



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Nilce Cunha Rodrigues

Fortaleza
Setembro – 2008

NILCE CUNHA RODRIGUES

**CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito, com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional, da Universidade Federal do Ceará, sob a orientação do Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias.

Fortaleza – CE
2008



UNIVERSIDADE FEDERAL CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

NILCE CUNHA RODRIGUES

Dissertação aprovada em _____/_____/2008

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima - 1º Examinador

Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz - 2º Examinador

À memória da minha mãe e à do meu pai, a quem devo as idéias que me fizeram ser quem sou e me conduziram até aqui.

À minha família, que até mesmo com o silêncio expressa sua compreensão e apoio constante.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. João Luis Nogueira Matias, pela orientação segura, pela confiança e incentivo.

À Maria Aparecida do Carmo Lopes e ao Rafael Machado Moraes, servidores da Procuradoria da República no Ceará, pelo apoio incondicional e inestimável colaboração na pesquisa.

A todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a realização desse trabalho.

De tudo ficaram três coisas:
A certeza de que estamos sempre começando,
A certeza de que precisamos continuar,
A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar,
Portanto, devemos:
Fazer da interrupção um Caminho novo.
Da queda, um passo de dança.
Do medo, uma escada.
Do sonho uma ponte.
Da procura um encontro.

Fernando Pessoa

RESUMO

O trabalho versa sobre a compatibilidade das condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade com o princípio da presunção de inocência, à luz dos princípios constitucionais da moralidade, da probidade e da superioridade do interesse público. Estuda a Democracia e seus fundamentos essenciais. A força normativa da Constituição considerando sua importância para a compreensão da ordem lógica do sistema. Analisa o fato de ser exigida, para qualquer pessoa que pretenda ocupar um cargo ou função pública, a comprovação de idoneidade moral; que goze de reputação ilibada, assim, se essa exigência decorre de uma condição objetiva, qual seja: o desempenho de atividades de interesse público, cuja disponibilidade está afastada da discricionariedade do administrador, pode ser, justificadamente, dispensada dos políticos. É realçada a superioridade dos princípios constitucionais, aos quais deve ser dada a interpretação que melhor atenda às suas finalidades. Concorda com a tese de que na colisão entre dois princípios deve prevalecer a dimensão de peso e não a dimensão de validade própria das regras. É feita uma reflexão sobre se a relevância do exercício da cidadania e bem assim dos mecanismos de proteção que lhe são disponibilizados pelo sistema jurídico para que os valores democráticos de liberdade e igualdade, fundados no respeito à dignidade da pessoa humana, estão sendo levados em consideração para, de fato, dar efetividade às normas constitucionais.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Exercício da cidadania. Presunção de inocência. Democracia. Liberdade e igualdade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The work is about the compatibility of the conditions of eligibility and grounds for ineligibility with the principle of presumption of innocence, in the light of the constitutional principles of morality, probity and the superiority of public interest. It studies the Democracy and its essential foundations. The normative force of the Constitution, considering its importance in understanding the logical order of the system. It examines the fact of being required for anyone wishing to take a public duty or position the confirmation of moral suitability; who has spotless reputation, therefore, if that requirement stems from an objective condition, which is: the performance of activities of public interest, of which availability is far from the discretion of the administrator, can be, rightly, relieved of politicians. It is highlighted the superiority of the constitutional principles, which should be given the interpretation that best suits their purposes. It agrees with the proposition that in the collision between two principles should prevail the size of weight, and not the size of validity, proper of rules. A reflection is made about if the relevance of the exercise of citizenship as well as of the mechanisms of protection which are available by the legal system so that the democratic values of freedom and equality, based on respect for the human dignity are being taken into consideration to, in fact, give effectiveness to the constitutional rules.

Keywords: Constitutional principles. Exercise of citizenship. Presumption of innocence. Democracy. Liberty of equality. Dignity of person human.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	28
2.1 Funções dos princípios	31
2.2 Classificação dos princípios.....	33
2.3 Distinção entre princípios e regras	37
2.4 Ponderação de valores e bens jurídicos: colisão entre princípios	42
3 A ESCOLHA POPULAR E A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL	55
3.1 Princípios da moralidade/probidade administrativa.....	58
3.2 Princípio da supremacia do interesse público.....	76
4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	80
4.1 Pretensão de validade absoluta no âmbito eleitoral.....	96
4.2 Desconstrução dos princípios democrático e da moralidade	107
5 CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ELEGIBILIDADE.....	132
5.1 Nacionalidade brasileira	136
5.2 Pleno exercício dos direitos políticos	137
5.3 Alistamento eleitoral	138
5.4 Domicílio eleitoral na circunscrição.....	138
5.5 Filiação partidária.....	139
5.6 Idade mínima.....	141
5.7 Reputação ilibada para exercício de mandatos	143

6	CONDIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS DE ELEGIBILIDADE	145
6.1	Registro da candidatura	145
6.2	Domicílio eleitoral na circunscrição há mais de um ano.....	146
6.3	Filiação partidária há mais de um ano.....	147
6.4	Elegibilidade de militar.....	147
6.5	Quitação eleitoral	148
7	HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE INELEGIBILIDADE	149
7.1	Objeto e fundamento das inelegibilidades.....	150
7.2	Classificação das inelegibilidades.....	151
7.3	Os Inalistáveis.....	152
7.4	Os analfabetos.....	153
7.5	Inelegibilidade por motivos funcionais	154
7.6	Inelegibilidade de cônjuge e parentes.....	158
7.7	Inabilitação para qualquer função publica.....	159
8	PERDA OU SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.....	161
8.1	Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado	162
8.2	Incapacidade civil absoluta.....	163
8.3	Condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos	163
8.4	Parlamentares condenados no exercício do mandato	164
8.5	Recusa em cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa	164
8.6	Condenação por improbidade administrativa	165
9	HIPÓTESES INFRACONSTITUCIONAIS DE INELEGIBILIDADES.....	167
9.1	Lei Complementar nº 64/90	167
9.2	Inelegibilidade decorrente de perda do mandato legislativo - Art. 1º, I, “b”.....	168
9.3	Inelegibilidade dos Chefes do executivo - Art. 1º, I, “c”	168
9.4	Inelegibilidade - abuso do poder econômico e político - Art. 1º, I, “d”	169
9.5	Inelegibilidade por condenação criminal - Art. 1º, I, “e”	172

9.6	Inelegibilidade por indignidade do oficialato - Art. 1º, I, “f”	173
9.7	Inelegibilidade por rejeição de contas - Art. 1º, I, “g”	174
9.8	Inelegibilidade por abuso de poder político - Art. 1º, I, “h”	181
9.9	Inelegibilidade-cargos instituições de crédito... - Art. 1º, I, “i”	182
9.10	Inelegibilidade decorrente de incompatibilidade - Art. 1º, II	184
CONCLUSÃO		190
REFERÊNCIAS		197
ANEXO		205

INTRODUÇÃO

Desde priscas eras, quando o homem, ser gregário por natureza, organizou-se politicamente, a questão de encontrar os mecanismos para definir quem iria escolher e quem poderia ser escolhido para governar aquele território perpassa o caminhar da humanidade.

Na grande aventura pela conquista da liberdade o homem encontrou, na democracia, a forma maior de protegê-la e expressá-la. Nessa trajetória, ante a real impossibilidade de todos exercerem ao mesmo tempo o poder, vários critérios foram usados para a escolha dos mandatários.

Por traduzir a democracia uma alternância no poder, e a democracia direta praticada em Atenas ter hoje um mero valor histórico, sendo, atualmente, adotada de forma generalizada em todo mundo a democracia indireta ou representativa, conjugando-a eventualmente com a semi-direta, é de salutar e inarredável necessidade que regras sejam estabelecidas a fim de servirem de instrumentos para os grupos sociais atribuir o poder a determinados indivíduos que irão, temporariamente, exercer o que se denomina governo.

Para que esse governo seja legítimo, a democracia exige que o povo expresse de forma periódica, livre, independente e soberanamente sua vontade política, nisso residindo os seus fundamentos.

O Brasil é uma República constituída em Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente – art. 1º e Parágrafo único da Constituição Federal. Por ser uma democracia, subjaz em sua essência que o poder decorre da soberania popular a qual se expressa por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Para viabilizar esse processo, a Constituição estabelece várias regras que cobram e pressupõem um sistema eleitoral que garanta a lisura do pleito de modo a conferir legitimidade aos mandatos. Porém, antes e acima disso exige uma série de requisitos que os pretendentes aos cargos eletivos devem preencher, a fim de que os princípios fundamentais,

cuja destinação é, ao fim e ao cabo, a proteção dos superiores valores da dignidade humana, fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, retem plenamente observados.

Tanto a politização quanto a democracia correspondem a um processo em andamento. A liberdade e a igualdade, essências da democracia, não são adquiridas de forma pronta e acabada, são permanentemente construídas. Nesse contexto e considerando a extrema relevância da democracia para assegurar a sociedade e particularmente a cada um dos cidadãos brasileiros condições de vida harmoniosa e digna, pretende-se perscrutar, com a análise das CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, se a democracia, como regime político que tem por fundamento o homem como destinatário da atividade estatal, fundamento este escudado nas idéias de liberdade e igualdade, disso resultando que a todos deve ser assegurado o direito de participação direta na formação do poder, acolhe a proibição de regras destinadas à seleção dos que pretendem ocupar um cargo eletivo. Ou, a *contrario sensu*, precisamente por ser uma democracia é que exige que o exercício dos direitos políticos, por aqueles que já demonstraram despreço pelos valores e interesses comuns, sofram restrições em prol da defesa e fortalecimento da cidadania.

Estudar os princípios constitucionais para, a partir daí, investigar se há real embasamento que sustente a tese de que o princípio da presunção de inocência aplicado no âmbito eleitoral se reveste de natureza absoluta e confere imunidade irrestrita a quem deseje ocupar um cargo político, desconsiderando eventuais crimes, improbidades e a própria vida pregressa eticamente comprometida, independentemente da gravidade e quantidade de infrações cometidas, mas, desde que nenhuma delas tenha sido objeto de julgamento cuja decisão haja transitado em julgado.

Examinar se o trânsito em julgado de uma sentença condenatória representa uma mera hipótese de inelegibilidade, ou algo muito mais grave, tal como a suspensão dos direitos políticos previsto constitucionalmente.

Nessa esteira, refletir se a vida pregressa não recomendável para o exercício do mandato, a teor do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, pode e deve ser desconsiderada para os postulantes a cargos eletivos, quando, imperiosamente, ela é exigida para o exercício de todo e qualquer cargo ou função públicas, por mais humildes que sejam.

Por último, analisar as condições de elegibilidade constitucionais e infraconstitucionais e igualmente as hipóteses de inelegibilidade, assim como, as conseqüências delas decorrentes para a cidadania.

Enfim, o propósito é o de elaborar um trabalho cujo enfoque se dirija aos aspectos mais importantes para a cidadania, e em que nível ela é praticada neste Estado que se diz Democrático de Direito, sem qualquer pretensão de abordar ou esgotar todas as possibilidades de investigação sobre o assunto. A proposta é demonstrar que o Estado tem por fundamento essencial o respeito à dignidade da pessoa humana, assegurando-lhe os direitos fundamentais que, por óbvio, se encontram submetidos às políticas públicas, que são pensadas e desenvolvidas pelos políticos, representantes da soberania popular, disso resultando a magnitude dos mandatos eletivos recebidos.

1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A idéia de Constituição surgiu na Grécia com os pensadores políticos e filósofos, destacando-se entre eles Platão e Aristóteles, encontrando-se em suas obras *A República* e *a Política*, respectivamente, os fundamentos básicos que até hoje servem de inspiração para as sociedades democráticas¹.

Celso Ribeiro Bastos define Constituição como um conjunto de regras ou princípios que tem por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e a definição de suas competências. Ou seja, é um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capaz de traçar linhas mestras de um dado ordenamento jurídico. Constituição, nesta acepção, é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, a partir do assunto tratado por suas disposições normativas².

De forma globalizada hoje a idéia de Constituição é uma realidade, porquanto até mesmo os regimes ditatoriais se regem por uma Constituição. Até mesmo porque uma Constituição, por si só e independente dos valores que carrega, não é capaz de estabelecer um regime político que atenda às aspirações do povo, considerando-se a real possibilidade de virem tais valores a ser sistematicamente violados.

Em verdade, a Constituição é o documento que abriga os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico de um Estado, tendo por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, o que demonstra que a evolução dos direitos humanos fundamentais acompanhou a do constitucionalismo, razão pela qual se mostra correto afirmar que foi nesse instrumento chamado Constituição que o homem encontrou o espaço adequado para depositar os valores que lhe são mais caros, por dizer com a sua própria dignidade e preservação enquanto espécie, ao mesmo tempo conjugando-os com os superiores interesses

¹ PLATÃO, em *A República* e ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martins Claret, 2001.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998, 1º v. p.274.

do Estado, que, como instituição, foi criada como um instrumento (meio) através do qual se buscaria realizar o bem-estar de todos os membros integrantes da comunidade³.

Segundo Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, os revolucionários franceses, com fundamento nos princípios lançados pelo constitucionalismo liberal, tinham como uma das principais metas a organização do Estado em estruturas diversas das que estavam em vigor no Antigo Regime. Da necessidade de clareza e racionalidade nas relações sociais surgiu a exigência de uma lei constitucional escrita, que consagrasse, solene e duradouramente, todos os princípios da nova estrutura política do Estado. Uma vez abolidos todos os privilégios e suprimida a divisão da sociedade em ordens desiguais, a base de toda a nova ordem social e política repousava na garantia constitucional dos direitos individuais e na divisão de poderes⁴. Com efeito, sobre a idéia do estado constitucional preleciona J. J. Gomes Canotilho:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão⁵. (Grifou-se).

Da mesma forma compreende Friedrich Müller, ao averbar o seguinte:

O *sentido* histórico-político de uma constituição reside no fato dela ser o ordenamento fundante de uma determinada sociedade, incluídas suas forças divergentes. O direito constitucional diz respeito à fundamentação da sociedade estatalmente organizada e do seu ordenamento jurídico global⁶. (Grifou-se).

Durante o período do liberalismo, as relações tratadas pela Constituição limitavam-se às clássicas matérias ligadas ao âmbito de organização do próprio Estado, bem como, as que definiam direitos individuais⁷, sendo que, em relação a estas últimas, apenas de forma

³ Nesse sentido, confira NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006a, p.25: “Podem variar as técnicas formais de vinculação e limitação do Estado; pode haver ‘muito’ ou ‘pouco’ Estado; as formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das *preocupações* do Estado e dos seus fins figurar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito.”

⁴ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.98.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p.241.

⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.55.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.277, sustenta,

programática, sem real eficácia imediata, dependendo de posterior atuação legislativa, ficando, desta forma, a cargo do Código Civil, com exclusividade, cuidar das relações entre particulares. No entanto, esse cenário foi se modificando com o aparecimento do Estado Social que, diante das grandes alterações decorrentes da industrialização e do surgimento da sociedade de massas, teve que se adequar à realidade e construir normas de ordem pública destinadas à regularização e limitação da autonomia privada, a fim de equilibrar os multifacetados interesses em jogo e proteger a coletividade.

Assim, dada a grande relevância conferida aos direitos e interesses envolvidos, coube à Constituição tratar das matérias pertinentes à economia, ao mercado e às relações de trabalho, consagrando uma nova era de valores os quais, naturalmente, teriam que ser cobrados de todos, incluindo também os particulares, considerando-se as múltiplas e variadas relações jurídicas já praticadas à época, e tendo em conta, primariamente, o imenso poder econômico e social de grandes empresas e grupos associados que passaram, dessa forma, a representar uma real ameaça aos direitos individuais. Sem olvidar, contudo, que esse novo Estado se fundava nos pressupostos do anterior, na medida em que, somente gozando de liberdade poder-se-ia alcançar a igualdade, possibilitando assim o exercício da democracia⁸.

Em que pese essa nova orientação, é fato que o Estado democrático tem por pressuposto o Estado liberal, posto que, superando o modelo anterior, do Direito Privado, que tratava com exclusividade dos assuntos relacionados aos particulares, passando a Constituição a abrigar as normas e princípios de direitos e garantias como fundamento da ordem jurídica nacional, o resultado lógico daí decorrente foi a firme convicção de que a Constituição é uma lei, contudo, superior às outras normas, situando-se no topo da organização do sistema jurídico, a ela devendo restrita observância todas as demais regras legais.

acerca do liberalismo: “O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a idéia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos.” (Grifo no original).

⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p.32-3: “Disto segue que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia..., e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo [...]. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não-liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não-democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.”

Induvidoso que as mudanças havidas foram determinantes para alterar definitivamente toda a estrutura jurídica e conferir uma face própria ao novo Estado Social, o qual, segundo averba Daniel Sarmento, passou a ter o seguinte perfil:

Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, ou seja, pelo predomínio da 'liberdade dos modernos' sobre a 'liberdade dos antigos', seja em razão do respeito ao sacrossanto espaço de autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social invertem-se os termos dessa equação. O primado do público sobre o privado no Estado Social se expressa pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.⁹

A partir desse raciocínio, parece correto entender que as normas e princípios constitucionais incidem não só sobre as relações cidadão/Estado, mas, também, naquelas cidadão/cidadão. Nessa perspectiva, surge a discussão sobre o fenômeno da mudança de paradigma, afirmando uns que houve a constitucionalização do Direito Privado, enquanto outros sustentam ter havido a privatização do Direito Constitucional. A doutrina, por seu turno, passou a falar em *Direito Civil Constitucional*.

Abstraindo esse debate, que mais reflete um interesse puramente acadêmico, posto que, na verdade, há muito está sedimentado o entendimento de que a Constituição se acha amparada pelos princípios da *supremacia* (nenhum ato estatal pode contrariá-la) no ordenamento, *da unidade* (significa igual dignidade das normas constitucionais) e *da força normativa* (quer dizer que possui efetividade e aplicabilidade, ou seja, caráter imperativo), razão pela qual suas normas têm incidência sobre todos, indiferentemente da matéria envolver quaisquer dos ramos do Direito¹⁰. Nesse sentido destaca Flávia Piovesan, com apoio em Jorge Miranda: “A Constituição confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.”¹¹

Sobre a normatividade do Direito, Miguel Reale preleciona que o ordenamento jurídico no seu todo é que é pleno, não o mero sistema de legislação, daí que nenhum juiz poderá deixar de sentenciar sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, e arremata:

⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.41.

¹⁰ Sobre o tema A força normativa da constituição destaca-se, por todos, HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antônio Sergio Fabris, 1991 e, também, as obras de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004 e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Renovar, 2006b.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.27.

Assim como os valores são entre si solidários, as normas jurídicas também se correlacionam e se implicam, distribuindo-se e ordenando-se em institutos e sistemas, cujo conjunto compõe o ‘ordenamento jurídico’. Mais a frente acentua Daí ser imprescindível ultrapassar a expressão particular e fragmentária dos preceitos jurídicos, a fim de que o sentido que lhes é próprio, rigoroso e devidamente captado, seja, depois, completado e até mesmo dinamizado em função e à luz dos restantes preceitos em vigor. Essa exigência de *totalidade* ou de *compreensão sistemática*, em virtude da qual se relacionam as partes entre si e com o todo, constitui uma das notas distintivas do *normativismo jurídico concreto*, podendo ser assim enunciada: ‘*Toda regra de Direito só tem vigência e eficácia na unidade do ordenamento*’.¹² (Grifo do autor).

Extrai-se o conceito de Constituição e seu significado para o Estado Social de Direito do magistério de Konrad Hesse, que assim define:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais serem exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria base e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.¹³

Partindo-se da premissa de que a idéia de Constituição encerra o sentido de ordem suprema do ordenamento jurídico, bem como que essa ordem deve conter o regramento integral de princípios e regras que disciplinarão todas as relações sociais, quer entre os indivíduos e o Estado, quer entre os próprios particulares entre si, levando sempre em conta que a dignidade do ser humano é a base na qual se sustenta, mostra-se evidente que para a sua existência efetiva, isto é, para a sua integral eficácia, há de haver um “*sentimento constitucional*”, um consenso, uma aceitação espontânea da coletividade pelas normas constitucionais. Essa concepção é também a de Konrad Hesse, ao sustentar que:

Para poder determinar conduta humana, esse direito histórico carece, fundamentalmente, da ‘aceitação’ que, por sua vez, assenta-se na concórdia fundamental sobre a dação dos conteúdos da ordem jurídica – também lá onde tal aceitação somente contém o reconhecimento da obrigatoriedade de normalizações jurídicas, não, porém, aprovação livre para elas. Esse consenso fundamental garante não necessariamente ‘exatidão’, porém, sim, a existência duradoura da ordem jurídica. Onde ele falta, coação autoritária pode ocupar o seu lugar; ordem assegurada, considerada como legítima e, por isso, como dada, ele não é capaz de fundamentar.¹⁴ (Grifo original).

