKY. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, p. 27).

cláusulas pétreas e, sem sombra de dúvidas, componente até mesmo do conceito mais estreito de Constituição material: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). Apenas com base nesse inciso, que explana também a proteção à segurança jurídica,²¹ é possível afastar a retroatividade de uma lei que traga novas consequências a condutas realizadas antes da entrada em vigor do diploma normativo — ainda mais em sede de restrição a direitos fundamentais. A referência possível a outro inciso do mesmo artigo (XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu), vez que as inelegibilidades trazidas pela LC nº 135/10 podem ser vistas como decorrentes de sanção, apenas vem para reforçar o argumento.

Além disso, são componentes do nosso sistema jurídico princípios específicos em relação à legalidade e à anterioridade da lei. Em relação a determinadas matérias, ligadas diretamente ao núcleo de direitos fundamentais, a Constituição exige que a norma jurídica obedeça a requisitos mais exigentes. Assim o é quanto ao direito penal²² (em sua interface com a liberdade), ao direito tributário²³ (que caminha ao lado da proteção da propriedade) e ao direito eleitoral (que regula a autodeterminação inafastável para a legitimação do exercício do poder político).²⁴

No direito eleitoral, ou seja, na regulação da democracia brasileira, a Constituição é ainda mais severa. O artigo 16, para além da vedação de irretroatividade, exige uma anterioridade específica. O texto atual do dispositivo (alterado pela Emenda Constitucional nº 4/1994) impõe que “[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”. Trata-se, na leitura de Clèmerson Merlin Clève, de uma eficácia diferida, um princípio da anualidade singular.²⁵

A previsão expressa da anterioridade em matéria eleitoral soma-se à argumentação genérica sobre a irretroatividade da lei no caso de restrição aos direitos políticos. Os direitos políticos fundamentais não apenas repelem restrições retroativas — como todos os direitos — e exigem a proteção do seu núcleo

²¹ Pontes de Miranda relaciona a segurança jurídica à vigência de um determinado sistema jurídico e à convicção de sua aplicação. Aduz, ainda, à previsibilidade como marca da segurança jurídica, em seus aspectos da aplicabilidade geral e efetiva, da continuidade da legislação e da irretroatividade (Cf. PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*, p. 194-195).

²² Ver, por exemplo, o desenvolvimento do tema por SANTOS. *Direito penal: parte geral*, p. 19-32.

²³ Cf. CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*.

²⁴ Tema explorado no capítulo 5 de SALGADO. *Princípios Constitucionais Eleitorais*.

²⁵ CLÈVE. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In: MAUÉS (Org.). *Constituição e democracia*, p. 86.

fundamental, como também impõem que qualquer modificação na sua estrutura se dê um ano antes do pleito. No entanto, a disputa mantém-se ao redor do significado de “processo eleitoral”, que marca o termo da anterioridade.

Ressalte-se que a anterioridade eleitoral é essencial para a lisura do processo democrático. Estabelecer as regras do jogo antes da “convocação dos jogadores” é um elemento indispensável para se garantir a ausência de uma normativa casuística e tendenciosa. Como a Constituição estabelece que a lei “que alterar o processo eleitoral” somente pode ser aplicada à eleição que ocorra após um ano de sua entrada em vigor, parece que a interpretação mais adequada seria compreender o processo eleitoral iniciando com o maior prazo para desincompatibilização, quando já se começam a delinear os candidatos. Assim, todas as regras jurídicas que tratem de incompatibilidades, inelegibilidades, convenções partidárias, propaganda eleitoral, arrecadação e aplicação de recursos, prestação de contas, votação e apuração, proclamação dos eleitos e diplomação só podem ser alteradas um ano antes da eleição, sob pena de se aniquilar a previsão constitucional do artigo 16.

Além disso, a fim de proteger adequadamente direitos políticos fundamentais, não podem ser admitidos recortes a direitos fundamentais por leis que imponham novas consequências jurídicas a fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor. Em se permitindo tal artifício, as restrições serão determináveis, os indivíduos serão identificáveis e cairá por terra um dos pilares do Estado de Direito: a exigência de que a lei seja geral e abstrata.