A idéia do *sentimento constitucional* é caracterizada por Pablo Lucas Verdú, o qual não admite possa haver eficácia de normas jurídicas onde não houver a consciência coletiva da

¹² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.565-6.

¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p.37.

¹⁴ *Ibid.*, 1998, p.36-37.

sua necessidade e valor para todos, enfatizando que, “Toda criação jurídica, todo estudo e tratamento do Direito devem ter presentes a *efetividade* do construído, estudado e tratado”¹⁵ daí que não se pode perder de vista que a adesão aos mandados jurídicos depende mais do convencimento intrínseco de que isso é bom para a convivência do que da sua compreensão normativa. Em relação, especificamente, ao *sentimento constitucional* destaca o autor:

O sentimento constitucional é a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e a igualdade, bem como o pluralismo político. A ordem fundamental é suprema e se impõe a todos. Por outro lado, o sentimento constitucional suscita um entusiasmo mais chamativo, público e representativo do que o simples sentimento jurídico ordinário. Paralelamente, o ressentimento constitucional é mais grave do que o ressentimento jurídico.¹⁶

Da mesma forma compreende Alexandre Coutinho Pagliarini, para quem, a Constituição de nada servirá se não for *sentida, vivida e praticada pela população* e pelas autoridades constituídas.¹⁷

Em verdade, parece não haver a mínima dúvida acerca da necessidade de uma *vontade de aceitar a Constituição*, de que a sociedade a tenha como verdadeiro espelho de seus valores e interesses¹⁸ e que, por essa razão, lhe devota apreço e não tolera sua violação porque, se assim não for será ela própria, sociedade, que se desintegrará perdida na sordidez da anarquia e do completo desrespeito de todos por todos. É preciso que a comunidade sinta-se orgulhosa da sua Constituição e tudo faça para vê-la cumprida, porque, na essência, estará se autoprotendendo e a seus valores mais caros. Nessa mesma linha da necessidade de um

¹⁵VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.5. Cfr., ainda, nesse sentido o mesmo autor: “Sendo assim, podemos concluir que o sentimento jurídico brota da convicção de que determinadas normações, escritas ou consuetudinárias (evidentemente, dada a espontaneidade destas últimas, nelas opera mais profundamente tal convicção), são convenientes e justas para a convivência. E mais, essa adesão emocional pode ser tão sentida que aqueles que a expressam atuam com a íntima satisfação de cumprir um dever cívico. Obedecem sem temor nem coação alguma, porque, com tal adesão emocional, experimentam a fruição de integrar-se livremente no projeto solidário comum. Graças ao sentimento jurídico, a normatividade jurídica penetra profundamente na sociedade e sua efetividade é alcançada mais adequadamente. Não se trata apenas de concluir que a racionalidade normativa se impõe por causa de suas virtualidades conceituais e formais. Relacionada com o sentimento jurídico, incorpora-se intensamente à vida dos cidadãos, que passam a senti-la como algo seu. A heteronomia se cumpre porque é sentida; produz atração que é aceita de bom grado. Isso ocorre porque a adesão que o sentimento jurídico implica não é totalmente emocional.”

¹⁶ Ibid., 2006, p.70.

¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho(Coord.)*Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006b, p.48: “Para a generalidade dos indivíduos, ou ela (Constituição) se materializa em proveitos reais e visíveis – no amplo espectro que vai, v. g., da proibição governamental ao direito de repouso remunerado – ou é simplesmente ignorada, em justificada compreensão. Quando não desprezada, como um mero regimento para a luta pelo poder no âmbito da classe dominante”.

sentimento constitucional por parte da coletividade para que realmente possa haver paz e harmonia social, Cármen Lúcia Antunes Rocha pontua que:

O sentimento de Constituição, que se traduz na emoção e na confiança política do povo em relação aos fundamentos segundo os quais ele pretende viver para realizar os seus ideais de Justiça, revela-se no respeito às normas e na sua observância integral. Os efeitos produzidos pela ordem jurídica é que promovem as mudanças sócias que determinam a superação da barbárie e da falta de civilidade, que conduziria ao extermínio do próprio homem. Sem esse sentimento de Justiça, que se expressa pala confiança do povo no Direito que se positiva, não se tem verdadeiramente a prevalência de uma condição civilizatória.¹⁹

Também nesse sentido é a posição de Pontes de Miranda ao falar sobre o princípio de concretização otimizada das normas constitucionais, advertindo que: “A primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se.”²⁰

Por estruturar-se a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios²¹, compreende-se modernamente, segundo Robert Alexy, que os princípios consubstanciam-se em *mandados de otimização*²², sendo que o princípio da dignidade humana é o que informa e dá sustentação ao fundamento do ordenamento jurídico, revelando-se como um *superprincípio*. Entremostra-se, por outro lado, ser extremamente importante ter em mente que, por óbvia e natural circunstância da unidade constitucional, existe uma *força normativa* irradiando dos princípios contidos na Constituição, expandindo seus efeitos a todas as esferas - pública e privada -, não podendo ninguém ser excluído da influência de seus comandos preceptivos, cuja natureza é cogente.

A consolidação das liberdades fundamentais na Constituição, tendo por fundamento os princípios, cujo sentido encarna os ideais de valores e de justiça de determinada comunidade, caracteriza-se pelo reconhecimento de sua força normativa que impõe a utilização do recurso da argumentação jurídica na aplicação das normas para solucionar os conflitos. Dessarte, para superar a doutrina do positivismo, que via nos princípios apenas um meio de integração do Direito, isto é, só eram invocados como último recurso em casos de lacunas, deixando a

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Prólogo aos comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Saraiva, 2000.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p.1088 e ss.

²²Veja nesse aspecto, Robert Alexy: “*Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino tambien de las jurídicas. El ámbito delas posibilidad jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas*”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.

interpretação da norma livremente à discricionariedade do juiz, a teoria dos princípios prega seu caráter de normas jurídicas as quais, por sua vez, se dividem em duas categorias: princípios e regras, cuja interpretação deve ser realizada levando em conta o contexto mais amplo do que os limites do direito positivado.

Valendo lembrar o importante aspecto que Ronald Dworkin empresta aos princípios pertinentes aos direitos individuais, considerando-os como *trunfos políticos* que os indivíduos detêm²³, o que implica, seguindo esse raciocínio, que as normas-princípios consubstanciam-se em fator determinante para impor a *força normativa* da Constituição, visto sua condição de superioridade.

Dworkin, severo crítico do positivismo, construiu uma moderna e fundamental modificação no sentido da interpretação dos princípios, com a elaboração e difusão da teoria dos valores destinados a distinguir os princípios das regras. Assim, destaca o autor uma diferença qualitativa entre princípios e regras, apontando que a distinção consiste precisamente em uma dimensão de *valor ou peso* atribuído aos princípios, o que produz uma necessidade de ponderação na ocasião de sua efetiva aplicação, enquanto as regras submetem-se à forma do “tudo ou nada”.²⁴

Sem embargo, durante muito tempo perdurou o discurso contrário à eficácia das normas constitucionais, fundamentalmente diante dos direitos sociais cuja concretização implica em prestações e, assim, as normas que os veiculam seriam meramente programáticas, dependentes da ação posterior do legislador. Ação esta que, ou era excessivamente retardada,

²³Nesse sentido, Ronald Dworkin: “O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a idéia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral. Grande parte da oposição da teoria dominante aos direitos fundamentais é consequência de uma idéia patrocinada por Bentham: os direitos naturais não têm lugar numa metafísica empírica digna de respeito. Os liberais desconfiam do luxo ontológico. Acreditam ser uma fraqueza fundamental das várias formas de coletivismo o fato de que elas se apoiem em entidades fantasmagóricas como vontades coletivas ou espíritos nacionais e, por essa razão, eles são hostis a qualquer teoria do direito natural que pareça basear-se em entidades igualmente suspeitas. Mas a idéia de direitos individuais que estes ensaios defendem não pressupõe nenhuma força fantasmagórica. Na verdade, esta idéia não possui uma natureza metafísica distinta das idéias principais da teoria dominante. Ela é, de fato, parasitária da idéia dominante do utilitarismo: a idéia de um alvo coletivo da comunidade como um todo. Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.XIV-XV - Introdução.

²⁴Ibid., 2002, p.39.

ou jamais acontecia, levando a Constituição ao descrédito e comprometendo a concretização de seus preceitos.

Esse problema decorria, consoante Paulo Bonavides, do fato da Constituição representar somente o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, com o indivíduo, esquecendo o aspecto político. Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, ironizada por Ferdinand Lassalle.

Prossegue Bonavides afirmando que todo o problema persiste ainda hoje, em virtude da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: “a jurídica e a política. Onde uma prepondera os danos se fazem presentes”.²⁵

A Constituição, em sentido sociológico, é vista como resultante das forças vivas políticas e sociais, atuantes em determinado local e momento histórico, competindo ao constituinte tão-somente recolher esses dados e organizá-los em um documento. Essa a Constituição que Lassalle entendia como se fosse duas: uma real, formada pela soma das forças sociais e políticas dominantes, e outra escrita, a *folha de papel*, que somente conseguiria se manter enquanto correspondesse aos fatos reais, vindo, necessariamente, a sucumbir ante àquelas forças que de fato encarnam o poder.²⁶

Com efeito, Ferdinand Lassalle mantinha uma imagem muito depreciativa em relação à Constituição, tanto que, em uma conferência proferida em 1862 em Berlim sobre a Essência da Constituição, asseverou com muita ênfase que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim de poder, sustentando que a verdadeira Constituição tem por base os fatores reais e efetivos do poder vigorante naquele país e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que reflitam fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social, caso contrário não passam de uma “folha de papel”.²⁷

Essa afirmação de Lassalle provocou indignação em Konrad Hesse que rebateu com veemência usando os argumentos desenvolvidos na sua teoria da “Força Normativa da

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.95.

²⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.23: “Lassalle é exímio representante do sociologismo constitucional. [...] Para ele, *constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, e esses fatores reais do poder constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais que tal e como são*. Os fatos reais do poder convertem-se em fatores *jurídicos* quando, observados certos procedimentos, são transportados para ‘uma folha de papel’, recebem expressão *escrita*; então, desde este momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores *reais* de poder, mas transmudam-se em *direito*, em instituições jurídicas, e quem atentar contra elas atentará contra a lei e será castigado.” (Grifo do autor).

²⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Constituição”, procurando com ela demonstrar que a Constituição jurídica condiciona-se com a Constituição real, estando ambas em perfeita relação de coordenação. Condicionam-se mutuamente, todavia não dependem, pura e simplesmente, uma da outra, pois, a Constituição jurídica tem significado próprio e sua pretensão de eficácia apresenta-se autônoma em relação às forças resultantes da realidade do Estado. Porém, a força normativa da Constituição não reside somente na capacidade de adaptação à realidade, ela pode impor tarefas que, se efetivamente cumpridas, se houver a vontade de concretizar essa ordem a Constituição converter-se-á em força ativa.

Ou, em outras palavras, a Constituição deverá levar em consideração não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas, também, e especialmente, ela deve incorporar o estado espiritual de seu tempo, isto é, apreender o *sentimento* da coletividade. Afirma, por fim, com certa ironia, que, a não ser assim, se à Constituição competir tão-somente expressar as relações fáticas altamente mutáveis, então se deve reconhecer que a ciência da Constituição é uma ciência jurídica ausente de direito, e, por sua vez, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe apenas a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.²⁸

As colocações de Lassalle não se mostram, em verdade, despropositadas, no sentido de que as forças políticas e sociais definem os rumos da Constituição, pois, parece bastante evidente, e a realidade não deixa pairar dúvidas acerca dessa assertiva, bastando uma breve reflexão sobre a história do constitucionalismo no mundo para se perceber que isso é verdade. Que são as forças dominantes que estabelecem as regras que todos devem seguir é um fato, contudo, o reparo que deve ser feito é que essa influência perdeu sua soberania na medida em que o constitucionalismo evoluiu e passou a acolher as normas como princípios norteadores de proteção aos direitos humanos, prevendo expressamente em seus textos positivados que o fundamento do Estado é a dignidade da pessoa humana.

Considerar que a Constituição possui normas – princípios e regras – mas, não só por isso, mais por ocupar o lugar mais alto na pirâmide normativa, por ser a *lex superior*, a *norma*

²⁸ HESSE, Konrad, op. cit., 1991. A propósito, ainda sobre o mesmo assunto complementa Konrad Hesse: “Por outro lado, força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências [...]” HESSE, Konrad, op. cit., 1998, p.49.

*normarum*²⁹, por ser o instrumento jurídico superior ao qual todos os demais devem se curvar, porém, sem deslembrar que tais normas devem ser conjugadas com os fatos políticos e sociais que ensejaram as opções de escolha, é o que faz da Constituição o instrumento jurídico dotado da força que se lhe reconhece. É impossível ignorar que o simples fato de se achar constitucionalmente positivada uma norma ela se imponha à sociedade com força suficiente para ser observada, porquanto isso seria um retrocesso, como bem observa Luis Roberto Barroso, com apoio em Mauro Cappelletti, “a Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico.”³⁰ É preciso haver o *sentimento constitucional*. É nesse aspecto, também, a posição de Gilberto Bercovici ao assegurar:

Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligação com a teoria social, a economia e, especialmente, a política. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condicionam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição não é apenas uma “folha de papel”, não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídica possui significado próprio.³¹

A vitória sobre o domínio exclusivo das forças externas está, precisamente, na circunstância de que tais forças não podem, ao seu talante, modificar as normas estabelecidas. É dizer, mesmo que tenham sido elas que, decididamente, fizeram as opções, não gozam do poder de modificá-las, estão, como todos, submetidas à força normativa da constituição, daí o acerto de Hesse quando afirma que ambas as constituições convivem simultaneamente.

Luís Roberto Barroso preleciona acerca do tema, enfatizando que há exagero na pretensão de reduzir a Constituição a pouco mais que uma lógica jurídica, pois, seu formalismo não se compadece com a experiência da vida real, daí não se poder esquecer que convivem pacificamente suas duas faces: a política e a jurídica. Conclui sintetizando:

Resulta assentado, desse modo, com razoável consenso, que o Direito Constitucional, mesmo em sua dimensão positiva, expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta. A conjunção da face social à face jurídica da Constituição gera um produto final, conceptualmente unitário, que é a Constituição política.³²

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.826.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006b, p.67.

³¹ BERCOVICI, Gilberto. Estado, soberania e projeto nacional de desenvolvimento: breves indagações sobre a Constituição de 1988. *Revista-Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003, p.560.

³² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006b, p.67.

Sobre a superioridade normativa da Constituição, também se posiciona Eduardo Garcia de Enterría reconhecendo que há uma função estabilizadora com a formulação de princípios dotados de valores superiores como o da igualdade, da liberdade e do pluralismo jurídico, da legalidade, da hierarquia normativa, da responsabilidade dos poderes públicos, dentre outros. Afirma, ainda, o ilustre autor, que todo o ordenamento jurídico, todas as leis, todos os regulamentos e até os despachos burocráticos devem ser interpretados de acordo com a Constituição.³³

Desse modo, conquanto tenha havido essa polêmica travada em torno da ineficácia das normas constitucionais, constata-se que hoje não mais perdura qualquer incerteza quanto ao reconhecimento da importância da normatividade da Constituição, fundada em princípios destinados à proteção da dignidade humana, nisto residindo sua força para se impor concretizando um real Estado Democrático de Direito. Até mesmo por que a Constituição não é um simples documento oficial, ela carrega em si um imenso significado simbólico, refletindo os valores sociais e conduzindo ao fortalecimento da unidade e do espírito de solidariedade de um povo que comunga dos mesmos ideais. Essa é a opinião de José Afonso da Silva, quando deixa assentado que:

A constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá se a considerarmos desgarrada da totalidade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre os sujeitos e instituições sociais e políticas.³⁴

Bem a propósito da importância da força normativa dos princípios que hoje se acham agasalhados no seio da Constituição, consigna Flávia Piovesan:

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei [...].³⁵

Em verdade, a Constituição representa a Lei Fundamental do Estado, ocupando lugar de proeminência e nível de superioridade indiscutível em relação às demais normas legais, as

³³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madri: Civitas, 2001, p.106-7.

³⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p. 35-6.

³⁵ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2006, p.28.

quais somente serão consideradas válidas quando com aquela se conformarem, o que, segundo Canotilho, é representado por três expressões:

(1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.³⁶ (Grifo do autor).

E prossegue Canotilho discorrendo sobre a força normativa da Constituição, encarecendo o seguinte:

A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. [...] Se a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas. [...] A constituição é uma lei como as outras, mas, é também já o dissemos, uma *lei-quadro*. Isso explica a assinalável liberdade de conformação dos órgãos político-legislativos encarregados da concretização das normas constitucionais. (Grifo original).³⁷

Finalmente, feitas estas considerações, cumpre ainda lembrar que a força normativa da Constituição impõe-se imperativamente, não deixando margens a questionamentos, especialmente se se atentar para o fato de que, conquanto ela não possa afastar-se da realidade que a circunda, até mesmo porque somente poderá ter pretensão de eficácia se não estiver separada de seu tempo, porém, ela ordena e conforma a realidade política e social. A Constituição jurídica, graças ao elemento normativo, impõe uma força de fato mais efetiva na medida em que seja maior a convicção dos responsáveis pela sua aplicação. Daí que a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade de Constituição.³⁸

Por outro lado, conforme sintetiza Canotilho, “A força normativa da constituição traduz-se na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos”³⁹ que na solução dos conflitos jurídico-constitucionais deve ser dado prioridade aos argumentos que, levando em consideração os pressupostos constitucionais sob o aspecto normativo, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental⁴⁰. Ademais, é de se acrescentar que o § 2º, do art. 5º da Constituição de 1988 estabelece expressamente a força

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.1074.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.1077.

³⁸ HESSE, Konrad, op. cit., 1991, p.24.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2001, p. XVI, prefácio.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p.1151.

normativa dos direitos e garantias, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte o Brasil.

Pode-se afirmar, portanto, de tudo quanto visto, que a Constituição é o ponto de partida e o ponto de chegada de todos que estejam submetidos à influência de suas normas.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O vocábulo princípio invoca a idéia de começo, origem, premissa, fundamento que enseja o início e dá sustentação a alguma coisa. No âmbito do Direito a concepção é no sentido de definir valores socialmente consagrados e absorvidos pelas normas, destinados a reger a ordem jurídica. É dizer, sob a forma de normas, os princípios expressam os valores que a comunidade elege como prioridades, sua cultura, suas aspirações e suas conquistas que a Constituição os acolhe como fundamento de sua normatividade.

São muitas as definições encontradas e os autores costumam dar destaque exponencial à posição ocupada no sistema pelos princípios, precisamente para ressaltar sua densidade e capacidade de produzir efeitos autônomos, sem necessidade de intervenção legislativa posterior. Com efeito, para Cármen Lúcia Antunes Rocha “O Princípio é o Verbo. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado.”¹ Jorge Miranda caracteriza os princípios da seguinte forma:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de ato de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunto resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projeta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.² (Grifo original).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio é *mandamento nuclear de um sistema*, destacando, outrossim, que, em face de sua posição de superioridade por se constituir no próprio alicerce do ordenamento, desrespeitá-lo será agredir ao sistema como um todo:

É mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, o que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.21.

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. t.II, p.249-50.

partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas.³

Os princípios representam, na definição de Miguel Reale, “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a cada porção da realidade.”⁴

Os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito são categorias distintas ou se confundem na mesma ordem que dão sustentação fundamental às normas? Para José Afonso da Silva, existe uma clara distinção entre os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais fundamentais:

[...] posto que aqueles formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, já que envolvem conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional. Enquanto os últimos integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, norma-síntese ou norma-matriz [...] normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional⁵.

Assim também pensa Cármen Lúcia Antunes Rocha⁶, no entanto, contrariamente entende Paulo Bonavides, sustentando textualmente que tanto os princípios gerais de direito quanto as disposições de princípios correspondem, em sentido e substância, aos princípios constitucionais.⁷ Logo mais adiante complementa, aduzindo ter havido uma justificada ‘unificação dos princípios gerais de Direito em torno dos princípios constitucionais’, porquanto, desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução *princípial*, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.747-8.