O período pós Constituição Federal de 1988 trouxe novas ações constitucionais, ampliou o escopo material da revisão judicial e abarcou novos atores. Reflexo dessas inovações é o crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “última trincheira do cidadão”. O ativismo judicial não pode, entretanto, ser confundido com a judicialização da política. O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal.²⁶ Em razão dessa circunstância, a arena jurídica é palco de resolução das mais variadas questões moral, social e politicamente relevantes. Há uma transferência de poder ao Judiciário, agora

²⁶ O circuito decisório formal compreende os procedimentos de deliberação e decisão previstos pela Constituição. Seriam, superficialmente, quatro as etapas deste circuito: promulgação de lei, declaração de inconstitucionalidade, promulgação de emenda e declaração de inconstitucionalidade. Este desenho, diria Hübner Mendes, é insuficiente: “Apenas estabelece uma ordem das intervenções” (MENDES. *Direitos fundamentais, separação de poderes e direitos fundamentais*, p. 217).

apto a decidir sobre matérias que estavam até então fora de sua competência. Inserida no movimento mundial de adoção ou revisão de constituições que preveem cartas de direito e revisão judicial,²⁷ a Constituição de 1988 promoveu transferências substantivas de poder das instituições representativas a órgãos judiciários.

O ativismo judicial, por sua vez, vincula-se a uma postura que advoga por uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e objetivos constitucionais. Essa proatividade culminaria de interferência sobre espaços até então tradicionalmente ocupados pelo Executivo e Legislativo. Às vezes, culminaria apenas na “mera ocupação de espaços vazios”.²⁸ Gilmar Mendes, entretanto, entende ser o ativismo judicial também uma consequência do desenho institucional contemporâneo. Quando indagado da possibilidade do ativismo ser banalizado, disse o Ministro que “é um dado inevitável do novo contexto institucional que experimentamos”.²⁹

O direito eleitoral providencia importantes exemplos de ativismo judicial. Para além da Lei Complementar nº 135/10, cujo julgamento pelo STF será em breve tratado, é interessante abordar o caso da infidelidade partidária. No julgamento dos mandados de segurança impetrados pelo Partido da Social da Democracia Brasileira (MS nº 26602), Partido Popular Socialista (MS nº 26603) e Democratas (MS nº 26504), o Supremo inovou juridicamente e reconheceu a titularidade do mandato parlamentar ao partido político.³⁰ Decidiu que a troca injustificada de legenda partidária implica na perda do mandato pelo candidato eleito. A infidelidade partidária foi considerada uma violação ao direito fundamental da oposição política e ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder. A decisão do Supremo foi muito bem recebida pela sociedade em geral, que “apoiou o ativismo do STF como uma espécie de remédio contra a inércia do Legislativo, uma ocupação legítima de um espaço vazio”.³¹

²⁷ Hirshl denomina este fenômeno mundial de “juristocracia”. Cf. HIRSHL. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*.

²⁸ BARROSO. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, p. 9.

²⁹ Trecho extraído da entrevista concedida por Gilmar Mendes ao jornal *Valor Econômico*, no dia 18 de outubro de 2007, e publicada sob o título de “A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal”.

³⁰ Cf. SALGADO; BERNADELLI. A inocuidade da reforma política a fórceps: ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral: ou, ainda, como diria o poeta, “os lírios não nascem das leis”. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*.

³¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e direitos fundamentais*. p. 228.

No dia 30 de março de 2011, a Confederação Nacional das Profissões Liberais propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 4.578, questionando tão somente a inelegibilidade trazida pelo artigo 1º, I, alínea “m” da Lei, que impunha oito anos de inelegibilidade para aqueles excluídos do exercício da profissão em decorrência de infração ético-profissional. O argumento central da ação atacava os poderes atribuídos à entidade de direito privado, agora aptos a impor sanção para além do respectivo campo corporativo. É feita referência à ausência de decisão judicial e de previsão de um devido processo legal nos diversos Conselhos Profissionais.

Já o Partido Popular Socialista e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as respectivas ADC nº 29 e ADC nº 30, com o fim de blindar a Lei contra declarações incidentais de inconstitucionalidade. A principal intenção do Partido Popular Socialista era garantir a aplicação da LC nº 135/10 a atos e fatos jurídicos anteriores ao seu advento, em razão da exigência de observar a vida pregressa do candidato nas hipóteses de elegibilidade. Para o partido, a retroatividade não ofenderia a Constituição, vez que “inelegibilidade não é pena, mas consiste em uma mera restrição ao *ius honorum*”. Aditando a inicial, requereu ainda a declaração da constitucionalidade das alíneas que dispensam o trânsito em julgado para a imposição da inelegibilidade.