⁴ REALE, Miguel, op. cit., 2002, p.60.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.95.

⁶ Afirma ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.28: “Cumprir lembrar, inicialmente, que os princípios constitucionais não são os princípios gerais do Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando ao ideal de Justiça materialmente buscado pela sociedade. Assim, expressos ou implícitos no sistema positivado, os princípios constitucionais não podem ser pensados abstratamente, como se fossem postulados intransponíveis e intangíveis ao toque e à (re)criação da sociedade estatal.”

⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.273 “Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição correspondem, em sentido e substância, aos ‘princípios constitucionais’ e às ‘disposições de princípios’, da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo.”

gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições.⁸

Igual posição é adotada por Norberto Bobbio, conforme se extrai de suas explícitas observações:

Os princípios gerais são, apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrela. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?⁹

Os princípios constitucionais se encontram dispostos no sistema de forma explícita ou implícita, sendo interessante perceber que estes últimos são, precisamente, os princípios gerais do Direito, os quais se localizam fora das disposições concretas, carecendo de ser apreendidos por meio da hermenêutica, como se dá, exemplificativamente, com o princípio da unidade da Constituição e o princípio da interpretação conforme a Constituição. Por outro lado, a própria Constituição, no art. 5º, § 2º, abre espaço para a utilização dos princípios implícitos nas questões envolvendo direitos fundamentais. Sendo certo, no entanto, que alguns dos princípios gerais hoje se acham expressamente constitucionalizados, como é claro exemplo o princípio da moralidade administrativa.¹⁰ Portanto, isto confirma o pensamento de Cármen Lúcia Antunes quando assegura *que a ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados*.¹¹

Consoante lembra Paulo Bonavides, os princípios já foram sintetizados por Jean Boulanger de forma irretocável, quando assegurara o seguinte:

⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.291.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1997, p.158-159.

¹⁰ Germana Moraes comunga do entendimento que os princípios gerais foram constitucionalizados, assegurando: “a constitucionalização dos princípios gerais do Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade.” MORAES, Germana. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p.23.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.23.

A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número de soluções que a prática exige [...]. Os princípios existem, ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a *declará-los*; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação.¹² (Grifo do autor).

A conclusão a que se pode chegar neste ponto é que os princípios, além de sua abrangência axiológica, ética e ideológica, representam a superação do positivismo, do culto à lei afastada da moral – bastava a legalidade, a ela se curvando, mesmo reconhecendo a imoralidade do ato - para, em troca, se adotar os postulados da teoria contemporânea do direito *por princípios*, daí podendo se inferir com clareza a retomada dos postulados do Direito estreitamente vinculados à moral, da qual jamais poderá se desligar, porque, em verdade, nenhuma norma jurídica poderá dispensar em seu conteúdo o pressuposto da moralidade. Nesta proposição revela-se o intento de não desistência da eterna busca de mecanismos para melhor proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais não se revelam onde inexistam valores éticos e morais.

2.1 Funções dos princípios

Os princípios fornecem ao ordenamento uma unidade e harmonia indispensáveis para que ele se atualize, se renove e até mesmo se recrie, isso de forma dinâmica e autônoma, dispensando qualquer intervenção do legislador e sem revogação ou invalidação das normas, residindo, precisamente nessa característica, uma de suas importantes funções. É fato, superada a fase em que os princípios destinavam-se tão-somente a complementar supletivamente a lei, isto é, preencher eventuais lacunas da legislação, ou, ainda, mesmo estando fora do sistema, servir de diretrizes para o legislador, passaram, na medida em que foram percebidos como instrumento de valor excepcional, a fazer parte do núcleo positivo e a serem usados como meio através do qual é possível transformar, otimizando os regramentos jurídicos normativos.

Viu-se que os princípios representam a base que dá sustentação ao sistema, fornecendo-lhe coerência e harmonia, pelo que é importante saber quais são, precisamente, suas funções.

Jorge Miranda reconhece particularmente relevante nos princípios sua função ordenadora atuando de forma imediata quando são diretamente aplicados para regularem as

¹² BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.268.

relações político-constitucionais. Admite que eles se prestam ao desenvolvimento, concretizações, densificações e realizações diversas.

A ação mediata consiste, segundo este autor, primeiramente como critério de interpretação e integração, eis que assim se encontra coerência no sistema, considerando-se que o sentido exato dos preceitos constitucionais deve ser resultante da conjugação com os princípios, enquanto a integração há de ser realizada de maneira a tornar explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador não quis ou não pode revelar claramente.

Servem, ademais, os princípios, como elementos de construção e qualificação, posto que os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios. E, finalmente, exercem uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em face de sua generalidade ou indeterminação e de sua força expansiva. Daí resultando o peso que se revestem quando da interpretação evolutiva.¹³

Para Canotilho, os princípios possuem funções importantes para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Salienta, no entanto, que os princípios possuem uma *função positiva* e uma *função negativa*, sendo esta particularmente relevante para os ‘casos limites’ (‘Estado de Direito e de Não Direito’, Estado Democrático e ditadura’). A *função negativa* dos princípios é importante também para outras situações em que não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o ‘excesso de poder’.

Já a *função positiva* destina-se a informar materialmente os atos dos poderes públicos, como, exemplificando, cita o caso da *proibição de excesso*, visto que não basta só proibir o excesso, o arbítrio, é necessário impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos atos dos poderes em relação aos fins a que se propõem.

O Autor faz importante observação, a final, destacando que, em decorrência desta dimensão determinante (positiva e negativa) dos princípios, reconhece-se hoje que, mesmo não sendo possível fundamentar, autonomamente, a partir deles, recursos públicos (o que é discutível), eles fornecem sempre diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais que isso, conclui: vinculam o legislador no momento legiferante, de

¹³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.434.

modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.¹⁴

Cármen Lúcia Antunes, igualmente a Canotilho, entende que os princípios representam o ponto de chegada e o ponto de partida de todas as interpretações normativas, ostentando uma função positiva e outra negativa, consistindo esta última em rejeição à introdução no sistema de qualquer idéia que contrarie ou não se harmonize com o conteúdo daqueles. Já para a função positiva, é forçosa a inclusão na ordem normativa, quer seja expressa, quer seja implícita, do conteúdo do princípio constitucional, de tal sorte a lhe assegurar concretude e ampliação do universo ao qual se destine sua aplicação a fim de lhe dar cumprimento.¹⁵

Por fim, Bonavides denomina de *tetradimensionalidade funcional* a classificação feita por Bobbio, que reconhece como sendo as funções *interpretativa, integrativa e limitativa*. Nessa classificação, confere ele maior grau de intensidade vinculante dos princípios nas funções limitativa e negativa, e menor ou diminuto quando se tratar das funções interpretativa e diretiva.¹⁶

A fundamentalidade dos argumentos acima confirma que os princípios constituem o que de mais significativo ocorreu, a partir do século XIX, como conquista pelos direitos humanos, tendo em vista que suas funções significam, essencialmente, assegurar a unidade do sistema jurídico dando-lhe objetividade e concretude, garantindo e mantendo o modelo ético-ideológico escolhido pela comunidade, dotado dos valores que deseja sejam respeitados por todos.

2.2 Classificação dos princípios

Os princípios constitucionais consubstanciados em idéias axiológicas normadas apresentam-se de natureza ou configuração heterogêneas, daí a doutrina procurar classificá-los a fim de melhor apreender seu significado e dimensão.

Consoante Jorge Miranda, os princípios classificam-se, inicialmente, em: *princípios constitucionais substantivos* – são princípios válidos em si mesmos e que espelham os valores básicos a que adere a Constituição material. E *princípios constitucionais adjetivos ou*

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.1090-91.

¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.27-8.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.284.

instrumentais – estes são complementares dos primeiros, apresentando uma natureza eminentemente técnica.

Em seguida, partindo da análise dos limites materiais do poder constituinte de revisão constitucional, faz uma subdivisão dos *princípios constitucionais substantivos* em *princípios axiológicos fundamentais* e *princípios político-constitucionais*. Por fim, conclui sua classificação atribuindo o que denomina de três grandes categorias, a saber:

1 *Princípios axiológicos fundamentais* – correspondentes aos limites do poder constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo (e que, no essencial, coincidem com os princípios axiológico-jurídicos de Castanheira Neves).¹⁷ Exemplos: a proibição de discriminação, a inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, a não retroatividade da lei penal incriminadora, o direito de defesa dos acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho, etc.

2 *Princípios político-constitucionais* – correspondentes aos limites do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais refletem, como o nome indica, as grandes marcas e direções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou seja, as grandes opções e princípios de cada regime. Exemplos: o princípio democrático, o princípio representativo, o princípio republicano, o da constitucionalidade, o da separação dos órgãos do poder, o da subordinação do poder econômico ao poder político, etc.

3 *Princípios constitucionais instrumentais* – correspondentes à estruturação do sistema constitucional, em moldes de racionalidade e operacionalidade; princípios fundamentalmente construtivos (na linha de Duguit) e que, embora vindo do Estado constitucional ou de Direito, hoje adquiriram uma relativa neutralidade a ponto de poderem encontrar-se um pouco em toda parte. Exemplos: o princípio da publicidade das normas jurídicas, o da competência (ou da fixação da competência dos órgãos constitucionais pela norma constitucional), o do paralelismo das formas, o da tipicidade das formas da lei, o do pedido na fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, etc. (Grifo no original).

A final consigna ser esta uma classificação possível, posto não se justificar convertê-la em separação abissal, visto que sempre há, em cada sistema constitucional, um grau maior ou menor de comunicação entre os elementos diversos – um elemento construtivo está presente nos princípios mais valorativos, e um elemento valorativo nos princípios aparentemente mais técnicos.¹⁸ Gomes Canotilho distingue os princípios constitucionais da seguinte forma:

1 *Princípios jurídicos fundamentais* – são princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que

¹⁷ Jorge Miranda, que, lembrando Castanheira Neves, fala sobre a classificação dos princípios: “Princípios axiológico-jurídicos transcendentais ao Estado e princípios diretamente constitutivos da particular forma de Estado instituída – os princípios explicitamente definidores dessa forma de Estado, das suas instituições próprias e da sua específica estrutura social-política, isto é, os princípios constitucionais positivos. Os primeiros carecem de uma ulterior determinação, os segundos encontram-se já positivamente determinados. Por isso, enquanto que o respeito ou a violação deste pode ser fácil e imediatamente controlada (pelo confronto do conteúdo jurídico dos atos estaduais com o conteúdo normativo desses princípios), já o cumprimento daqueles exige a mediação de um ato chamado a determiná-los.” MIRANDA, Jorge, op. cit., 2002, p.435.

¹⁸ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2002, p.435-6.

encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, o conhecimento e a aplicação do direito positivo.

O Autor chama a atenção para as funções negativa e positiva que esses princípios podem assumir, de acordo com as situações limites, conforme já mencionado anteriormente quando se tratou das funções dos princípios.

2 *Princípios políticos constitucionalmente conformadores* - são princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Neles se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição; expressam as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte. Estabelecem limites ao poder de revisão e são os mais visados na hipótese de alteração profunda do regime político. Dentre estes princípios se acham aqueles definidores da forma do Estado: princípios de organização econômico-social, tal como o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos setores da propriedade – público, privado e cooperativo; os princípios definidores da estrutura do Estado (unitário, com descentralização local ou com autonomia local e regional), os princípios estruturantes do regime político (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista), e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral, como o princípio da separação e interdependência de poderes e os princípios eleitorais.

Igualmente aos princípios jurídicos gerais, estes princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividade interpretativa, seja em atos inequivocamente conformadores (leis, atos normativos).

3 *Princípios constitucionais impositivos* – nestes princípios subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, assim, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Designam-se, às vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado, princípios diretivos fundamentais ou normas programáticas definidoras de fins ou tarefas. Como são exemplos o princípio da independência nacional e o princípio da correção das desigualdades na distribuição das riquezas e dos rendimentos. Traçam, sobretudo para o legislador, diretrizes da sua atividade política e legislativa.

4 *Princípios-garantia* – estes princípios visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. São exemplos, o princípio do *nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege*, o princípio do *juiz natural*, os princípios *non bis in idem e in dubio pro reo*.¹⁹ (Grifo do autor).

A classificação de José Afonso da Silva, que considera aqueles princípios que decorrem de normas da Constituição ou dela diretamente se inferem, tem por base a classificação de Gomes Canotilho, contudo, restringindo-se apenas a duas categorias:

1 *Princípios político-constitucionais* – constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, as quais, segundo Crisafulli, são ‘normas-princípio, normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social’. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivadas em

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.1090-93.

normas-princípio que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadora da Constituição’. São as decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação. Afirma que tais princípios fundamentais constituem a matéria dos arts. 1º e 4º do Título I da Constituição Federal de 1988.

2 *Princípios jurídico-constitucionais* – são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração de direitos, o da proteção social dos trabalhadores, oriundo da declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantia (do *nullum crimen sine lege*, e da *nulla poena sine lege*, o do contraditório, o do juiz natural e do devido processo legal, dentre outros que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º).(Grifo original).

Analisando os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, José Afonso chega à seguinte conclusão:

- a) princípios relativo à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);
- b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (arts. 1º e 2º);
- c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio de livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I);
- d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único);
- e) princípios relativos a prestações positivas do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);
- f) princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art. 4º).²⁰ (Grifo do autor).

A natureza variada dos princípios constitucionais fundamentais enseja dificuldades para sua classificação, o que justifica as pequenas diferenças encontradas entre os autores, porém, já é possível inferir um caminho a seguir, tendo o cuidado para não se perder não deslembrando de que os princípios se concretizam através de outros princípios e subprincípios que os complementam ou os densificam.²¹ A relevância dos princípios para o Estado Democrático de Direito é manifesta, como acentua Jorge Miranda com propriedade, “servem, pois, os princípios, de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou

²⁰ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.93-95.

²¹ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos - análise à luz dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p.40 e ss., faz uma incursão de forma bastante ampliada, sobre a classificação dos princípios partindo da posição de Luís Roberto Barroso e outros.

através da prescrição de princípios”.²² Enquanto para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio é, “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo para sua exata compreensão”.²³ Já para José Afonso da Silva, “o princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema.”²⁴

2.3 Distinção entre princípios e regras

A distinção entre princípios e regras tem despertado o interesse da doutrina e ensejado amplo debate, em virtude da vinculação necessária à classificação das normas jurídicas, a qual, por sua vez, também revela algumas divergências. Porém, vale registrar que hoje já existe uma calmaria vez que é bastante difundida e aceita a tese cujo fundamento reside na concepção de que os *princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios*.²⁵

A diversidade de categorias de normas impõe sejam efetuadas classificações acerca dos aspectos mais relevantes, porque é de fundamental importância fornecer ao intérprete uma compreensão que lhe possa facilitar o encontro do melhor caminho para aplicar o Direito.²⁶

Paulo Bonavides lembra um fato importante na história da evolução do pensamento acerca da distinção entre princípios e regras, registrando que Jean Boulangier muito antes de Robert Alexy e Ronald Dworkin, hoje tidos como os criadores da teoria dos princípios, já havia se apercebido desse fenômeno, definindo de forma clara a diferença ao explicitar: “Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocábulo é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade do princípio”.²⁷ Ou seja, concebe a regra como especial, no sentido de se destinar a situações determinadas, ao contrário do princípio que comporta uma infinidade de aplicações. Destacando a distinção entre princípios e regras, Bonavides aduz que:

²² MIRANDA, Jorge, op. cit., 2003, p.253.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira, op. cit., 2000, p.747-8.

²⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.91.

²⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.271.

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.65, “A distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito.”

²⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.266-7.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não é apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.²⁸

E para Francisco Meton Marques de Lima:

A regra é a expressão mais grosseira e primitiva do controle ético da conduta..., cuja estrutura lógico-deontica abriga a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica (imputação) de sua ocorrência; enquanto isso, os princípios são preceitos mais abstratos e em vez de descreverem hipótese fática com prescrição de consequências, prescrevem um valor.²⁹

Há diversos critérios para distinguir princípios de regras e os autores de maior referência nacional e estrangeira apresentam suas convicções lastreadas em vasta e robusta argumentação, pelo que, dado os limites desse trabalho apenas alguns serão visitados.

Robert Alexy adverte que os princípios são normas que ordenam que algo seja cumprido, significando que não há uma determinação específica, particular, há um *mandato de otimización* para que se realize da melhor forma possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, ou seja, podem ser cumpridas em diferentes graus, dependendo das circunstâncias.³⁰ Ou seja, os princípios são conceitos axiológicos, carregam noções de valores.

Por outro lado, as regras consubstanciam-se em normas cujo cumprimento é obrigatório. É dizer, ou são cumpridas ou não são. Se existe uma regra válida, ela tem de ser cumprida exatamente como se acha disposta, nem mais nem menos. Toda regra possui determinação de previsível realização no âmbito fático e jurídico.³¹ Em verdade, as regras carregam descrição de conteúdo deontico – dever ou dever-ser -, revelado basicamente pelos conceitos de “proibido”, “permitido”, “ordenado”, “facultado e o direito a algo”, aplicando-se por

²⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.288-9.

²⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001b, p.108.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p.18-9, seguindo a mesma linha de Alexy consigna: “Normas constitucionais assumem o caráter, em geral de *princípios*, enquanto as demais normas costumam adotar a estrutura de *regras*. [...] Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua *estrutura lógica* e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos (*Tatbestände*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (‘proibido’, ‘obrigatório’, ‘permitido’), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do juridicamente possível”.

³¹ ALEXY, Robert, op. cit., 1993, p.86, “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas*”.

subsunção. São dotadas de estrutura fechada, exigindo as condições fáticas (*fattispecie*) para poder se realizar. Consoante pondera Willis Santiago Guerra Filho, “As regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores”. Conclui dizendo:

E, finalmente, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro.³²

A generalidade, para Alexy, é a principal característica dos princípios, estando presente em todos em alto grau, enquanto é relativamente baixa para as regras. Destaca que a distinção entre princípios e regras se faz pelo caráter *prima facie*. E prossegue justificando:

*Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, non contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas.*³³

Em relação às regras, o autor fornece a seguinte explicação:

*Como las reglas exigen que se haga lo que em ellas se ordena, contienen una determinación en nel ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.*³⁴

Sustenta ainda, Alexy, que a distinção entre princípios e regras se faz mais acentuada nos casos de colisão de princípios e conflito de regras.

O conflito entre regras ocorre no plano da validade e somente pode ser solucionado declarando-se inválida uma das regras ou introduzindo em uma delas uma cláusula de exceção.³⁵ Já na colisão entre princípios a solução é totalmente diversa, porque se parte da premissa de que ambos os princípios são válidos, enquanto um diz que algo é permitido o

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p.45. Virgílio Afonso da Silva aduz sobre a questão: “Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, “ser passível ou carente de interpretação” é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas “ser passível ou carente de sopesamento” é característica exclusiva dos princípios.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003, p.617.

³³ ALEXY, Robert, op. cit., 1993, p.99.

³⁴ ALEXY, Robert, op. cit., 1993, p.99.

³⁵ ALEXY, Robert, op. cit., 1993, p.88.

outro afirma ser proibido, então, neste caso, um dos princípios tem de ceder ante o outro, porém, isso não significa declará-lo inválido nem que seja preciso inserir uma cláusula de exceção. Por outro lado, em circunstâncias diferentes a solução também poderá ser distinta. Nos conflitos de regras, leva-se em consideração a *dimensão de validade*; na colisão entre princípios – como só pode haver colisão entre princípios válidos – terá lugar a *dimensão de peso*.³⁶

Ronald Dworkin, superando a fase do positivismo que via apenas na lei todo o fundamento do Direito, deu início ao que pode ser considerada uma espécie de “revolução” naquilo que diz respeito à interpretação dos princípios. Elaborou uma teoria de valores destinada a averiguar o conteúdo das normas para extrair suas reais características e natureza, chegando à conclusão de que, substancialmente, as normas dividem-se em princípios e regras. Ressalta, ademais, haver uma diferença qualitativa entre princípios e regras, apontando que a distinção consiste precisamente em uma dimensão de *valor ou peso* atribuído aos princípios, o que produz uma necessidade de ponderação na ocasião de sua efetiva aplicação, enquanto as regras submetem-se à base do “tudo-ou-nada”, isto é, ou são válidas e serão aplicadas ao caso concreto, ou, do contrário, são inválidas e deverão ser afastadas. Portanto, diante de um conflito de regras, usa-se os métodos tradicionais de interpretação para resolver as antinomias e afastar uma delas em benefício da outra que deve prevalecer. No entanto, com os princípios a solução é diferente, porquanto a avaliação há de ser dada em consideração à dimensão de peso conferido aos princípios em colisão.³⁷

Além dos princípios e regras³⁸ Dworkin acrescenta mais um, que é a *política*, ao que ele denomina de *padrão*, definindo-a como sendo “aquele tipo de padrão que estabelece um

³⁶ ALEXY, Robert, op. cit., 1993, p.89.