Igual fim é almejado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados: a aplicação do diploma normativo a atos e fatos passados. A previsão constitucional de inelegibilidades que levem em conta a vida pregressa do candidato justificaria a retroatividade da LC nº 135/10. Portanto, não ofenderia a razoabilidade, a proporcionalidade, o princípio da irretroatividade da lei penal e o princípio da segurança jurídica. Segundo o Conselho Federal da Ordem, a determinação do art. 14, §9º da Constituição implica a aplicação da inelegibilidade a fatos anteriores à lei. A inelegibilidade, cuja natureza sequer é punitiva, basear-se-ia “no espectro da proteção”. No mais, “[A] moralidade, em verdade, é sempre exigível a qualquer tempo, pois é tida no contexto e texto da Carta da República como condição genérica de toda norma ético-social, da qual não está alheia nenhuma norma jurídica material ou processual”.

A questão sobre aplicar retroativamente a “Lei da Ficha Limpa” já havia chegado anteriormente ao Supremo Tribunal Federal pela via difusa. Em 22 de setembro de 2010, o STF ocupou-se do recurso extraordinário interposto por Joaquim Roriz contra a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que o considerou

inelegível em face da Lei Complementar nº 135/10.³² Recorreram também ao Supremo Jader Barbalho,³³ João Capiberibe,³⁴ Cássio Cunha Lima³⁵ e Uebe Rezeck,³⁶ cujos registros foram indeferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral com fulcro na Lei Complementar nº 135/10. Apenas Uebe Rezeck, primeiro suplente do PMDB, pode tomar posse como Deputado Estadual, devido à concessão de liminar pelo Min. Gilmar Mendes.

Tanto no julgamento de Roriz, quanto no julgamento de Barbalho, os Ministros do Supremo chegaram a um empate. Na apreciação do primeiro recurso, ao lado do Relator Carlos Ayres Britto, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia afastaram a incidência do art. 16 da Constituição e a determinação de que “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”. Para tanto, um argumento comum entre os Ministros foi de que a lei entrou em vigor antes de iniciado o prazo para realização das convenções partidárias que escolhem os candidatos. Assim, colocou o Min. Ricardo Lewandowski, não houve qualquer “alteração do processo eleitoral, pois não se registrou qualquer casuísmo ou rompimento da chamada paridade de armas que pudesse acarretar alguma deformação no processo eleitoral”.

Já os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e César Peluzzo entenderam pela aplicabilidade do art. 16 da Constituição, “pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o processo eleitoral em curso” — nas palavras de Dias Toffoli. Enquanto a moralização da vida pública e a mobilização da sociedade civil eram constantemente evocadas pelos Ministros favoráveis à aplicação imediata da LC nº 135/10, coube a Gilmar Mendes pontuar o papel contramajoritário das cortes constitucionais em momentos de pressão popular. Segundo ele, o princípio da anterioridade eleitoral é cláusula pétrea e garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, não podendo ser desprezado em nome da pressão popular. Frente ao empate, e após discutir sobre dispositivos regimentais, decidiram os Ministros por não decidir e suspenderam a proclamação do resultado.

³² Recurso Extraordinário nº 630.147.

³³ Recurso Extraordinário nº 631.102.

³⁴ Ação Cautelar nº 2791.

³⁵ Ação Cautelar nº 2772.

³⁶ Ação Cautelar nº 2816.

Somente em 23 de março de 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, o Supremo chega a uma decisão sobre o art. 16 e a aplicabilidade da “Lei da Ficha Limpa”. Por seis votos contra cinco, decidiu-se pela inaplicabilidade da lei às eleições de 2010. Seguindo o Relator Gilmar Mendes, o recém-empossado Ministro Luiz Fux defende uma noção ampla de “processo eleitoral”, ressaltando os princípios da anterioridade e da segurança jurídica, bem como o princípio da proteção da confiança do cidadão na continuidade de uma decisão ou de um comportamento estatal. Fux, portanto, sustenta um entendimento sobre processo eleitoral que em muito distingue do entendimento delineado pelas decisões do Tribunal Superior Eleitoral acerca da aplicabilidade da antiga Lei das Inelegibilidades — a Lei Complementar nº 64/90. À época, o Min. Octavio Gallotti afastou a exigência do art. 16 da Constituição porque “[o] estabelecimento, por lei complementar, de outros casos de inelegibilidade, além dos diretamente previstos na Constituição, é exigido pelo art. 14, §9º, desta e não configura alteração do processo eleitoral, vedada pelo art. 16 da mesma Carta”.³⁷

Interposta em 30 de março de 2011, a ADI nº 4.578 começou a ser julgada pelo Supremo em 09 de novembro de 2012. Analisar um acórdão do STF em casos de maior repercussão exige fôlego: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, por exemplo, culminou em 274 páginas. No caso da ADI nº 4.578, são 383 páginas de votos. Vale aqui trazer o escrito por Virgílio Afonso da Silva ao chamar atenção para as práticas de deliberação interna da Corte, envolvendo a troca de argumentos e razões entre os ministros e almejando a obtenção de uma decisão institucional. São três as marcas do processo decisório do STF levantadas e que podem ser muito bem encontradas no acórdão aqui analisado: o Supremo não decide enquanto instituição, não há institucionalmente uma *Court’s Opinion*.³⁸ A decisão da Corte sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é determinada pela soma do resultado de cada voto, não importando qual a fundamentação desenvolvida pelo Ministro. Daqui, são inferidas duas marcas — ou melhor, duas carências: de unidade institucional de decisão e de decisões objetivas da Corte. Por fim, os julgamentos não são palco de deliberação, muitas vezes com os ministros levando seus votos prontos.

³⁷ Consulta nº 11.173 e Resolução nº 16.551/90.

³⁸ A *Court’s Opinion*, ou *Opinion of the Court*, é o mecanismo utilizado pela *Supreme Court* na divulgação de seu veredicto e explicação das razões por detrás de sua decisão. Sua redação é de responsabilidade do ministro mais antigo dentro do grupo majoritário ou do Presidente da Corte, caso ele tenha votado junto com a maioria.

Semelhante aos julgamentos dos Recursos Extraordinários, o Supremo decidiu, por frágil maioria, pela constitucionalidade na Lei Complementar nº 135/10.³⁹ Em relação à ADI nº 4.578, “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, que a julgava parcialmente procedente; Gilmar Mendes, que a julgava totalmente procedente, e Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam parcialmente procedente em extensões diferentes”; na ADC nº 29, “o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente”; e a ADC nº 30 também, “contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux (Relator), que a julgava parcialmente procedente, e Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam parcialmente procedente em extensões diferentes, segundo o enunciado em seus votos”.

O julgamento da ADI e das ADCs desenhou uma nítida linha entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Decidiram pela aplicabilidade retroativa da LC nº 135/10 os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. Entre eles, o Ministro Joaquim Barbosa talvez tenha proferido o voto mais enfático de todos, relacionando a “Lei da Ficha Limpa” com o conceito de inelegibilidade de Pinto Ferreira e com a busca da moralização do voto e do interesse social.⁴⁰ A apresentação do projeto “revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos mais essenciais que é a representação política” e busca “avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da ‘coisa pública’, da *res publica*”. Seu mérito está em permitir à “sociedade ter o direito de escolher e de orgulhar-se de poder votar em candidatos probos, sobre os quais não recaia qualquer condenação criminal; sobre os quais não parem dúvidas sobre o envolvimento em crimes ou malversação do dinheiro público, sobre aqueles que honram os seus mandatos até o fim; sobre aqueles que têm por preocupação o interesse público e não o interesse pessoal”. O Ministro Relator, Luiz Fux, dribla a vedação de irretroatividade imposta pelo art. 16 da Constituição Federal através da distinção entre retroatividade e retrospectividade. A partir de

³⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁴⁰ A referência trazida pelo Ministro Joaquim Barbosa é a seguinte: FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. *Revista Forense*, v. 186, ano 56, nov./dez. 1959, p. 20-28.

Joaquim José Gomes Canotilho, o Ministro expõe a produção de efeitos sobre situações pretéritas da atribuição de efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes.⁴¹ Nesse sentido, a Lei Complementar nº 135/10 não seria retroativa, mas retrospectiva, pois aplicável a processo eleitoral posterior à sua publicação.