³⁷ Veja, ainda, a respeito, Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um [...] não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.” DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.39, 42-43.

³⁸ ÁVILA Humberto, op. cit., 2006, p.122-3: o autor divide as normas em *princípios, regras e postulados*, classificando estes como metanormas ou normas de segundo grau, destinadas a estabelecer estrutura para aplicação de outras normas, princípios e regras. Assim, eles permitem estruturar a aplicação do dever de promover um fim, diversamente dos princípios que impõem a promoção de um estado ideal, uma finalidade. Afirma que a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência, não são princípios, são postulados, pois,

objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).³⁹ E explica a distinção que há entre *princípio* e *política* registrando que “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo.”⁴⁰ Prosseguindo, o mesmo autor dá sua definição de princípio:

[...] é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas, consoante o autor, é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à orientação que fornecem.⁴¹

Canotilho, por sua vez, após alertar sobre a complexidade para distinguir princípios e regras dentro do superconceito norma, apresenta os seguintes critérios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau relativamente elevado de abstração; diversamente, as regras são dotadas de uma abstração relativamente baixa.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza ou com perfil fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) <<Proximidade>> da idéia de direito: os princípios são <<standards>> juridicamente vinculante radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (Grifo no original).

Ana Paula de Barcellos⁴², após fazer uma substancial análise da posição de autores de escol, elabora uma síntese dos critérios mais habitualmente propostos, o que merece referência:

- 1) O *conteúdo* - Os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito (Canotilho). Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm conteúdo diversificado e não necessariamente moral.

rigorosamente, eles não podem ser violados.

³⁹ DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.36.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.141.

⁴¹ DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.36-9.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.51-4.

2) *Origem e validade* - A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, enquanto as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que se refere aos princípios (Dworkin).

3) *Compromisso histórico* - Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.

4) *Função do ordenamento* - Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras (Karl Larenz). Ao modo dos axiomas (Humberto Bergmann Ávila) e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informações de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo unidade e ordenação (Celso Antônio Bandeira de Mello).

5) *Estrutura lingüística* - Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações (Canotilho; Humberto Bergmann Ávila). Em relação às regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.

6) *Esforço interpretativo exigido* - Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, 'burocrática e técnica' (Josef Esser).

7) *Aplicação* - As regras têm estruturas biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do 'tudo ou nada', popularizado por Ronald Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações.

Percebe-se que os critérios apontados pela doutrina, conquanto sua complexidade, são capazes de fornecer substancial auxílio para a compreensão das diferenças essenciais entre regras e princípios, sobretudo para o aplicador do direito que precisa ter a perfeita noção do valor ou força jurídica das normas para poder dar-lhes a correta destinação. Porém, sem jamais desprezar o fato de que, pela dimensão axiológica dos princípios terão eles de prevalecer potencialmente sobrepondo-se às regras que, forçosamente, neles devem se inspirar.

2.4 Ponderação de valores e bens jurídicos: colisão entre princípios

Pela própria natureza genérica dos princípios é natural que eles se choquem com outros toda vez que o exercício de um direito fundamental por um indivíduo entre em rota de colisão com igual direito de outra pessoa. Alexy considera a respeito, que:

Os princípios permitem exceções e podem entrar em conflito ou contradição; eles não têm pretensão de exclusividade; seu significado real só se desenvolve através de um processo tanto de complementação quanto de limitações recíprocas e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta.⁴³

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p.36.

Como assegura Kelsen, o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.⁴⁴ Assim é, com efeito, o homem, um ser eminentemente social⁴⁵, daí a existência de conflitos cuja origem é a própria natureza humana, e ocorrem, especial e naturalmente, entre direitos oriundos das idéias fundamentais sobre liberdade (autonomia) e igualdade (heteronomia). Ora, se tais princípios como valores fundamentais devem ser reconhecidos a todas as pessoas, pela simples razão de que são *humanas*, não há como evitar os choques que naturalmente decorrerão de situações conflituosas entre dois titulares de iguais direitos, que pretendem ou precisam exercê-los ao mesmo tempo.⁴⁶ Os aspectos desse fenômeno são bem sintetizados por Ingo Wolfgang Sarlet ao fazer o seguinte registro:

Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, transindividuais. É neste sentido que se *justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.*⁴⁷ (Grifou-se).

Que os direitos fundamentais não são absolutos é um fato, percebendo-se isso pela óbvia constatação de que somente limitando as ações recíprocas poderão os homens conviver em sociedade preservando seus próprios direitos fundamentais e mantendo a necessária e harmônica igualdade.⁴⁸ Significa dizer, consoante destaca Jane Reis Gonçalves Pereira:

⁴⁴ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.2.

⁴⁵ Sobre esse aspecto veja-se ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.31: “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do labor não requer a presença de outros, mas um ser que ‘laborasse’ em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido mais literal da expressão. Um homem que trabalhasse e fabricasse e construísse num mundo habitado somente por ele mesmo não deixaria de ser um fabricante, mas não seria um *homo faber*: teria perdido a sua qualidade especificamente humana e seria, antes, um deus – certamente não o Criador, mas um demiurgo divino como Platão o descreveu em um de seus mitos.”

⁴⁶ A respeito diz PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.133, “Em primeiro lugar, *universalidade* dos direitos torna imperativa sua limitação. Sendo os direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica, logicamente a imposição de limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um *conjunto*, e não isoladamente”.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.170.

⁴⁸ Dallari sintetiza o que se deve compreender por igualdade num Estado Democrático: “Em relação à igualdade é preciso, também, uma reformulação da própria concepção. Realmente, o individualismo exacerbado afirmou a liberdade como um valor, mas limitou-se a considerá-la um *direito*, sem se preocupar em convertê-la em *possibilidade*. E continuando, assevera: “A concepção de igualdade como *igualdade de possibilidades* corrige essas distorções, pois admite a existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença de mérito individual, aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade.” DALLARI, Dalmo de Abreu, op.

“Numa proposição, os direitos têm fronteiras.”⁴⁹ “Na medida em que o direito de um indivíduo é possível apenas em relação ao dever de outro, todos os direitos são direitos relativos.”⁵⁰

Cesare Beccaria conseguiu resumir de forma impar a idéia de liberdade jurídica e sua extensão ao afirmar:

[...] somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.⁵¹

De igual modo distingue Hannah Arendt:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.⁵²

Tanto os princípios podem colidir entre si quanto podem se chocar com as regras. No primeiro caso resolve-se pela técnica da ponderação, e, no segundo, o princípio sempre haverá de prevalecer sobre a regra, isto é, tem-se de conferir-lhe uma dimensão de *peso*. E, quando ocorrer conflito entre regras, a solução será dada pela exclusão ou perda de validade de uma delas. Nesta hipótese, trata-se de mera antinomia.⁵³

Quando se fala de Estado Democrático de Direito remete-se para a compreensão de que se está a cuidar de um Estado limitado pelos direitos fundamentais, jurídica e obrigatoriamente vinculado à sua promoção e defesa. Vale dizer, sem direitos fundamentais devidamente assegurados não se pode conceber um sistema jurídico que forneça embasamento para um Estado onde a Democracia e o Direito prevaleçam.⁵⁴ Nesse mesmo rumo tende o pensamento de Friedrich Müller quando assume que:

cit., 2002, p.306.

⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., 2006, p.134.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b, p.122.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p.19.

⁵² ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p.335.

⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., 2000, p.157-8.

⁵⁴ Nesse sentido, Jürgen Habermas: “Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera causalidade”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p.133.

Os *direitos humanos* estão intimamente relacionados à *democracia e ao Estado de Direito*: sem seu exercício prático não há processo democrático nacional nem transnacional. E o direito subjetivo à democracia de todo ser humano (quarta geração) baseia-se nos direitos humanos. [...] Em outras palavras: o Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia se condicionam reciprocamente e necessitam um dos outros. Nenhuma democracia funciona sem “*State of Law*” e sem garantias de liberdades eficazes.⁵⁵

Na opinião de Alexandre Coutinho Pagliarini, verdadeiramente não há possibilidade de fruição dos Direitos Humanos formalmente proclamados em uma Constituição ou num Tratado Internacional, se não existem espaços políticos que sejam democráticos, para o que, sintetiza:

Assim como se pode afirmar que *não há Constituição sem Direitos Fundamentais*, então também é verdadeira a assertiva de que *não há Constituição sem Democracia*. Os conceitos e as práticas de *Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais* imbricam-se pelas seguintes razões: (a) se é verdade que a Constituição nasceu para garantir maior liberdade (mobilidade) política – quebrando, com isso, a regra da hereditariedade do “*Ancien Regime*” – então *não é falsa* a afirmativa de que o “espírito de Constituição” é necessariamente um “espírito democrático”; (b) a Democracia, ela própria e por si só, além de participar intrinsecamente do próprio conceito de Constituição, também pode ser incluída no rol dos Direitos Fundamentais de primeira geração, aqueles *Individuais*. [...] Logo, o pleno gozo dos Direitos Humanos depende, no dia-a-dia, da capacidade de participação política – *cidadania* – da população. Constituição e Democracia, neste sentido, aproxima-se e se fundem em conceitos complementares um ao outro.⁵⁶ (Grifo no original).

A liberdade do indivíduo que lhe faculta participar da formação da vontade diretiva do Estado não é uma liberdade absoluta já que uma ordem social exige regulamento obrigatório nas relações dos homens entre si; exige um poder. Da liberdade (absoluta) da anarquia forma-se a liberdade da democracia.⁵⁷

A idéia absolutista dos direitos individuais foi superada pela compreensão de que sempre que seu exercício se revele de forma a causar lesão a terceiros carece de limites. Esta feição relativista se firmou com o constitucionalismo que passou a positivar freios ao exercício dos direitos como mecanismos de proteção dos direitos e interesses alheios. É nesse sentido o entendimento de Hans Kelsen, ao registrar que:

A idéia de liberdade tem originariamente um significado negativo. Ela significa a ausência de qualquer compromisso, de qualquer autoridade obrigatória. Sociedade,

⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito*. Tradução de Viviane Geraldine Ferreira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48.

⁵⁶ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134-5.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a, p.28-9.

no entanto, significa ordem, e ordem significa compromissos. O Estado é uma ordem social por meio da qual indivíduos são obrigados a certa conduta.⁵⁸

Os direitos fundamentais representam prerrogativas e garantias destinadas a assegurar uma existência humana digna, livre e igual para todas as pessoas, pelo só fato de que são *seres humanos*. Por seu turno, impõe lembrar ainda, que, direitos fundamentais são aqueles dotados de caráter genérico e atemporal estabelecidos na Constituição de um Estado, revestidos de dupla dimensão – subjetiva e objetiva -, com características de indisponibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, historicidade e universalidade. Não deslembrando que são regidos pelos valores da tolerância, da liberdade de expressão e de pensamento como elementos essenciais do sistema democrático. Tais valores, segundo Kelsen, se opõem aos valores absolutos, aos bens absolutos.⁵⁹

Essencial à compreensão das liberdades, conjugando-as com a igualdade, pressupostos da democracia, segundo Habermas, é estabelecer limitações para eliminar privilégios:

A restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social, que se distingue tanto da esfera privada mais estreita, como da mais ampla, não deve ser atribuída à interferência de *outros* princípios jurídicos, tais como a justiça social ou a responsabilidade social. O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica num direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigidas por esse princípio.⁶⁰

Para Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais encontram afetações expressas e implícitas, legitimadas pela Constituição, ainda que haja disposição afirmando o contrário, precisamente, segundo afirma, por não haver possibilidade de conciliar os interesses antagônicos de igual valor fundamental, daí que eles carregam uma reserva imanente de ponderação ou de compatibilização com todos os bens que mereçam, em Estado de Direito, proteção jurídica, e sintetiza aclarando:

Com efeito, quando os direitos fundamentais são percebidos na sua verdadeira natureza de bens ou valores cuja proteção constitucional qualificada não invalida a necessidade da sua compatibilização com outros valores ou princípios nem, sem prejuízo da sua força de *trunfo*, a eventual possibilidade de cedência perante outros bens ou interesses que, no caso concreto, apresentam maior *peso*, então também as

⁵⁸ KELSEN, Hans, op. cit., 2000b, p.407.

⁵⁹ KELSEN, Hans, op. cit., 2001, p.202.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003. v. II, p.138.

normas constitucionais jusfundamentais, na sua generalidade, não podem ser interpretadas como se de *regras* se tratasse. (Grifo do autor).⁶¹

Já foi assinalado que os direitos fundamentais não são absolutos, contudo, vale registrar que há discussões acerca da impossibilidade de haver restrições aos mesmos, excetuando-se aquelas expressamente previstas pela Constituição, de acordo com a teoria interna, ou concepção estrita, pela qual não é admitida a idéia de conflitos entre normas. Mas, não parece haver razoabilidade nessa tese, considerando-se que, a existência de conflitos e, por conseguinte, da necessidade de impor limitações aos direitos fundamentais se mostra trivial, dada sua natureza genérica e universal.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua estreita vinculação com a coletividade, em virtude da exigência de reconhecimento e respeito de cada um pelos direitos dos demais como razão para a convivência em sociedade, é perfeitamente apreendida por Habermas, em face do seguinte entendimento:

Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos [...]. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.⁶²

A pretensão de absolutizar é acaciano, pois, tornaria inviável conciliar os direitos fundamentais e promover sua efetividade, porquanto, se cada indivíduo é possuidor de direitos ilimitados, não haverá condições de exercício dos mesmos por todos simultaneamente sem que haja violação à esfera de outrem. Com efeito, retrata bem essa situação o caso que ficou conhecido por “As razões do Lobo”, lembrado por Fernando Barcellos de Almeida⁶³, em que Abraão Lincoln, décimo sexto presidente dos Estados Unidos, proclamador da abolição da escravatura em seu país, líder vitorioso do Norte contra o Sul escravagista, ao se referir à questão da liberdade, em discurso proferido em 1864, em plena guerra civil, afirmou:

Quando o pastor arranca o lobo do pescoço de sua ovelha, esta agradece ao pastor, como seu libertador, enquanto o lobo o denuncia, por esse mesmo ato, como destruidor de liberdades. É evidente que a ovelha e o lobo não estão de acordo sobre uma definição da palavra liberdade; e é precisamente a mesma diferença que hoje prevalece entre as criaturas humanas, mesmo no Norte, e todas elas professando o amor à liberdade.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.954-55.

⁶² HABERMAS, Jürgen, op. cit., 2003. v. I, p.121

⁶³ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p.50.

Em sendo a dignidade humana o fundamento da ordem jurídica, e, como se trata de relações intersubjetivas, posto que as pessoas convivem socialmente, assim, segundo Häberle, na dignidade humana “a ‘referência ao outro’ é pressuposta, ou seja, o reconhecimento da ‘igual dignidade humana dos outros’ forma a ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um [...]”⁶⁴, daí se chegar, forçosamente, à conclusão de que o princípio da igualdade tem de estar presente não só na esfera pública, mas também no âmbito privado, porque a autonomia privada não pode autorizar a anulação da dignidade de alguém, e tampouco pode ser colocada acima dos demais direitos fundamentais, pois igualmente aos demais direitos, ela é relativizada.⁶⁵

Portanto, infere-se que a dignidade humana é o limite onde pode chegar a intervenção na esfera pessoal, e, a essência da dignidade, ou seja, o seu núcleo é quem vai definir o espaço de liberdade que deve ser preservado. Vale dizer, toda vez que essa área for ultrapassada estará autorizada a intervenção direta nas relações sejam públicas sejam privadas. E por essência da dignidade entenda-se aquilo que despoja o ser humano dos bens – morais e materiais – sem os quais a vida se torna extremamente penosa.⁶⁶

Ademais, deve-se atentar para o fato de que, de forma generalizada entende-se que apenas excepcionalmente poderá haver *direitos absolutos*, quer dizer, direitos que jamais poderão ser-lhes opostas quaisquer restrições⁶⁷, como *v.g.*, o direito de não sofrer tortura e o direito de não ser escravizado, no entanto, porque tais direitos representam um número tão

⁶⁴HÄBERLE, Peter. A comunidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.127.

⁶⁵Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”. *Ibid.*, 2005, p.126.

⁶⁶A propósito, veja-se ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.79. “De resto, não passando o direito de propriedade de convenção e instituição humana, todo homem pode à vontade dispor do que possui; mas não acontece o mesmo com os dons essenciais da natureza, tais como a vida e a liberdade, que é permitido a cada um gozar e que pelo menos é duvidoso que se tenha o direito de se despojar: perdendo-se uma, degrada-se o ser; perdendo-se a outra, aniquila-se tanto quanto existe em si; e, como nenhum bem temporário pode compensar uma e outra, seria ofender ao mesmo tempo e natureza e a razão renunciar a isso, por qualquer preço que fosse.”

⁶⁷Confira-se nesse sentido Norberto Bobbio: “Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Estes direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”. Concluindo assegura: “[...] O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão: em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.39-42.

reduzido, passa-se a adotar como regra o entendimento de que a relativização dos direitos fundamentais é um fato que se impõe, indiscutivelmente. Significa, em outras palavras: os direitos fundamentais, na medida em que são constitucionalizados carregam em si, naturalmente, uma espécie de reserva (espaço) de ponderação, porquanto, encerram a possibilidade real de conflito axiológico, exigindo uma ponderação valorativa dos bens em atrito, à luz do maior peso que deverá ser conferido a um deles naquela oportunidade.⁶⁸

Acerca do fato de que todo direito fundamental está sujeito, em regra, a afetações, Jorge Reis Novais faz as seguintes considerações:

Neste sentido, apesar da sua importância capital, até mesmo o direito fundamental à vida pode ter de ceder, em casos concretos, e independentemente das diferenças de opinião que a propósito se suscitam, perante outros interesses que aí apresentem um peso superior e que podem ser o direito à vida de outro ou outros indivíduos [...].⁶⁹

Para Habermas, ninguém é livre enquanto essa liberdade implicar na opressão de outrem, eis que, a todos devem ser reconhecidos iguais direitos, e conclui aduzindo:

A idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, *resulta* do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, *ninguém* é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos.⁷⁰ (Grifo original).

Visto que os direitos fundamentais gozam de relatividade quanto ao seu fundamento, posto que estão sujeitos a limitações quando confrontados com outros de igual estatura, isso implica numa idéia de ponderação necessária á solução das colisões de direitos que surgem. Assim, necessário se faz que o sistema jurídico esteja dotado de instrumentos e mecanismos suficientes e adequados para oferecer opções otimizadas à solução dos conflitos que eventualmente emergem entre dois bens juridicamente valorados em nível constitucional.

Sem dúvida que, na sociedade moderna, onde a política perdeu o poder de orientação e parece ter-lhe restado tão-só os floreios da retórica e a pusilanimidade, e, diante dos desafios do crescimento econômico da sociedade de massa que alimenta as crescentes disparidades entre as condições de vida dos ricos e a dos pobres, fez-se premente a criação e

⁶⁸ “A dimensão ou peso atribuído ao direito (admitindo-se sua relatividade) é o poder de suportar a competição com outros direitos.” DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.144.

⁶⁹NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Almedina, 2006b, p.51.

⁷⁰ HABERMAS, Jünger, op. cit., 2003. v. II, p.159.

desenvolvimento de instrumentos e mecanismos jurídicos destinados à pronta defesa e preservação dos direitos fundamentais tão longa e penosamente conquistados.⁷¹

Deveras, para solucionar conflitos entre normas jusfundamentais, existem vários princípios jurídicos, dentre eles, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como mandamento da proibição de excesso, se destaca por sua extrema relevância no âmbito dos direitos fundamentais, sendo considerado o de maior expressão em virtude de sua extraordinária característica de não se contrapor a qualquer outro princípio. Vale dizer, não existe outro princípio que lhe ofereça oposição e, em decorrência, possa forçá-lo a ceder espaço.