Cinco foram os Ministros que se posicionaram reiteradamente contrários à aplicação da lei. Os votos de Celso de Mello e Cezar Peluso possuem igual fundamento: a impossibilidade de impor a inelegibilidade sem a exigência do trânsito em julgado, em face da presunção de inocência configurar como garantia fundamental de todos os cidadãos. A inelegibilidade caracteriza uma restrição de direitos, que, aplicada a lei a fatos já ocorridos, ofende a capacidade de autoadministração do indivíduo, retirando dele a capacidade de eleger comportamentos de acordo com suas consequências jurídicas. Há, portanto, a subtração de um direito público subjetivo e a diminuição do patrimônio jurídico do indivíduo. O Ministro Dias Toffoli também defende a exigência de decisão definitiva para aplicação de sanção, privação de bens e perda de *status* jurídicos, enfatizando a falibilidade dos juízos provisórios e o prejuízo irreversível à candidatura, em face do tempo do processo eleitoral. Em seu voto, coloca que “a criação de novo critério selecionador de condições subjetivas de elegibilidade, que, necessariamente, se opera para o futuro, busca esses requisitos no passado” e que o casuísmo seria evitado com o respeito ao princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição. Finalmente, Gilmar Mendes afirma que “tornar uma norma *ad hoc*, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do Estado de Direito e da Democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro”. Segundo seu ponto de vista, a modificação dos efeitos no futuro de fatos jurídicos passados se dá “em detrimento dos direitos políticos fundamentais de cidadãos específicos”.

O discurso moralizador que tem acompanhado o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos faz-se presente em trechos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, para quem a “nova” Lei das Inelegibilidades, se somada à previsão constitucional, inaugura um “Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira”, a ser interpretado a partir da “proteção dos interesses maiores de toda a coletividade” frente a interesses individualistas e privados. Continua afirmando que “A

⁴¹ A referência bibliográfica apontada pelo Ministro é a seguinte: CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.p. 261-262.

ótica primordial a ser adotada pelo intérprete [na seara eleitoral] é aquela que confira maior proteção à sociedade, e não ao indivíduo ou aos grupos e igrejinhas a que ele eventualmente pertença. Aqui a primazia é de quem elege, isto é, da sociedade, do eleitor, que não quer e não se vê representado por pessoas que ostentam em seu currículo nódoas tão repugnantes como as que são elencadas na Lei da Ficha Limpa". E assim, deverá a dimensão coletiva dos direitos políticos prevalecer sobre a dimensão individual dos direitos políticos.

Este elemento estranho ao discurso de Direitos e responsável por decisões claramente inconstitucionais, como a perda de mandato por infidelidade partidária e a delimitação do número de vereadores em todas as Câmaras Municipais do País, não passou batido no julgamento da Lei Complementar nº 135/10. Em seu longo voto-vista, o Min. Dias Toffoli inaugurou a divergência no Tribunal e alertou para os sérios riscos apresentados pelo discurso moralizante aos direitos fundamentais. "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, e cuja imanência ou imbricação no seio social, no atual estágio de desenvolvimento da cultura jurídica, fazem-nos esquecer de sua importância". Aduz o Ministro que, de fissuras em fissuras, são produzidas "fraturas graves à estrutura do sistema normativo, e podem levar a sua ruína".

3 Considerações finais

Em parecer comum às três ações diretas, a Procuradoria-Geral da República defendeu a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, sustentando que o princípio da presunção de inocência se refere exclusivamente à esfera penal. Ao prever o critério da vida pregressa do candidato, a Constituição "privilegia a moralidade para o exercício do mandato eletivo em detrimento do princípio da presunção de inocência". Para a PGR, a Constituição sequer consagra o princípio da irretroatividade das leis ou o princípio da retroatividade para além da lei penal: "Não há retroatividade de lei se a sua hipótese de incidência levar em conta fatos passados que persistem no presente, sem, contudo, pretender exercer sobre eles qualquer valoração e/ou modificação, desde que os seus efeitos sejam ou imediatos ou futuros".

Seguiram essa linha de entendimento os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Nas palavras do Relator, as novas hipóteses de inelegibilidade implicam somente a "imposição de um novo requisito negativo para que o cidadão possa candidatar-se a cargo

eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*”. Logo, o dispositivo constitucional do artigo 5º, LVII é regra, não havendo por onde estendê-lo para além da dicção constitucional. Seu afastamento na seara eleitoral, portanto, não ofende a proibição do retrocesso. Para Joaquim Barbosa, a inelegibilidade não é pena, mas sim uma distinção objetivamente fundamentada que traduz “a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política”.

Ainda que se queira afastar a intuição corrente que enxerga a inelegibilidade como pena, intuição adequada à ideia de inelegibilidades cominadas, trata-se inegavelmente de restrição a direito fundamental. Dessa forma, todos os cuidados referentes à proteção do núcleo essencial e à adequação aos comandos constitucionais devem ter plena observância. Permitir a aplicação da lei retroativa com argumentos acrobáticos é abrir espaço para leis concretas e fissuras jurídicas capazes de atingir qualquer direito fundamental baseadas no mesmo argumento — ou, como diria o Ministro Dias Toffoli em seu voto, de fissuras em fissuras são produzidas fraturas graves que podem levar à ruína da estrutura do sistema normativo.