A idéia da proporcionalidade aplicada como princípio se consagrou na jurisprudência e doutrina germânicas, inicialmente na esfera do Direito Administrativo, passando, em seguida, para o âmbito do Direito Constitucional onde, na verdade, encontrou seu campo próprio, posto que, precisamente, é sobre questões envolvendo direitos fundamentais que sua importância se revela de forma extraordinária. Posteriormente, se difundiu por todos os países, ganhando foros globalizados e não havendo quem rejeite seus méritos enquanto ferramenta dotada de poderoso impacto na busca de realização da justiça.

O princípio da proporcionalidade, ou talvez seja melhor falar, em virtude do contexto histórico, simplesmente em proporcionalidade, já era mencionada por Aristóteles como uma virtude que devia ser observada como condição de se alcançar a justiça. Isso demonstra a grande e excepcional importância desse princípio, chegando mesmo a representar o maior instrumento que o sistema jurídico dispõe na atualidade para resolver os inúmeros conflitos entre direitos fundamentais que surgem a todo o momento, cobrando soluções ótimas para apaziguar os espíritos e distribuir justiça numa sociedade permeada de relações assimétricas.⁷²

No Brasil, conquanto não conste expressamente normatizado com a denominação de princípio da proporcionalidade, razões inexitem para se lhe negar vigência, eis que,

⁷¹ HABERMAS, Jünger, op. cit., 2003. v. I, p.13.

⁷²Veja-se a significativa colocação que Aristóteles faz nessa passagem em a *Ética a Nicômaco*: “Assim, o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção. Quanto a este último, um dos termos se torna grande demais e o outro muito pequeno, como efetivamente acontece na prática, pois o homem que age injustamente fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que é injustamente tratado fica com uma parte muito pequena. No caso do mal, ocorre o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, uma vez que o mal menor deve ser escolhido de preferência ao mal maior, e o que é digno de escolha é um bem ainda maior.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro, V, 3, 20. São Paulo: Martin Claret, 2006.

consoante preleciona Paulo Bonavides,⁷³ ele existe como norma esparsa no texto constitucional, podendo ser inferido de outros que lhe são afins, especialmente do princípio da igualdade. Com efeito, a título de exemplo pode-se apontar a proporcionalidade presente no artigo 1º, inciso III, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no art. 5º, inciso V, em que assegura a indenização proporcional ao agravo, e, no § 2º desse mesmo dispositivo onde está consignado que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É certo, pois, que a doutrina e jurisprudência brasileiras têm se utilizado reiteradamente do princípio em referência, mostrando-se verdadeiramente despidendo alegar a ausência de norma contemplando-o expressamente para se lhe negar o devido e merecido prestígio que ostenta em outros sistemas que lhes dedicam normatividade explícita.

Ademais disso, mostra-se indubitável que, de fato, o princípio da proporcionalidade hoje desfruta de uma posição de proeminência⁷⁴ sobre outros princípios também de grande relevância, por ser através dele que os casos mais difíceis têm obtido resolução ótima. Ou seja, ele comparece nos momentos mais sensíveis dos direitos fundamentais para solucionar os casos difíceis, por meio da técnica da ponderação, sopesando os valores em situação de antagonismo para encontrar a solução que melhor atenda aos direitos ou interesses em jogo. Assim, definitivamente, este é o destino reservado ao dito princípio.⁷⁵

O princípio da proporcionalidade, compreendido como mandado de otimização destinado a fazer observar do modo mais completo possível o respeito aos direitos fundamentais, se decompõe em três subprincípios, a saber: da adequação, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁷³BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.434.

⁷⁴Nesse sentido “O princípio, assim, coincide com a essência mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito democrático.” GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., 2003, p.6-7.

⁷⁵De acordo com Bonavides: “Com efeito, há cerca de cinquenta anos, Krueger – ao afirmar que já não são direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais – fizera uma constatação que se nos afigura a descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo de liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz, dos quais o mais importante vem a ser, indubitavelmente, na ordem constitucional de nossos dias, *o princípio de proporcionalidade.*” (Grifou-se). BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2005, p.394.

Pelo subprincípio da adequação ou proibição de excesso, deve-se buscar a perfeita correspondência entre meios e fins da medida submetida a exame.

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade cobra a utilização de determinado meio que se mostre o melhor, a fim de evitar ao máximo excessivos ou desnecessários prejuízos. Ou seja, deve-se cuidar para que haja a mínima ingerência na esfera dos direitos fundamentais em conflito.

Para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se uma avaliação genérica da situação, numa operação de ponderação de custo-benefício a fim de sopesar os bens jurídicos em antagonismo e possibilitar a opção pela solução que melhor satisfaça a todos, sem impor limites total a um deles a ponto de privá-lo de sua eficácia e, assim, preservando a dignidade da pessoa humana que será afetada.

Há insuspeitável percepção de que apenas em situações práticas podem ser aferidos a extensão e o limite do sopesamento dos valores para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, haja vista que, somente se poderá falar de choque entre bens ou interesses quando se concretiza a hipótese real, porque é difícil, senão impossível, se prever antecipadamente as situações hostis.⁷⁶

Como visto, os direitos fundamentais são dotados de *status* constitucional, considerados de natureza principiológica, oponível *erga omnes* e devendo ser-lhes, por tais razões, dispensado pela ordem jurídica os meios e instrumentos de efetivação e garantia. Sem embargo, se lhes reconhece o caráter relativo, posto que a relatividade faz parte da própria natureza de todos os direitos fundamentais, porque somente relativizando-os é que poderão se harmonizar e superar os inevitáveis choques que sempre irão surgir entre eles.

Desse modo, por se tratar de direitos fundamentais, toda vez que os princípios se encontrarem em situações de conflito haverá necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade o qual, mediante a técnica da ponderação, irá equacionar os antagonismos e encontrar a solução considerada a melhor possível para o direito de maior relevância naquele momento, sem, contudo, excluir ou anular completamente o direito sopesado. Sobre ponderação de interesses Daniel Sarmento adverte que se trata de uma “técnica de

⁷⁶ A respeito desse aspecto veja-se GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.96-97.

composição de conflitos entre interesses constitucionais antagônicos”. Lembrando que tal método:

[...] caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico para cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.⁷⁷

Ana Paula de Barcellos define a ponderação como uma:

[...] técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais, os quais decorrem da própria Constituição, para o que, citando como exemplo: os conflitos entre liberdade de expressão e direito à honra e intimidade, entre propriedade e sua função social, entre proteção do meio ambiente e direito à moradia.⁷⁸

Jane Reis Gonçalves Pereira concebe a ponderação como sendo um tipo de:

[...] técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada.⁷⁹

De igual forma Konrad Hesse reconhece que deve haver um sopesamento nas limitações dos direitos fundamentais, devendo-se coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade e outras condições da mesma forma essenciais para a vida em sociedade, concluindo que, “Na medida em que as determinações, que protegem ambos, em seu alcance material cruzarem uma outra, ou colidirem uma com a outra, haverá limitações de direitos fundamentais e, fundamentalmente, produção de concordância prática”.⁸⁰

A visão do instituto pelos autores não diverge e enseja a conclusão já anunciada de que em todas as situações de conflito entre direitos fundamentais se faz imperioso recorrer à ponderação para, através de seus mecanismos buscar-se o equilíbrio entre o peso atribuído aos direitos em colisão e, assim, encontrar a solução ótima para aquele caso específico. Anotando-se que esse sopesamento deve ser realizado ainda que se trate de conflito particular em situações de igualdade entre dois titulares de direitos fundamentais, considerando que, diante

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.23-97.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.34-38.

⁷⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., 2006, p.220-1.

⁸⁰ HESSE, Konrad, op cit., 1998, p.255.

do princípio da autonomia privada e do princípio da dignidade humana, esta há de prevalecer.⁸¹

Decididamente, o sistema constitucional repousa na dignidade da pessoa humana, o que pressupõe autonomia diante do próprio Estado e de todas as demais pessoas e entidades privadas. Vale dizer, pressupõe liberdade, mas, liberdade com responsabilidade, considerando-se que a esfera de proteção do direito esbarra precisamente na esfera de proteção do direito do outro.⁸² Demais disso, a liberdade de autodeterminação, assim como todos os demais direitos, encontram limites na proporção em que ameaçam atingir o núcleo do direito ou a essência da dignidade de outra pessoa, aí, não tem como ser negada a possibilidade de interferência para preservar o próprio objeto do Estado, que é, primariamente, o homem em sua integridade material e espiritualmente considerada.

Como a ponderação destina-se à solução de casos difíceis, para os quais as regras da interpretação tradicional não foram suficientes para resolver o conflito estabelecido, ela é aplicada até mesmo nas relações entre particulares, pois, o princípio da autonomia individual não pode prevalecer sobre o da dignidade humana, até porque, a liberdade implica na possibilidade de se comprometer, de renunciar à proteção.⁸³

⁸¹ A dimensão ou peso atribuído ao direito (admitindo-se sua relatividade) é o poder de suportar a competição com outros direitos. DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p.144.

⁸² Afirma Kelsen a esse respeito “Afiml, uma comunidade só será possível se cada indivíduo respeitar certos interesses – vida, saúde, liberdade e propriedade – de todos os outros, ou seja, se cada um se abster de interferir pela força nas esferas de interesses dos outros. A técnica social que chamamos “Direito” consiste em induzir o indivíduo a se abster de interferência imposta na esfera de interesses dos outros através de meios específicos [...]. Desse modo, a interferência imposta na esfera de interesses de outrem constitui, por um lado, um ato ilegal, o delito, e, por outro, uma sanção.” KELSEN, Hans, op. cit., 2000b, p.31. A violência referida pelo autor deve ser entendida como toda espécie de violência, e não só a física.

⁸³ Neste particular Paulo Gustavo Gonet Branco, “Há, então, que se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade – o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.176.

3 A ESCOLHA POPULAR E A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

O homem, com sua eterna aspiração de liberdade e igualdade, enfrentou lutas contra o absolutismo, superando grandes obstáculos até construir o Estado Democrático de Direito, cujas bases se assentam nos direitos fundamentais, sobretudo na dignidade da pessoa humana. E por Estado Democrático de Direito¹ entenda-se, o governo do povo pelo povo, do qual se origina a legitimidade do poder. Mas, governo do povo pelo povo não significa, na democracia moderna, que realmente o povo governe, mas, que o povo participa do governo, residindo na sua vontade a fonte do poder.² “A função do ‘povo’, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo”.³

Desse modo, em sendo o povo o titular do poder, é preciso que saiba e possa usá-lo em seu próprio benefício, pois, o Estado é apenas o instrumento pelo qual o homem procura alcançar a felicidade que é, em última instância, segundo a concepção de Kelsen, a Justiça. E Justiça só poderá ser uma realidade onde imperar os valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. “O homem pode ser o mais excelente e perfeito dos animais, mas pode também ser o pior quando vive sem leis e sem limites”, assim já pensava Aristóteles.⁴ E ainda é assim que se entende, consoante preleciona Dalmo de Abreu Dallari:

O governo do Estado, mesmo quando se afirma um *governo de idéias*, não deixa de ser necessariamente um governo de homens. No Estado Democrático um dos fundamentos é a supremacia da vontade popular, assegurando-se ao povo o autogoverno. Entretanto, pela impossibilidade prática de se confiar ao povo a prática direta dos atos de governo, é indispensável proceder-se à escolha dos que irão praticar tais atos em nome do povo.⁵ (Grifo do autor).

¹ Kelsen, Hans, op. cit., 2000a, p.142. Extrai-se do pensamento de Kelsen, que a democracia é o governo do povo para o povo, ou seja, é a liberdade de autodeterminação política que faculta a participação do povo no governo e que este governo atue no interesse desse povo. Característica essencial da democracia é a participação do povo na formação e aplicação das normas da ordem social que constitui a comunidade”.

² Veja GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.46.

³ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.76.

⁴ ARISTÓTELES. *Política, livro I, cap. I, § 11*. São Paulo: Martins Claret, 2001.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p.182.

Em seguida, tratando diretamente do sufrágio, que consiste em direito público subjetivo do indivíduo, e, ao mesmo tempo representa uma função social imposta como dever, na medida em que é obrigatório, Dallari deixa assente sua posição afirmando:

Como é evidente, a possibilidade de exercer o direito de votar, que é o direito político fundamental implica séria responsabilidade, pois a experiência já tem demonstrado amplamente que uma escolha inadequada pode ser desastrosa para o Estado e, em última análise para o próprio povo.⁶

Por sua vez, Paulo Bonavides revela seu entendimento acerca da expressão *povo*, consignando que ela simboliza uma magia poderosa como palavra-símbolo, dirigida mais ao sentimento e à alma dos cidadãos, do que à razão, e enfatiza:

O povo que queremos nas instituições não é, porém, essa figura abstrata de retórica, onde arde a imaginação e a ideologia de falsos profetas, senão aquela entidade visível nas leis eleitorais, no acesso participativo às urnas, na formação da vontade geral: o povo concreto e livre, que constitui partidos e vota para renovar mandatos representativos. Em outros termos, queremos aquele povo que esteve ausente da Constituição de 1937 e da Emenda Constitucional nº 1, privado de eleger o Presidente da República e de ter um Congresso dotado de prerrogativas básicas, imagem de sua soberania inalienável. Só a presença do braço popular faz a verdade representativa do poder e a legitimidade do sistema político. O princípio democrático outra coisa não é, do ponto de vista político, senão a ingerência dos governados na obra do governo ou a organização de um sufrágio que faça essa ingerência mediante canais representativos.⁷

Fábio Comparato, prefaciando o livro do Professor Müller, *Quem é o Povo?*, faz considerações sobre ser necessário superar a condenável utilização atual da palavra povo, como ícone. O autor revela sua crítica ácida ao sistema brasileiro, considerando, da análise de Aristóteles, que na realidade o povo é simplesmente usado como instrumento para obter a legitimação do poder, sendo logo em seguida esquecido, fixando que:

[...] como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política. Na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierárquica que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do rei. 'As ordenações de Sua Majestade', diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, 'acatam-se, mas não se cumpre'. 'O estagirista não teria, assim, nenhuma dificuldade em reconhecer no regime político brasileiro, em que a esmagadora maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese a aparência democrática com que se desenrolam os rituais da nossa política'.⁸

É impossível não admitir que o futuro da democracia depende do povo, da sua efetiva e consciente participação, mas, por outro lado, não se pode perder de vista que a politização e a

⁶ Ibid., 2002, p.183.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.263.

⁸ COMPARATO, na obra de MÜLLER, Friedrich, op. cit., 2003, p.14 e 22.

democracia estão sempre em construção e a noção de cidadania ainda se encontra em processo de fortalecimento, e que, em virtude disso, facilmente se dilui e transforma as pessoas em potenciais vítimas do viciado sistema de fazer política. Daí se poder retirar a certeza de que sem educação cidadã não haverá mudanças, porém, é mais que isso, pois, também é indispensável à existência de normas que garantam a higidez do processo eleitoral de forma a expurgar toda e qualquer espécie de tentativa de fraudá-lo, de qualquer forma e por qualquer meio. Nesse sentido é o pensar de Alain Touraine, manifestado da seguinte maneira:

A democracia não é o triunfo do Um ou a transformação do povo em Príncipe. Bem ao contrário, ela é a subordinação das instituições à liberdade pessoal e coletiva. Ela protege esta liberdade contra o poder político-econômico de um lado, contra a pressão da tribo e da tradição, do outro.⁹

A consciência de cidadania fortalece a participação na comunidade, representada pelo sentimento de liberdade e lealdade, protegidas por leis que garantem os direitos conquistados e permitem a conquista de novos. Porém, numa gramática de cidadania deve-se conjugar os direitos com os deveres, com a responsabilidade pelos superiores interesses coletivos, haja vista que, a bem da verdade, não cabe somente aos agentes públicos o dever de protegê-los, competindo sua defesa igualmente a todos os membros da comunidade.¹⁰

Nesta lição insuperada de Montesquieu reside a essência de que o poder há de ser legítimo, consentido.¹¹

O povo, quando tem o poder soberano, deve fazer por si mesmo tudo aquilo que possa fazer corretamente; e tudo o que não puder fazer corretamente, cumpre que o faça por intermédio de seus ministros. Esses ministros somente lhe pertencerão se ele os nomear; assim, é uma máxima fundamental desse governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados.

No entanto, atualmente, segundo Bobbio, deve-se dizer o contrário: “o povo não pode fazer nada sozinho, mas deve deixar tudo a seus ‘ministros’, ou seja, a seus representantes.”¹²

⁹ TOURAINE, Alain. *Crítica à modernidade*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002, p.367.

¹⁰ Segundo afirma Sarlet: “Mesmo sendo possível sustentar que a dignidade da pessoa se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.22-3.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p.76.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.421. A propósito, sobre democracia indireta preleciona Marcelo Figueiredo, aduzindo: “A democracia representativa deve ser repensada e rediscutida; os partidos políticos devem sofrer profundas mudanças de modo a poder aglutinar os

Se o cidadão possui o direito público subjetivo de votar e escolher seus representantes, não quer isso dizer que esse direito deva ser usado no seu próprio e exclusivo interesse. Não. Ele tem o dever de considerar os interesses gerais da sociedade, daí não lhe assistir o direito de ajudar a eleger um conhecido predador do patrimônio público, pois, este, não irá representar somente aqueles que nele votaram, nem, tampouco, sua administração ou legislação destinar-se-á apenas ao seu grupo de apoio, disso resultando que os prejuízos que vier a ocasionar atingirá a coletividade como um todo. Como aponta Jorge Miranda, os deveres fundamentais são simétricos aos respectivos direitos, “quer dizer, as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder público ou, por decorrência de direitos ou interesses difusos, a certas pessoas perante outras.”¹³

Nesse contexto é que avulta a importância dos princípios constitucionais, que devem ser levados em máxima conta, a fim de que os verdadeiros anseios do povo se concretizem através do pleno exercício dos direitos políticos.¹⁴

3.1 Princípios da moralidade/probidade administrativa

O Direito está a serviço da Justiça e as normas jurídicas se destinam à proteção de valores tais como os da verdade, do certo, do bom, da liberdade, da igualdade dos homens, assim como dos bens e valores da coletividade, seus costumes e sua paz. Não há Direito desprovido da moral. Se uma norma se afastar dos princípios morais ela não pode prevalecer, porque o essencial do Direito é o justo, o ético que visam atender aos seus objetivos. A ética é um patrimônio da humanidade.¹⁵ Conceber uma sociedade vivendo e convivendo à margem de normas de conduta moral que disciplinem suas relações intersubjetivas é puro *niilismo*. A

interesses populares; os *modelos de participação pública no poder* devem ser repensados de modo a que o Estado possa democratizar-se pelas bases, sem o que o poder cada vez mais corre o risco de representar apenas o interesse do *establishment e das elites* (destaques no original). *Os desafios do direito constitucional brasileiro: continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania*. Revista Latino-Americana de estudos constitucionais, Nº 1. jan./jun. de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 578).

¹³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis, livro II, cap. II*. São Paulo: Martins Claret, 1999.

¹⁴ Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz averba: “[...] a hermenêutica constitucional só atinge a plenitude do seu conceito e dos seus objetivos desvelando o inesgotável conteúdo de liberdade de que a Constituição possui, porque, obra cultural, é feita pelo homem e para o homem e não para atender a interesses particularizados de uma classe ou de um segmento não comprometido com a idéia de justiça social.” DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos, op. cit., 2002, p.20.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p.364.

moral é princípio constitucionalmente positivado, revestindo-se de caráter imperativo, eficácia plena e objetiva exigência.¹⁶

A moralidade da Administração tem por objetivo disciplinar a conduta dos agentes públicos de todos os níveis e esferas dos três poderes, bem como a dos particulares que com ela se relacionem e, bem assim, os meios de exercê-la. Tanto os atos vinculados quanto os discricionários acham-se sujeitos ao princípio. Tem ela por objetivo, portanto, ordenar a atuação das instituições e a de seus membros, estabelecendo critérios para aperfeiçoar suas atividades de modo a que o interesse público seja atendido dentro de um conceito de honestidade e retidão de caráter capaz de transmitir a indispensável confiança aos administrados. Ela exprime o sentido do dever de *melhor administrar*, o que ultrapassa a idéia de *bem administrar*, consubstanciado nos valores da impessoalidade, lealdade, equidade, veracidade, eficiência, lisura e boa fé.

Consoante o pensamento de José Augusto Delgado, a moralidade é um atributo, ao lado da licitude, da possibilidade e da certeza, que deve presidir o nascimento e posterior desenvolvimento de qualquer ato administrativo. Este, conseqüentemente, não deve contrariar nenhum princípio de ordem ética que impere em determinado organismo social, sob pena de não lhe ser reconhecido como válido¹⁷. Mesmo porque, deve-se acrescentar que a moral, axiologicamente considerada, relaciona-se com a idéia de justiça, daí ser correto entender que tudo o que é justo o é porque se acha conformado com a ética e a moral. Ou seja, não se concebe justiça desgarrada da ética e da moral, enquanto o direito positivo, contrariamente, pode derivar de leis imorais, injustas e eticamente condenáveis.

Exemplo claro disso são os governos ditatoriais, os quais podem se conduzir nos estritos limites da legalidade – e geralmente o fazem –, o que não os transforma, absolutamente, em governos legítimos, revestidos de conteúdo ético-moral.

Germana de Oliveira Moraes, após analisar os vários conceitos selecionados, elabora a sua própria definição, averbando que:

A moralidade administrativa está associada, finalisticamente, à prossecução do interesse público em razão do qual se atribui a competência administrativa, de que

¹⁶ A respeito da moral Cármen Lúcia Antunes Rocha reconhece que “[...] o conteúdo justo do Direito não pode ser atendido apartado do sentido moral que deve prevalecer em todas as relações humanas, sob pena de deixarem eles de ter este traço de humanidade.” ROCHA Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.181.

¹⁷ DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 680, p.40, jun. 1992 (Doutrina Cível).

não se pode afastar, e, metodologicamente, à atenção pelo agente público titular desta competência, de valores como veracidade, honestidade, lealdade e confiança, na expectativa de que sua conduta, sob o ponto de ético, seja a de um homem comum – sincero, honesto e leal, em quem se possa confiar, e consentânea com os valores aceitos socialmente naquele momento.¹⁸

Os pressupostos da doutrina da moralidade administrativa é creditada por todos a Maurice Hauriou, que dela cuidou em sua obra *Précis de droit administratif et de droit public*, de 1927, para quem a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum, ela seria uma “moral qualificada” extraída do interior da Administração, correspondendo à capacidade de distinguir entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o honesto e o desonesto, enfim, os pressupostos institucionais para conferir validade aos atos administrativos. Qualificada por não se confundir com a moral comum, em virtude do objetivo desta ser o de atender aos interesses privados do homem na sua busca de libertação, enquanto aquela tem por finalidade a realização dos interesses, necessidades e utilidades da convivência política.¹⁹

Não obstante, essa noção de moralidade e princípios éticos que enseja a preocupação de construir uma cultura de honestidade que possibilite uma convivência coletiva e respeito à liberdade e a igualdade, preservando a dignidade da pessoa humana, esteve presente na mente dos filósofos desde a antiguidade, tendo a história registrado e nos legado lições de extraordinário conteúdo de verdade ética que são usadas até hoje como exemplo a seguir, dada sua natureza insuperável.

É interessante resgatar um pouco do pensamento daquela época, o que se faz iniciando por Cícero, famoso filósofo romano. Com efeito, Cícero fala acerca da probidade na gestão pública e revela aqueles princípios superiores, os quais, em verdade, representam os valores da ética que as civilizações têm procurado cultivar. Observa ele, citando Platão:

Os que estiverem encarregados dos assuntos públicos observem dois preceitos de Platão: manda o primeiro que protejam o interesse dos cidadãos de modo tal que, façam o que façam, sempre levem em conta esse interesse, esquecidos do seu próprio. Pelo segundo, ocupem-se com todo o corpo da república e nunca, ao proteger uma parte, esqueçam as outras. Como na tutela, a república deve ser gerida tendo em mira a utilidade dos administrados e não dos administradores.²⁰

¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., 1999, p.117.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p.79, afirma que “Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.

²⁰ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Livro I, XXV. 85. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

O zelo com a administração dos negócios públicos, porque são comuns a todos, inspirava sérios cuidados, havendo Cícero se manifestado sobre honestidade aduzindo que, se cada um despojar ou prejudicar o outro em benefício próprio, fatalmente se romperá a sociedade do gênero humano, que é a que mais se ajusta à natureza. Logo em seguida ajunta:

Ora, por certo que isso não se dá apenas por força da natureza, isto é, pelo direito das gentes, mas também em virtude das leis dos povos que sustentam a coisa pública em cada cidade. Elas preceituam igualmente que não é lícito prejudicar os outros em benefício próprio. Eis, de fato, o que desejam e almejam as leis: que a comunidade dos cidadãos permaneça incólume e que quem as infringir seja punido com morte, o exílio, a prisão ou a multa.²¹

Comparato, tratando do princípio da equidade e sua vinculação com os valores, assegura que Aristóteles os considerava mais elevados do que aqueles encontrados na lei escrita, dizendo que afirmara o estagirita:

É, assim, razoável ou equitativo ser indulgente com as fraquezas humanas; ater-se não à letra da lei, mas à intenção do legislador; não ao fato praticado pelo réu, mas à sua intenção de praticá-lo; não à parte, mas ao todo; não ao homem atual, mas a toda a sua vida pregressa.²²

Cumprе destacar que a democracia ateniense exigia investigação sobre a probidade do candidato a uma função pública, sendo, por extensão, examinada também à de sua família. Fustel de Coulanges destaca sobre isto o seguinte:

Essas funções eram anuais, o que resultava em que não havia quase quem não esperasse, a seu tempo, exercer alguma magistratura. Os magistrados sacerdotes eram escolhidos pelo sorteio. Os magistrados que só exerciam funções de ordem pública eram eleitos pelo povo. Todavia, tomava-se precauções contra os caprichos do sufrágio universal ou da sorte; cada novo eleito era examinado, quer perante o Senado, quer perante o Areópago; não se lhes exigia prova de capacidade ou de talento, mas procedia-se a inquérito sobre a probidade do candidato e de sua família; também se exigia que todo magistrado tivesse seu patrimônio em bens de raiz.[...] É bom dizer que, depois do pronunciamento da sorte, cada nome era examinado e, se não parecesse suficientemente honrado, era rejeitado.[...] Não só todo magistrado ateniense devia prestar contas ao expirar o seu cargo, como, durante o próprio ano de sua magistratura, podia ser destituído por um voto do povo.²³

Por sua vez, Cármen Lúcia Antunes recorda que desde a Antiguidade havia a preocupação em que o agente público, aquele que disputasse cargo público, fosse *cândido*, isto é, no sentido de não possuir nenhuma mácula, derivando daí a palavra *candidato*, que até hoje é amplamente utilizada. E mais adiante complementa a autora assegurando, “A moralidade administrativa impõe a retidão do agente público como norma de Direito a ser

²¹ Ibid., L. III, v.21., p.23.

²² COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2006, p.488.

²³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.354-5.

acatada intransigentemente, tendendo elas para os fins jurídicos especificados. É a retidão da finalidade e dos meios para a ela se chegar que caracteriza a moralidade administrativa.”²⁴

O princípio da moralidade administrativa originou-se do princípio da legalidade, em virtude da percepção de que o simples fato de existir leis não garantia a devida proteção exigida pelos interesses públicos da convivência honesta. Sem dúvida, constatado que a lei, sozinha, não era capaz de impedir o desvio de finalidade sistematicamente praticado, o recurso ao princípio da moralidade foi o grande passo, se se considerar que, a rigor, além do elemento *finalidade* que lhe é próprio, também lhe cabe conferir se os demais elementos do ato administrativo (legalidade, motivo, forma, competência e objeto) estão conforme seu próprio conteúdo, consistente dos valores da honestidade, boa-fé, veracidade, lhanza, e probidade. Assume o princípio da moralidade, neste contexto, uma função positiva (eleger a conduta honesta do agente) e outra negativa (limitação, restrição das ações). A propósito, José Afonso da Silva adverte:

A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa.²⁵ (Grifo do autor).

Enquanto para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio se vincula aos valores da *boa-fé e da lealdade*.²⁶

O princípio da moralidade está previsto expressamente no texto constitucional como princípio geral da Administração Pública, significando isso que a atividade do Estado, em sua globalidade, ou seja, todos os órgãos, em qualquer nível, submetem-se à sua orientação, incluindo-se neste universo os particulares que se relacionam com o poder público. Destaca-se dos outros princípios constitucionalmente positivados, em face da exigência intransponível de a ele TODA atuação administrativa ficar substancialmente assujeitada, sob pena de invalidade dos atos praticados. Assim, todas as normas, incluindo os demais princípios, explícitos e implícitos, têm de conformar-se com as exigências da moralidade.

Mas, não só na Constituição se encontra exposto o princípio da moralidade, cumprindo lembrar que o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, ante a premissa de que os valores da ética, da probidade e

²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.190-2.

²⁵ SILVA, José Afonso, op. cit., 2002, p.648.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 2000, p.91.

honradez devem estar presentes não só quando do ingresso no serviço público, mas, é preciso também para nele permanecer, contextualizou de forma a tornar expresso o dever e dificultar mais ainda seu descumprimento, deixando explícito no capítulo I, seção I, nº II, que:

O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal.

Acha-se também disposto na Lei nº 9.784/99, que cuida do processo administrativo disciplinar, a determinação, no art. 2º, parágrafo único, inciso IV, para que o agente público se conduza segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

O princípio da moralidade tem por objeto a *moralidade administrativa*, entendida esta como preceito que vai além da moral comum, condicionando o atuar institucional vinculado e discricionário, daí que, mesmo quando o agente atua em proveito da própria administração, não poderá se desviar dos valores morais existentes, porque os fins não justificam os meios, circunstância evidenciada por Hely Lopes Meirelles, como se infere de suas palavras:

[...] tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que despreza a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura mera vantagem para o patrimônio reservado à sua guarda.²⁷

Restrita parcela da doutrina entende que o princípio da moralidade está inserido no princípio da legalidade, ao argumento de que se há imoralidade, portanto, vícios ou desvio de poder na realização do ato administrativo, então resta configurada a ilegalidade com violação da norma jurídica.

Destarte, não parece acertada essa posição, eis que, os elementos essenciais do princípio da moralidade conduzem ao entendimento de que ele realmente possui autonomia em relação a qualquer dos demais princípios, porquanto seu pressuposto de validade é obrigatório e seu campo de atuação é mais abrangente do que o do princípio da legalidade, do qual se originou, e sua aplicação independe da ocorrência de dano patrimonial.²⁸

Não há dúvida, a grande maioria dos doutrinadores defende que a autonomia do princípio da moralidade se acha estreme de dúvidas, prelecionando Maria Sylvia Di Pietro,

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.84.

²⁸ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p.57.

que o princípio da moralidade possui autonomia e não pode ser considerado vinculado ao princípio da legalidade, tendo em vista que a Constituição de 1988 faz expressa e distinta menção aos princípios da moralidade, e da legalidade, e, no § 4º do mesmo art. 37, prevê a punição do ímprobo com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Demais disso, ampliou as hipóteses passíveis de ação popular previstas no art. 5º, inciso LXXIII, dentre estas as que ofendam a moralidade administrativa. Há também, por seu turno, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, especificamente destinada à alteração do § 9º, do art. 14 da Constituição, para nele inserir a probidade administrativa e a moralidade como condições para o exercício do mandato, objetivos estes a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades.²⁹ José Afonso da Silva tem a moralidade como princípio autônomo, pelo que aduz:

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moral ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moral administrativa.³⁰ (Grifo original).

Segundo José Augusto Delgado, o princípio da legalidade impõe que o administrador aja nos estritos limites da lei, não lhe sendo exigido mais do que conformar seu ato com o mandamento legal, estando dispensado de perquirir dos motivos determinantes contidos na norma. Diversamente ocorre com o princípio da moralidade que lhe exige um comportamento que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração. Mais adiante sintetiza, objetivamente:

Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.³¹

Entende Alexandre de Moraes, identicamente, que o princípio da moralidade se acha em posição autônoma em relação aos demais, como se pode colher de suas palavras:

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., 2000, p.79.

³⁰ SILVA, José Afonso, op. cit., 2002, p.648.

³¹ DELGADO, José Augusto, op. cit., 1992, p.35.

[...] não bastará ao administrador o estrito cumprimento da legalidade, devendo ele, no exercício de sua função, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.³²

O princípio da moralidade, que era princípio geral do Direito, ressalte-se, foi elevado a *status* de princípio constitucional material pela específica e objetiva razão de melhor proteger a Administração – leia-se, os bens e interesses de toda a coletividade – contra os predadores da *res publica*. A par disso, também a inarredável necessidade de ser mantida a confiança dos administrados nos governantes, pois, esta é a chave do sistema democrático contemporâneo³³, e, é somente assim que a administração se legitimará. É dizer, só a moralidade, a honestidade e o decoro conferem legitimidade à Administração Pública, porquanto, o Estado não é um fim em si mesmo; ele foi criado para realizar os objetivos sociais, e, estes, somente serão atingidos se houver compromisso ético daqueles que são responsáveis pelo cumprimento de tais propósitos.

A visão de Cármen Lúcia Antunes é no sentido de que o princípio da legalidade cedeu espaço ao princípio da juridicidade, tendo em vista que, o administrador não se submete tão-só à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios diversos da lei formal.³⁴

Dentre os princípios que a Constituição Federal escolheu para disciplinar a Administração se encontra o princípio da probidade administrativa, expresso no art. 37, § 4º, mantendo, por outro lado, no art. 85, inciso V, a exigência do respeito à probidade pelo Presidente da República, sob pena de responder por crime de responsabilidade, no entanto, a doutrina é pacífica quanto ao fato de que, não obstante sua relativa autonomia, na verdade, ele está contido na moralidade:

Conquanto cuidem ambos da ética no exercício dos cargos públicos, a moralidade e a probidade administrativa distingue-se no sentido de que a probidade é qualidade inerente à conduta do indivíduo, vale dizer, atitude de respeito total a bens e direitos ou interesses alheios, constituindo, assim, ponto essencial para a integridade do

³² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p.312.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.25.

³⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha salienta que: “Por outro lado, há que se enfatizar que o princípio da juridicidade, constitucionalmente posto, expressa ou implicitamente, no Estado Democrático de Direito, não vincula o Estado apenas em sua atividade administrativa. Ele comparece ao sistema vinculando à juridicidade todas as funções desempenhadas pela pessoa estatal [...]. O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulado de “juridicidade da administração” adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático de Direito, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.79-80.

caráter do indivíduo³⁵. Significa, pois, a honestidade, decência e competência no exercício de cargos e funções públicas.³⁶

É uma dimensão³⁷ do princípio da moralidade.³⁸ Isto é, a moralidade representa um princípio maior, é um *superprincípio* que abarca o princípio da probidade, caracterizando-se este, então, como um *subprincípio* ou uma espécie da qual o gênero é a moralidade.³⁹

A probidade administrativa para José Afonso da Silva, é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o *ímprobo* com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º). Diz ele que se cuida de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem a outrem.⁴⁰ Para Wallace Paiva Martins Júnior:

A probidade deriva da moralidade, resultando que, a norma constitucional criou um *subprincípio* ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa, o qual assume, de forma paralela, o contorno de um direito subjetivo público a uma *administração proba e honesta* [...] tem por função instrumentalizar a moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa a moralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado.⁴¹ (Grifo no original).

Percebe-se que a evolução do disciplinamento do princípio da moralidade teve por motivo a consciência de que os abusos e desmandos praticados habitualmente na esfera administrativa estavam gerando uma situação intolerável para a sociedade, mormente pela ausência de qualquer reação efetiva para controlar a corrupção e atribuir responsabilidade aos infratores. Em sendo correto esse raciocínio, parece razoável concluir que a corrupção é o principal objeto perseguido pelo princípio da moralidade administrativa, em todos os órgãos e níveis dos poderes, por ser através dela que os grupos criminosos ou mesmo os indivíduos isoladamente chegam às instituições e conseguem seus objetivos ilícitos, enriquecendo e se locupletando em detrimento do grupo social.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002, a respeito da questão de bem cuidar dos bens e recursos públicos, zelando pela moralidade.

³⁶ Para Cármen Lúcia Antunes, a distinção entre os dois princípios é bastante evidente: “Significa, pois, a honestidade, decência e competência no exercício de cargos e funções públicas. O homem proba é o que pode e deve concretizar o princípio da moralidade administrativa, pois imbuído está ele das condições de caráter que o predispõe à função pública. A moralidade administrativa tem sentido mais amplo e profundo, atinge todas as instituições que compõe a entidade estatal e abrange o conjunto de normas que aperfeiçoam todos os elementos que integram os valores juridicizados de dever, honestidade, eficiência, justeza e justiça no trato da coisa pública e na prestação das atividades administrativas.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.226-7.

³⁷ MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., 1999, p.121.

³⁸ Considera Freitas, “que o princípio da moralidade é maior, é um superprincípio abarcando o da probidade, eis que não fica adstrito tão-somente às regras internas da administração, mas, indo além para alcançar os padrões éticos da cultura de probidade, da honradez, independente do aspecto da legalidade.” FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.68.

³⁹ BAHENA, Kele Cristina Diogo, op. cit., 2008, p.168.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.649.

⁴¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.111.

Se a corrupção é tão velha quanto o mundo, as tentativas de combatê-la também não são novas, todavia, no jogo jogado entre a corrupção e a moralidade parece que esta última perde mais do que ganha. Sobre esse aspecto a visão de Robert Klitgaard é bastante esclarecedora: “Quando a corrupção se difunde, autoridades e cidadãos desperdiçam energias potencialmente produtivas na busca de rendimentos corruptos. O caso limite ocorre quando a corrupção fica tão sistematizada que os cidadãos comuns têm de se corromper para poder viver.”⁴²

Seria truísmo afirmar que a preocupação com a ética dos agentes públicos é uma questão que remonta à antiguidade, todavia, é interessante sublinhar que a corrupção nunca envelhece e muito menos morre. Ela se renova, adquire a cada dia novas feições e formas mais sofisticadas de atuação, utiliza-se de instrumentos e de mecanismos modernos e globalizados para se desenvolver com maior perfeição, agilidade e elevação dos ganhos com segurança para seus beneficiários.

No Brasil, construiu-se uma *cultura da corrupção*, onde se tem visto sempre prevalecer o abuso e descontrole administrativos, permitindo-se uma completa promiscuidade do público com o privado, comportando-se o administrador como se a coisa pública fosse de sua propriedade, transformando a função em instrumento para obter todo tipo de vantagens, devotando completo desprezo aos valores que por dever lhe cabe defender. É dizer, os corruptos não tomam posse no cargo, tomam posse do cargo. Os fins que justificam o Estado e o próprio cargo assumido são desprezados em benefício dos interesses próprios ou de grupos.

Diante da realidade brasileira, é falaciosa a afirmação de que não há mais corrupção hoje do que antes, o que há é tão-somente maior divulgação, daí a noção equivocada de que se pratica mais corrupção, quando, na verdade, ela sempre existiu, talvez até em grau mais elevado. Ou seja, deixa estar, porque sempre foi assim. Este é um pensamento perverso para com a sociedade e para com o próprio país, na medida em que escamoteia a verdade e alimenta a cultura do “vale a pena levar vantagem”, porque isso revela apenas esperteza e inteligência para progredir na vida. Para esse tipo de pessoa o que é público não tem dono; é de quem chegar primeiro, nisso residindo o despreço pelo “outro” e a completa indiferença pela miséria e abandono a que são levadas tantas pessoas.

⁴² KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p.63.

Não há desculpa para tal comportamento, porque não se pode conferir o benefício da dúvida pela eventual ignorância sobre o fato de ser o Estado apenas o meio para alcançar o bem-estar de sua coletividade. Isto é, de todos, e não de apenas alguns privilegiados. A noção de responsabilidade para com os outros, quer pessoas, quer interesses da sociedade, é o que pode levar à consciência dos deveres, cuja importância ressalta Francisco Gérson Marques:

É pelos deveres que se pode sustentar seguramente a eticidade imprescindível nas relações jurídicas e não-jurídicas; os valores que elevam os seres humanos, considerando a proximidade dos deveres com as virtudes; e a participação política dos cidadãos, tão essencial ao desenvolvimento da Nação.⁴³

A corrupção está presente em todos os setores da vida pública, e isso é um fato, mostrando-se cada vez mais ousada, com seus agentes atuando claramente e sem o mínimo constrangimento, desprezando todos os valores que a sociedade elegeu como princípios que haverão de reger as relações intersubjetivas. Desafiam abertamente as autoridades, confiantes nas deficiências e frouxidão do sistema que lhes garante a impunidade. Por outro lado, merece considerar a peculiaridade do regime que, a despeito de ser constatada a ilegitimidade do mandato conquistado nas urnas, não é estabelecido um vínculo jurídico entre o eleitor e o eleito, ou seja, não pode o eleitorado cassar o mandato do eleito, restando-lhe apenas a responsabilidade política consistente na possibilidade de rejeitá-lo numa futura candidatura.⁴⁴

Se dentro das instituições públicas a corrupção se acha inserida causando deletérios prejuízos, com maior intensidade ela se encontra na política, especialmente pelo regime democrático representativo adotado, que enseja a realização periódica de eleições, e, por conseguinte, demanda campanhas eleitorais para angariar votos, o que oferece oportunidades para os candidatos abusarem do poder econômico e do poder político viciando a vontade do eleitorado através da compra de suas consciências.