O Poder Judiciário resolveu iniciar uma reforma política do sistema brasileiro, a partir da “moralização” do sistema partidário. Ignorando — ou superestimando — seu papel no Estado de Direito e no equilíbrio entre os órgãos de soberania, os Tribunais vão além da repartição de competências e atuam como se poder constituinte fossem. Neste movimento, encarado a partir do julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, o mais alarmante é a disposição majoritária dos membros da Corte de sacrificar o indivíduo no altar da República. Em paralelo aos que denunciam o caráter autoritário da supremacia do interesse público, alguns ministros afirmam que os direitos políticos individuais devem ceder a um bem jurídico coletivo, mais ou menos indeterminado. Assim o fez, por exemplo, Joaquim Barbosa: “os direitos políticos têm uma compreensão que ultrapassa a esfera puramente individual e se irradiam por todo o sistema representativo e, por via de consequência, por todo o Estado Democrático de Direito”.

Compreender adequadamente o conceito de interesse público conduziria à negação da funcionalização do indivíduo e da contraposição entre interesse público e direitos fundamentais.⁴² “Se os direitos fundamentais [...] constituem o núcleo do conceito de interesse público, a afirmação da supremacia deste não pode significar o aniquilamento de tais direitos, pois isso importaria uma grave

⁴² Cf. GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade*.

contradição”.⁴³ É possível a restrição a direitos fundamentais em nome do interesse público quando se entra em rota de colisão com outros direitos fundamentais ou demais valores juridicamente tutelados. Desde que pontualmente operada com fulcro no ordenamento jurídico, a restrição é permitida com fins de harmonizar o conjunto de princípios e regras jurídicas que colidem no caso concreto. “Em outras palavras: a restrição de direitos fundamentais só estará permitida quando for necessária para conciliar o seu exercício com o de outros direitos igualmente fundamentais, ou com a realização de valores constitucionais que eventualmente entrem em conflito diante de circunstâncias determinadas”.⁴⁴

From the Legislative to the Judiciary – The Complementary Law nº 135/2010 (“Clean Record Law”), the Quest for Moralization of the Public Life and the Fundamental Rights

Abstract: Political rights are fundamental rights, formally and materially. The special protection constitutionally guaranteed to the fundamental rights affects not only the right of suffrage, but, equally, the right to be voted. Eligibility is sketched from conditions and restrictions in the constitutional field, besides the normative command to the legislator to, in protection of the legal rights mentioned in Article 14, §9, complete the system of constraints with other cases of ineligibility. This can not mean, however, an authorization to ignore other constitutional guarantees. This study focuses on the profound changes brought about in the legal system of ineligibility by the Complementary Law nº 135/10. To demonstrate the worrying option of the Judiciary for the morality instead of defending the rule of law, it will be studied the construction of legislative norm, with the alleged popular participation, and then it will be highlighted the traits of a populist position in the Supreme Court Federal. Moreover, to better address the constitutionality control (not) exercised by the Supreme Court, it will be necessary to bring here elements of the theory of fundamental rights, especially on the restriction of fundamental rights, to show the misunderstandings and argumentative devices used in the argumentative works that culminated in the (absurd) declaration of the constitutionality of the law “Clean Record”. At the end, it reflects on the legacy of this decision and before the demise of the Law in face of a subjective and plastic Moral, which brings to the grounds the foundations of the legal system.

Key words: Fundamental rights. Democracy. Control of constitutionality. Ineligibilities. Complementary Law nº 135/10.

⁴³ HACHEM. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, p. 337.

⁴⁴ HACHEM. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, p. 337.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, fev./maio 2010.
- CANOTILHO, J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, Porto Alegre, n. 2, 1985.
- COSTA, Adriano Soares da. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, constitución y democracia*. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003.
- FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. *Revista Forense*, v. 186, ano 56, nov./dez. 1959.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a constituição para e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HIRSHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora. *Revista de Doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2003.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. t. IV.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; BERNADELLI, Paula. A inocuidade da reforma política a fórceps: ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral: ou, ainda, como diria o poeta, "os lírios não nascem das leis". *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jul./dez. 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, 2009.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el tribunal constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

Recebido em: 13.12.2012

Aprovado em: 17.02.2013