O financiamento de campanhas é o meio que mais se presta para desenvolver a corrupção pública, considerando-se que qualquer que seja a origem do dinheiro (lícito), mesmo que do próprio bolso do candidato, naturalmente ele terá de retornar aos cofres de quem pagou, pois, é ingênuo pensar que alguém se disponha a investir num candidato sem esperar o retorno dos recursos empregados, o fazendo somente por civismo, por acreditar seriamente que aquela pessoa representa o melhor para o bem comum. Justamente, a

⁴³ LIMA, Marques de Francisco Gérson. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson M. de; BEDÊ, Fayga S. (Coord.). *Constituição e democracia – estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.185.

⁴⁴ A respeito consulte KELSEN, Hans, op.cit., 2000b, p.416.

corrupção na origem do acesso ao cargo político desencadeia um processo que não mais pode ser interrompido, porque as práticas administrativas subseqüentes que irão ser desenvolvidas serão destinadas ao atendimento dos “compromissos” assumidos, ficando o interesse da coletividade totalmente desprezado, vindo a ser o povo, e suas necessidades, muito bem lembrado somente no próximo período eleitoral.

Não se quer com isso dizer, evidentemente, que o vício esteja no próprio regime democrático, pois, este (o vício) radica é na realização do sistema. As leis, de modo geral, contêm substrato de moralidade e ética, o problema se dá no momento de sua aplicação; é aí que os desvios se apresentam, ora camuflados por aparente normalidade, ora visivelmente deturpando o sentido das normas.⁴⁵ A corrupção é uma realidade axiomática, e como bem atenta José Adércio L. Sampaio:

A corrupção e a dominação privada do Estado, por sua vez, lançam gases venenosos sobre a única modalidade de direitos que parecem avançados, os políticos, reduzindo a crença na esfera pública democrática, passo primeiro para a precipitação do ‘engodo autoritário’. Pesa talvez mais do que a inversão dos direitos supostamente realizados, a cultura do imobilismo serviçal da sociedade à autoridade. Aliás, a inversão nela encontra explicação e refúgio.⁴⁶

⁴⁵ A corrupção, como já foi mencionado, vem acompanhando o homem na evolução dos tempos, renascendo sempre após um combate, como uma fênix, mas com características que jamais mudam, podendo-se aferir acerca desse fenômeno dBo histórico do Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia, de Padre Antônio Vieira: “Encomendou el-rei D. João, o Terceiro; a S. Francisco Xavier o informasse do estado da Índia por via de seu companheiro, que era mestre do príncipe: e o que o Santo escreveu de lá, sem nomear ofícios, nem pessoas, foi que o verbo *rapio* na Índia se conjugava por todos os modos. A frase parece jocosa em negócio tão sério; mas falou o servo de Deus, como fala Deus, que em uma palavra diz tudo. [...] O que eu posso acrescentar, pela experiência que tenho é que não só do Cabo da Boa Esperança para lá, mas também das partes de quem se usa igualmente a mesma conjugação. Conjugam por todos os modos o verbo *rapio*; porque furtam por todos os modos da arte, não falando em outros novos e esquisitos, que não conheceu Donato, nem Despautério. Tanto que lá chegam, começam a furtar pelo modo indicativo porque a primeira informação que pedem aos práticos é que lhe apontem e mostrem os caminhos por onde podem abarcar tudo. Furtam pelo modo imperativo porque como têm o mero e misto império, todo ele aplicam despoticamente às execuções da rapina. Furtam pelo modo mandativo porque aceitam quanto lhes mandam; e para que mandem todos, os que não mandam não são aceitos. Furtam pelo modo optativo porque desejam quanto lhes parece bem; e gabando as coisas desejadas aos donos delas, por cortesia sem vontade as fazem suas. Furtam pelo modo conjuntivo porque ajuntem o seu pouco cabedal com o daqueles que manejam muito; e basta só que ajuntem a sua graça, para serem, quando menos, meeiros na ganância. Furtam pelo modo potencial porque sem pretexto, sem cerimônia usam de potência. Furtam pelo modo permissivo porque permite que outros furtem, e estes compram as permissões. Furtam pelo modo infinito porque não tem fim o furtar com o fim do governo, e sempre lá deixam raízes, em que se vão continuando os furtos. Estes mesmos modos conjugam por todas as pessoas; porque a primeira pessoa do verbo é a sua, e as segundas os seus criados e as terceiras, quantas para isso têm indústria e consciência. Furtam por todos os tempos porque do presente (que é o seu tempo) colhem quanto dá de si o triênio; e para incluírem no presente o pretérito e o futuro, do pretérito desenterram crimes, de que vendem os perdões e dívidas esquecidas, de que se pagam inteiramente; e do futuro empenham as rendas, e antecipam os contratos, com que tudo o caído, e não caído lhe vem a cair nas mãos. Finalmente, nos mesmos tempos não lhes escapam os imperfeitos, perfeitos, mais que perfeitos, e quaisquer outros, porque furtam, furtaram, furtavam, furtariam e haveriam de furtar mais, se mais houvesse”. VIEIRA, Padre Antônio. *Sermões escolhidos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.125-6.

⁴⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.353. Depois, na página seguinte, averba o autor ainda sobre a corrupção, que ela tem origem no colonialismo, vez que, com a

Mais adiante, José Adércio assinala:

O Estado como instituição é visto como espaço de privilégio e de corrupção, como um *outro* e não como um alterego social. O Estado é o espelho do vampiro para uma sociedade vampirizada que não se vê nele quando episodicamente resolve olhá-lo de frente.⁴⁷

As observações de Mateus Bertoncini, embora discorde da afirmação de haver uma “cultura da corrupção”, revela muito bem a realidade que permeia as relações entre o público e o privado, o que, na verdade, é um fato bastante conhecido:

Essa história deturpada, denominada ‘cultura da improbidade administrativa’, é responsável pela mencionada apatia da sociedade brasileira aos casos de corrupção, de que já falava Ruy Barbosa e Francisco Bilac Moreira Pinto. Decorrido mais de um século de Brasil República, forma de governo que pressupõe a alternância no poder e a responsabilidade dos mandatários, a corrupção continua a desvirtuar as relações entre o Estado e a Sociedade, numa clara distorção da relação que deve existir entre o interesse público e o interesse privado, na qual este, nas situações de conflito com aquele, por deficiência moral de uma parcela dos agentes públicos, encontra ressonância junto a essas autoridades, preponderando em relação e em detrimento da coletividade, tudo como se fosse algo absolutamente normal e permitido, percepção da realidade que vem sendo historicamente realimentada por esse ‘regime de impunidade’.⁴⁸

Com efeito, a improbidade e a corrupção generalizadas têm se mostrado como um imenso desafio que o Brasil tem procurado enfrentar através de diversos instrumentos normativos destinados a combatê-las, visto que estas se revelam como os piores inimigos, na medida em que solapam todos os esforços despendidos na construção de uma sociedade mais justa.

Vários instrumentos legais têm sido adotados, tais como a Lei nº 8.429/92, conhecida como a Lei da Improbidade; a Lei nº 8.730/93, que obriga a declaração de bens e rendas para quem vai exercer cargos, empregos ou funções nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; a Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal – que impõe limites de gastos aos Poderes; a lei nº 9.840/99, conhecida como a Lei dos Bispos ou Lei

dominação pode-se dizer “Com certa razão, pois o ‘pacto da sociedade’ se firmou entre as elites numa espécie de retalheamento do poder e da riqueza, enquanto o “pacto da submissão” foi o que sobrou para que os sem nada ou quase nada da mãe gentil pudessem ter algum tipo de proteção, algum reconhecimento pela ordem jurídica, tendo em vista os riscos de, a não aceitarem, serem apenas espaços de indiferença, pura biologia sem razão diferencial a justificar titulação pelo Direito. Em seguida, citando Teresa Sales (Raízes da desigualdade social...), acrescenta, ‘Na gênese de construção de nossa cidadania está vinculada, contraditoriamente, a não cidadania do homem livre e pobre’. Essa cidadania vinha como dádiva, pois o homem pobre ‘dependia dos favores do senhor territorial, que detinha o monopólio privado do mando, para poder usufruir dos direitos elementares de cidadania civil”.

⁴⁷ Ibid., 2004, p.353.

⁴⁸ BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.31.

contra a Corrupção Eleitoral, que acrescentou à lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições - o art. 41.A, que trata da captação ilícita de sufrágio, e o § 7º, do art. 73, atribuindo o caráter de improbidade administrativa às condutas vedadas aos agentes públicos.

Demais disso, a própria Constituição Federal cuidou de estabelecer maior rigor no trato das questões pertinentes à probidade, prevendo, no art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Por seu turno, o art. 85, inciso V, da Carta Magna estabelece punição para o Presidente da República, considerando crime de responsabilidade o atentar contra o princípio da probidade.

Ademais, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 31 de maio de 1994, acrescentou ao § 9º, do art. 14, mais exigências acerca das causas de inelegibilidades dispendo, expressamente, que lei complementar deverá estabelecer outros casos de inelegibilidade, com o fim de proteger a probidade e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, o que será feito considerando a vida pregressa do candidato.

A par desses instrumentos jurídicos, e, inspirado na necessidade de combater eficazmente a corrupção, sendo esta uma preocupação que atinge os Países em nível global, o Brasil assinou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, celebrada em 29 de março de 1996, em Caracas-Venezuela, promulgada pelo Decreto 4410, de 07 de outubro de 1996.

Com semelhante objetivo, também é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 348/2005, ratificada pelo governo brasileiro em 15 de junho de 2005, entrando em vigor em 14 de dezembro de 2005, Promulgada pelo Presidente da República através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Atente-se para o fato de que o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal prescreve que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Lembrando que o termo “tratado” é genérico, juntamente com as expressões pacto e convenção. A própria Convenção de Viena de 1993, sobre o Direito dos Tratados, considera que Acordo internacional é o gênero, do qual os tratados, os pactos e as convenções são espécies.

Observa-se que esses mecanismos internacionais passaram a integrar a legislação interna brasileira, encontrando-se em plena vigência, merecendo destacar que o conteúdo de ambos revela idêntica preocupação pelo fato da corrupção ser um mal que atinge indistintamente e de modo generalizado a todas as Nações, daí o intuito de união para a conscientização e o fortalecimento das propostas de luta, construindo um sistema de cooperação eficiente cujo objetivo é precisamente o enfrentamento de um problema transnacional, que não reconhece fronteiras, e, em face disso, somente poderá ser debelado se forem adotadas medidas preventivas, somadas àquelas de inteligência para haver fiscalização eficiente, assim como a adoção de enérgica punição aos responsáveis, jamais se permitindo tergiversar com a impunidade, que sabidamente é o seu maior incentivo.

Mesmo considerando que estas Convenções são instrumentos não dotados propriamente de força coercitiva, já que não são portadores de executividade direta, vez que são espécies de *normas programáticas*, no entanto, obrigam os Estados signatários a adotarem as medidas necessárias para dar efetividade aos compromissos assumidos, e, a par disso, funcionam como poderoso mecanismo de promoção das políticas ali indicadas, haja vista que o Estado signatário se submete ao constrangimento de ser julgado e censurado externamente pelo ocasional descumprimento dos compromissos assumidos.

Sem dúvida, não se trata de meras pautas-ético-políticas, pois, no momento em que o Estado adere a um instrumento internacional, ele está abrindo mão de parte da sua soberania, posto que se obriga a permitir ser investigado sobre o cumprimento dos pactos assinados e a submeter-se às sanções eventualmente previstas.⁴⁹

Contudo, é preciso ter em mente que a partir da adesão do Brasil a um instrumento internacional, esse instrumento passa a integrar a ordem jurídica interna, ou seja, se reveste da natureza de lei nacional, para todos os efeitos de eficácia e efetividade. E, quando se cuida de

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2006, p.40-1.

tratados de direitos humanos, por força do art. 5º, § 1º da Constituição, sua aplicabilidade há de se dar de forma direta e imediata.⁵⁰

Que a corrupção existe em todo o mundo é um fato, porém, o que é preciso compreender é a que nível se chegou, para daí haver uma reflexão sobre a gravidade e as conseqüências dela decorrentes, e, em seguida enfrentar o desafio de combatê-la eficazmente, superando os falaciosos dogmas do “rouba, mas faz”, ou, “sempre foi assim”, demonstrando as instituições que não mais haverá tolerância e as leis serão devida e efetivamente aplicadas.

Os Preâmbulos das duas Convenções dão mostras do nível de corrupção existente e dos prejuízos que causa a todos, disso resultando a decisão dos Estados signatários firmarem tais documentos.⁵¹ Tanto a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, quanto a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁵² têm por finalidade estabelecer um acordo quanto às

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p.146.

⁵¹ CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. Preâmbulo: Os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, Convencidos de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; considerando que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; persuadidos de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios de gestão pública e deterioração da moral social; reconhecendo que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins; convencidos da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; reconhecendo que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; convencidos da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam frutos desses atos; profundamente preocupados com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis; tendo presente que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e decididos a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

⁵² CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Preâmbulo. Os Estados Partes da presente convenção; preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinqüência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos; convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação para preveni-la e lutar contra ela; convencidos, também, de que se requer um esforço amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção; convencidos, ainda, de que a disponibilidade de assistência técnica pode desempenhar um papel importante para que os Estados estejam em melhores condições de poder prevenir e combater eficazmente a corrupção, entre

medidas a serem adotadas e as parcerias firmadas no sentido de cooperação internacional cuja meta é precisamente a união de esforços comuns contra um inimigo que desconhece fronteiras e tem adquirido um poder de penetração nas instituições públicas capaz de “derrubar” um Estado.⁵³

Justifica-se a transcrição, em nota de rodapé, do conteúdo dos preâmbulos das Convenções e do primeiro artigo, para demonstrar que o fenômeno não é exclusivo do Brasil, todavia, é um problema de grandes proporções que atinge de uma forma mais intensa ou em menor nível todas as Nações, razão pela qual não é razoável fechar os olhos e virar as costas, ao descompromissado e falso argumento de que o problema “não tem essa dimensão” e a culpa desse equívoco cabe aos meios de comunicação que se encarregam de divulgar somente o que acontece de ruim.

Todo aquele que assumir um cargo ou função pública em qualquer das esferas dos três Poderes estatais tem o dever inarredável de se comportar com dignidade, ética, honradez e probidade, porque este é o seu dever, e é, no mesmo passo, um direito público subjetivo, de

outras coisas, fortalecendo suas capacidades e criando instituições; convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito; decididos a prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos; reconhecendo os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade; tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes; tendo presentes também os princípios da devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, equidade, responsabilidade e igualdade perante a lei, assim como a necessidade de salvaguardar a integridade e fomentar uma cultura de rechaço à corrupção; elogiando o trabalho da Comissão de Prevenção de Delitos e Justiça Penal o Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e o Delito na prevenção e na luta contra a corrupção; recordando o trabalho realizado por outras organizações internacionais e regionais nesta esfera, incluídas as atividades do Conselho de Cooperação Aduaneira (também denominado Organização Mundial de Aduanas), o Conselho Europeu, a Liga dos Estados Árabes, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana e a União Européia; tomando nota com reconhecimento dos instrumentos multilaterais encaminhados para prevenir e combater a corrupção, incluídos, entre outros, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Européias e dos Estados Partes da União Européia, aprovado pelo Conselho da União Européia em 26 de maio de 1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27 de janeiro de 1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 4 de novembro de 1999 e a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12 de julho de 2003; acolhendo com satisfação a entrada em vigor, em 29 de setembro de 2003, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional;

⁵³ Capítulo I, Artigo 1 – Finalidade: A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. (original sem destaque).

natureza difusa, de cada cidadão⁵⁴ contar com uma Administração composta de pessoas probas.⁵⁵

Cumprir com os preceitos do princípio da moralidade administrativa não enseja reconhecimento de mérito, é dever, o qual, se desrespeitado, determinará à invalidação do ato e a responsabilização do agente público. Sobre o aspecto do exercício de funções públicas define Celso Antônio Bandeira de Mello:

Função, pois, é poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins impositivos para quem o detém. Em rigor, o exercente de função dispõe de um dever-poder. O dever de bem curara um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome da qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la. Por isso toda competência administrativa é um 'dever' de praticar o ato idôneo para atendimento da finalidade protetora do interesse público, isto é, da coletividade.⁵⁶

O valor da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais que são o fundamento do Estado Democrático de Direito, constituem princípios cuja máxima se expressa na exigência de valores éticos e de justiça. O Brasil tem leis⁵⁷ suficientes e dotadas de eficácia para enfrentar a corrupção, disso ninguém pode duvidar, o que se está precisando com urgência é tão-somente que tais normas sejam efetivamente aplicadas⁵⁸. Mas, acima das leis estão os princípios constitucionais, aos quais estas obrigatoriamente devem se curvar. Carece dar imediata efetividade às normas para sancionar os infratores e evitar a impunidade, a fim de impedir que o país chegue à completa anarquia, onde tudo será tratado com menos valia e nada nem ninguém será mais respeitado.

⁵⁴ HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. Campinas/SP: UNICAMP, 1998, p.41, aduz: “Quando alguém, mesmo numa sociedade politicamente constituída, torna-se por seus crimes ofensivo ao público, ele é punido pelas leis em seus bens e em sua pessoa; ou seja, as regras ordinárias da justiça ficam, em relação a ele, momentaneamente suspensas, e não é iníquo infligir-lhe, para o *benefício* da sociedade, aquilo que de outro modo ele não poderia sofrer sem que se configurasse ofensa ou injustiça”.

⁵⁵ DELGADO, José Augusto, op. cit., 1992, p.41.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: www.pucsp.br/direito. Acessado em 04 jun. 2008.

⁵⁷ CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos políticos – representatividade – capacidade eleitoral e elegibilidades*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004, p.254: “Na comparação com outros ordenamentos jurídicos, percebe-se que nossa legislação é avançada, podendo ser considerada uma das melhores do mundo, faltando, apenas, uma interpretação mais rígida das regras eleitorais e uma aplicação mais efetiva”.

⁵⁸ Segundo averba Alain Touraine: “O espírito de liberdade supõem também que a lei onde ele está inscrito seja respeitada. Não existe democracia onde reinam o dinheiro, o clientelismo, o espírito cortesão, as gangues ou a corrupção. TOURAINE, Alain, op. cit., 2002, p.367.

3.2 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público, ou da finalidade, como também é conhecido, não se acha expresso na Constituição Federal como princípio da Administração. Porém, ele é um princípio geral do Direito que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, nenhuma sociedade pode deixar de observá-lo, pois, representa a própria condição de sua existência. Mesmo não estando positivado explicitamente, pode ser encontrado em inúmeros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, na questão da função social da propriedade e da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI). Por fim, aduz o citado autor, ser o princípio um pressuposto lógico da convivência civil.⁵⁹

Consoante Maria Sylvia Di Pietro, o referido princípio “está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração”. Alerta, outrossim, a Autora, que o critério mais usado - nada obstante sofra alguma crítica - para distinguir o interesse público do interesse privado por ocasião da elaboração da lei, é levar em conta o interesse que se quer proteger; o direito privado contém normas de interesse individual, enquanto o direito público, normas de interesse público.⁶⁰ A grande expressividade deste princípio é reconhecida por Celso Bandeira de Mello, para quem:

[...] representa verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁶¹

Fábio Osório Medina explica, acerca da superioridade do interesse público, que:

A superioridade do interesse público sobre o privado é, portanto, uma norma constitucional imanente, podendo servir de parâmetro, no contexto do conjunto de princípios e regras constitucionais, para o juízo de constitucionalidade das leis de Direito Administrativo e, inclusive, de leis de outros ramos jurídicos.⁶²

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 2000, p.67-8.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., 2000, p.68-9.

⁶¹ MELLO, Celso Bandeira de, op. cit., 2000, p.30.

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.770, 1988, p.72-79, dez. 1999. Na mesma oportunidade sustenta o autor: “São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a superioridade do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguível pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos,

Em verdade, não há como deixar de reconhecer a importância que tem o princípio da supremacia do interesse público, vez que ele representa, sobretudo, a evolução do liberalismo para o Estado Social, provocando a superação do individualismo exagerado que considerava a pessoa enquanto ente isolado, como o único fim do direito.

Com essa mudança de ideologia o Estado passou a assumir responsabilidades sociais, inclusive atuando no âmbito da iniciativa privada para atender as demandas que as circunstâncias econômicas e políticas exigiam.

A constatação de que a realidade vivenciada no dia-a-dia das comunidades demonstrava a contradição entre a teoria e a prática, considerando que os indivíduos só possuíam a liberdade formal, padecendo de toda sorte de privações materiais, a firme intervenção do Estado para garantia das condições de igualdade material se tornou imperiosa⁶³. O *laissez faire, laissez passer* não mais poderia continuar.

Sobre isso, Habermas chegou à seguinte conclusão: “De um lado, é necessário que o direito continue insistindo que os sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo não fujam inteiramente a uma integração social mediada por uma consciência que leva em conta a sociedade como um todo.”⁶⁴

Com efeito, abandonado o velho paradigma do individualismo, necessário seria que o Estado assumisse a administração dos interesses de toda a coletividade, e, para tanto, imperiosamente tinha que criar mecanismos e adotar medidas para garantir a proteção dos direitos e interesses de todos. Decorrência lógica disso é o reconhecimento de que o interesse geral terá que prevalecer ante o interesse de um só indivíduo.

Dentre as muitas medidas exigidas pelo princípio em apreço se acham aquelas que conferem prerrogativas à Administração em diversas situações em que venha a se encontrar defendendo os interesses públicos, bem como, o poder de polícia para garantir a segurança pública. Cumprindo ressaltar, que, conquanto seja dotada a Administração de vários poderes e prerrogativas, somente poderá usá-los na medida do razoável, sendo-lhe vedado manejá-los em desacordo com as normas legais e de competência, sob pena de invalidação dos atos e

portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado”.

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p.277: “Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre.”

⁶⁴ HÄBERMAS, Jürgen, op. cit., 2003. v.I, p.65.

eventual responsabilização da instituição e mesmo do agente público. Bem por isto, encarece Celso Antônio Bandeira de Mello, pontuando:

A Administração direta ou autárquica exerce função pública administrativa e nesta, como visto, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei, tanto quanto o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.⁶⁵

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o princípio da finalidade, o considera indissociável do interesse público, “de sorte que o administrador tem que praticar o ato de acordo com a finalidade pública, sob pena de *desvio de finalidade*, uma das mais insidiosas modalidades de *abuso de poder*.” (Grifo no original).

Entende o citado Professor, que o princípio da *finalidade* não foi expressamente positivado pois, “nem era necessário, porque, a rigor, ele é ínsito no princípio da legalidade.”

Logo mais adiante diz que “O legislador constituinte certamente o entendeu como um aspecto da legalidade. De fato o é na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu *fim legal*, ou seja, o fim submetido à lei.”⁶⁶

O princípio da supremacia do interesse público interliga-se com o princípio da *indisponibilidade do interesse público*, averbando Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

[...] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade de que dispuser a *intentio legis*. (Grifo do autor).

Em seguida, confirma o entendimento esposado sustentando o seguinte:

[...] as pessoas administrativas não têm, portanto, a disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na sua própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.⁶⁷

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: www.pucsp.br/direito. Acessado em 04 jun. 2008.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.646-7.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 2000, p.34-5.

Os princípios são dotados, *a priori*, de igual valor, no sentido de sua posição no ordenamento, haja vista que somente virá a ocupar um posto secundário na eventual hipótese de colidir com outro princípio.

Desta feita, a idéia de que os princípios da Administração devem ceder espaço para outros destinados aos indivíduos, e só por esta razão, mostra-se desarrazoada e incompatível com a hermenêutica principiológica, de vez que, afinal, àqueles se destinam à proteção dos interesses comuns da coletividade e do próprio Estado, enquanto ordem política necessária. Assim é que, entre a forte suspeita de crime ou improbidade, o interesse público exige medidas acautelatórias destinadas à prevenção de prejuízos insanáveis que a todos atingirão.

Conforme dito, o interesse público mantém supremacia sobre os interesses privados, daí que a Administração detém uma série de poderes e prerrogativas para viabilizar o cumprimento de suas obrigações, contudo, o *status* diferenciado conferido à Administração para a realização das tarefas que lhe cabe possui dois aspectos: um positivo – usar das prerrogativas – e outro negativo - dever de exercitar seus poderes e prerrogativas.

É dizer, possui a Administração certas prerrogativas para poder agir satisfatoriamente, contudo, detém um poder-dever, isto é, não pode deixar de agir, sob pena de responsabilidade por omissão, não podendo, também, dispor do interesse público.⁶⁸

⁶⁸OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., 1999, p.79. “Há inegável indisponibilidade do interesse público, inclusive contra o próprio agente público, a caracterizar a relação da administração, algo que resulta melhor reconduzível ao princípio da superioridade do interesse público sobre o privado do que a qualquer outro princípio. A legalidade, nesse passo, é interpretada sob o notável influxo dessa prevalência de interesse público sobre o privado, de modo que cabe reconhecer a autonomia do princípio em exame, nos limites em se pode reconhecer autonomia a qualquer princípio, mormente um princípio implícito”.

4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência representa uma das grandes vitórias do homem na sua aventura pela conquista de liberdade. Após séculos de opressão, escravidão, tratamento desumano e degradante em que a pessoa era vista como objeto e não sujeito de um processo acusatório, foram sendo paulatinamente reconhecidos direitos antes completamente ignorados, elevando o conceito de pessoa para um nível compatível com a sua dignidade humana.

A presunção de inocência radica, histórica e embrionariamente, no início de século XIII, com a *Magna Carta* de 1215, conhecida por Carta de João Sem-Terra, onde este rei João da Inglaterra, apelidado de João Sem-Terra, pressionado pela nobreza e pelo clero que estavam insatisfeitos com o absoluto poder do soberano, que, a par de decidir as investiduras eclesiásticas, também estava exorbitando na cobrança de impostos. Os barões passaram a exigir o reconhecimento formal de seus direitos de liberdade em troca do pagamento dos tributos, enquanto a Igreja queria reforçar a autoridade espiritual. Este documento formal representava a limitação dos poderes do monarca, podendo ser considerado, no dizer de Fábio Konder Comparato, “a pedra angular para a construção da democracia moderna.”¹

Com a *Magna Carta*, é possível afirmar que, a partir dela teve início, concretamente, a formação dos direitos e garantias fundamentais. Encontra-se aí a humanização do Direito Penal e Processual Penal contra o arbítrio e a insegurança em face da indeterminação das penas; da tortura como castigo e obtenção de confissões; das penas desproporcionais e degradantes; as bases do tribunal do júri; a garantia da propriedade; a liberdade de ingresso e saída do país; a limitação do poder tributário etc. Existem cláusulas expressas reconhecendo liberdades individuais, afastamento de penas arbitrárias ou desarrazoadas e, em essência, o

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.80.

garantismo processual com o devido processo legal (*due process of law*), como se pode conferir de alguns excertos adiante transcritos.²

Um outro instrumento histórico, de importância extraordinária e já existente na Inglaterra antes da *Magna Carta*, foi o *habeas-corpus*. Com efeito, este remédio heróico, como ficou conhecido, tem origem inglesa e se destinava (se destina ainda) á proteção da liberdade de ir e vir contra prisões arbitrárias. Mesmo tendo surgido bem antes, somente em 1679 foi devidamente regulamentado, passando a ter maior efetividade. Segundo informa Comparato, a razão para estes direitos terem se originado na Inglaterra, é a cultura do povo inglês cuja concepção é no sentido de que “são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário.”³

A Declaração de Direitos – *BILL OF RIGHTS* – da Inglaterra de 1689, também previa a presunção de inocência, estabelecendo entre suas disposições que “todas as aplicações ou cominações de multas e penas sem culpa formada são ilegais e nulas.”⁴

Registra Fábio Comparato, que a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, trouxe importantes contributos para os direitos humanos, ao afirmar, na proclamação de abertura, que todos os seres humanos são, pela própria natureza, igualmente livres e independentes, e serviu de inspiração para todas as grandes declarações de direitos futuras, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, das Nações Unidas. Aduz que cerca de cinco parágrafos destinam-se essencialmente à proteção dos direitos individuais de liberdade, mostrando-se digno de nota a preocupação com a instituição do júri.⁵ É interessante

² Ibid., 2007, p.82-5. “Cláusula 20 – Um homem livre não será punido por um delito menor, a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social; da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão; assim também, um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba, se obtiverem nossa mercê; e nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.”

“Cláusula 21 – Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido.”

“Cláusula 39 – Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”

³ Ibid., 2007, p.85.

⁴ Ibid., 2007, p.98.

⁵ Ibid., 2007, p.117.

reproduzir, por sua relevância, os supracitados dispositivos, visto sua pertinência com o princípio da presunção de inocência.⁶

Cumpra não esquecer, por outro lado, a figura de Cesare Beccaria que, por volta de 1764, com a obra *Dos Delitos e das Penas*, fez ácidas críticas ao processo inquisitório de origem romano-canônico, apontando todos os horrores que então eram praticados contra pessoas suspeitas de cometerem crimes, sustentando que as medidas preventivas deveriam limitar-se ao mínimo necessário para garantia da sociedade, aduzindo que “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.”⁷

Posteriormente, o princípio passou a figurar expressamente em textos legais, dando a história conta desse registro primeiramente no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁸, de 1789 na França. Depois, com as escolas penais italianas adquiriu maior firmeza, vez que os debates se desenvolveram de forma bastante polarizada, contudo, saindo mais fortalecido a final, vindo a constar na Constituição italiana⁹, achando-se hoje expresso no seu art. 27.2. E, por último, consolidou-se definitivamente no art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.¹⁰ A partir daí o princípio passou a integrar, de forma expressa e sistemática,

⁶ Ibid., 2007, p.119-20. “Art. 8º. Em todos os processos criminais ou que impliquem pena de morte (*capital prosecutions*), o réu tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir provas em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei da terra ou pelo julgamento de seus pares.

Art. 9º. Fianças criminais excessivas não devem ser exigidas, nem multas excessivas impostas, nem penas cruéis ou aberrantes infligidas.

Art. 10. Mandados judiciais, que autorizem oficiais de justiça ou meirinhos a efetuar buscas em lugares suspeitos, sem prova do fato cometido, ou a deter pessoa ou pessoas não nomeadas, ou cujo delito não é especificamente descrito e provado, são gravosos e opressivos e, por isso, não podem ser concedidos.”

⁷ BECCARIA, Cesare, op. cit., 2000, p.37.

⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - art. 9º: “Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimida pela lei.”

⁹ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência*. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 21 (*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*.” Constituição Italiana, art., 27,2).

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. 11.1: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Acerca da importância desse documento internacional, acentua Norberto Bobbio, op. cit., 2004, p.46; “A declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.”

praticamente todos os textos de instrumentos internacionais, bem como as Constituições Democráticas.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de janeiro de 1950, prevê, no art. 6º. 2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”

Por sua vez, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, igualmente adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, o princípio se acha expressado no art. 14.2, com o seguinte teor: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Finalmente, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, estabelece no art. 8.2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

Conforme registra Renato Barão Varalda,¹¹ a contribuição da Escola Clássica Italiana, herdeira do iluminismo, sobretudo através de Carrara e Carmignani, consistiu em realçar o contraste de tratamento conferido ao acusado no processo inquisitivo e no processo acusatório, elevando o princípio da inocência a princípio fundamental da ciência processual e em pressuposto de todas as garantias do processo. Para esses dois doutrinadores, a idéia processual penal visa conciliar dois objetivos: castigar os delinquentes e evitar que sejam condenados inocentes. Por outro lado, também visa proteger a comunidade em relação aos criminosos e os cidadãos em relação à atuação do Estado.¹²

¹¹ VARALDA, Renato Barão, op. cit., 2007, p. 21.

¹² Renato Varalda, citando Francesco Carrara, expoente máximo da Escola Clássica italiana, cuja visão demonstra precisamente toda a área de influência do instituto, que considera um postulado fundamental do processo penal, que se revela “seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta quando da prisão preventiva, seja ao nível de matéria de prova, seja ao nível de prudência que deverá estar presente quando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão, seja na exclusão de qualquer sugestão, de toda e qualquer fraude, seja ao nível de todo o artifício doloso que possa dar ao que é falso um aspecto de verdadeiro, seja na imparcial apreciação a fazer dos indícios, seja no grande espaço que a defesa terá de ter, e no amplo tratamento a dar aos advogados, seja nas formas sacramentais para a sentença, seja nos recursos de apelação e revisão. [...] se a presunção de inocência é uma regra a levar em conta no julgamento enquanto regra probatória, não se esgota aí, antes passa a princípio de autônomo valor político de caráter geral, que tem como corolário não só a plenitude da prova, passando pela imparcial valoração dos indícios, e terminando com a moderação na aplicação da prisão preventiva, que sob circunstância alguma poderá assumir natureza e que deve obedecer aos critérios da *stretta*

Percebe-se, nesse contexto, que o princípio da presunção de inocência, desde seu aparecimento embrionário lá na longínqua *Carta* de João Sem-Terra, teve sempre por objetivo fornecer garantias processuais de ampla defesa aos acusados, superando o modelo então vigente da presunção de culpabilidade que ensejava condenações antecipadas, injustas, degradantes e indignas da condição humana.

Com efeito, das idéias libertárias da Revolução Francesa surgiram reações contra os excessos e abusos cometidos no processo penal, estabelecendo-se a convicção de que ao cidadão devia ser assegurada a proteção jurídica da sua liberdade, honra e dignidade, restringindo-se os poderes absolutos dos juízes e dos órgãos estatais de investigação, devendo tais garantias ser asseguradas pelo Estado. Passou-se do processo inquisitório para o processo acusatório, no qual quem acusa não julga. Houve uma mudança na concepção do processo penal, que deixou de ser visto como mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de defesa da liberdade, daí exsurgindo a chave para se entender o alcance do princípio.¹³ Ademais, a partir daí o processo se caracterizava por uma fase inicial escrita, secreta e inquisitória e uma fase posterior regida pela oralidade, contraditória e pública.

Dentre todas as Declarações de Direitos havidas a que mais repercutiu foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a ponto de ter inspirado a Declaração Universal dos Direitos do Homem, acolhida pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. E tal fato decorreu do caráter geral e abstrato de suas normas, bem como da sua dupla dimensão: nacional e internacional, porquanto, ela cuidou de distinguir claramente o *homem* do *cidadão*, querendo significar que se dirigia não só ao povo francês, mas, também, a todos os povos, daí seu caráter universal passando, consoante aponta Comparato, a ser tida como “uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.”¹⁴

O Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em 1998, é um órgão internacional competente para julgar os autores de graves crimes contra a humanidade. A jurisdição do TPI

necessità, caracterizado pelo facto de impor rigorosos limites à aplicação daquela e apenas de acordo com as necessidades do processo, de forma a que a obtenção da verdade e a aplicação de uma eventual pena se revelem possíveis.” Ibid., 2007, p.22.

¹³SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 25 abr. 2008.

¹⁴COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p.151.

somente poderá ser exercida no caso do Estado em cujo território tenha sido praticado o crime, ou o Estado de que seja nacional a pessoa acusada de cometê-lo, seja Parte no seu Estatuto, ou, tenha a ele aderido – art. 12.2. Os crimes cujo julgamento está afeto ao tribunal são apenas quatro, a saber: “*genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e o crime de agressão.*”¹⁵

Sobre o Tribunal Penal Internacional, esclarece Comparato, que a razão justificadora de sua criação deveu-se ao fato de que, para manter uma autêntica cidadania mundial, em que todas as pessoas naturais ou jurídicas, de qualquer nacionalidade, tenham direitos e deveres em relação à humanidade, era necessário fixar regras de responsabilidade penal em escala planetária para sancionar a prática de atos que lesam a dignidade humana.¹⁶

Parece absolutamente correta essas colocações de Fábio Comparato, na proporção que, por uma dedução lógica, vê-se não ser possível prescindir da correlação entre *direitos e deveres*, pois, para que haja paz e harmonia entre qualquer relação, seja entre indivíduos seja entre nações, faz-se imperioso que ambos assumam o *dever* de respeitar o outro. Bem a propósito, neste sentido sintetiza Francisco Gérson Marques de Lima:

É inconcebível que os indivíduos sejam titulares de direitos e poderes sem possuírem deveres, ora com a pátria, ora com o Poder Público, ora com a sociedade, ora com os mais fracos e necessitados, ora com os demais sujeitos do grupo que integram e, noutras vezes, com indivíduos que nem sequer conhecem.¹⁷

O artigo 66 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê a presunção de inocência, estabelecendo que toda pessoa é presumivelmente inocente até a prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável, incumbindo ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado, e, para proferir a sentença condenatória o Tribunal deve estar convencido da culpa, além de qualquer dúvida razoável.

Do cenário acima visto, extrai-se que os instrumentos internacionais versando sobre direitos e liberdades primaram por contemplar de forma explícita o princípio da presunção de inocência, sempre fundados na idéia de **garantia processual**, quer dizer, **de garantia de um devido processo legal** (*due process of law*) visando a inibir os abusos e arbitrariedades praticadas em prejuízo da segurança, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Contudo, facilmente se percebe que todos consagram, como não poderia deixar de ser, previsões de

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p.453.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p.447.

¹⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson M. de; BEDÊ, Fayga Silveira (Org.), op. cit., 2006, p.140.

restrições aos direitos individuais, ressalvando tão-somente, por óbvio, que tais medidas restritivas devem ser aplicadas na medida do necessário.

Vale dizer, os instrumentos internacionais que cuidam dos direitos humanos se preocupam, primariamente, com os direitos e garantias do indivíduo, por outro lado, como não poderia ser diferente, destacam, às vezes no próprio texto onde se acha disposto o princípio, as exceções que necessariamente devem existir para possibilitar a harmonização da convivência, já que se mostra de compreensão *prima facie* não haver direitos ou liberdades ilimitadas. É regra elementar: onde há igual liberdade haverá, forçosamente, limites para o seu exercício. Nesse contexto, vale reproduzir, a título de exemplo e para melhor aclarar o raciocínio, os excertos de alguns dos instrumentos internacionais, inseridos em dispositivos específicos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, dispõe, no art. 9º.3, que, a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra, no entanto, a soltura poderá ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa à audiência e a todos os atos do processo.

O Tribunal Penal Internacional, no art. 81.1.3. a., estabelece restrições à liberdade determinando que, salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso. Determina, por demais, que tendo em conta o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de ser o recurso julgado procedente, o condenado poderá ser mantido em prisão preventiva durante a tramitação do recurso.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, prescreve, em seu art. 6º - 1., que todo Estado-parte em cujo território se encontre uma pessoa suspeita de ter cometido qualquer dos crimes mencionados no art. 4º, se considerar, após os exames das informações, que as circunstâncias o justificam, procederá à detenção de tal pessoa ou tomará outras medidas legais para assegurar sua presença.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, muito embora tecnicamente seja apenas uma *recomendação* que a Assembléia Geral das Nações Unidas¹⁸ faz aos seus membros, não há como negar, contudo, que seus preceitos têm força de princípios de direito

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p.226.

internacional comum, diretamente aplicáveis à ordem interna dos países signatários. Como bem acentua Canotilho:

[...] independentemente da elevação do *jus cogens* a parâmetros de validade das constituições internas, parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos no sentido de: 1) estabelecerem um conjunto de *standards materiais mínimos* impositivos da observância por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo; 2) de uma organização jurídica independente; 3) de proteção de direitos básicos, incluindo a definição de cidadania; 4) de reatualização dos esquemas de *representação política* por forma a incluir *grupos, minorias e comunidades migrantes* num estatuto plural de cidadanias. (Grifo do autor).¹⁹

Jorge Miranda concebe o fenómeno, registrando, conforme se colhe de suas palavras:

Os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensada e postas em prática.²⁰

Comentando sobre as dúvidas que surgiram quanto aos obstáculos existentes para efetivamente aplicar internamente os preceitos da Declaração, Canotilho averba:

Qualquer que seja a incerteza perante a idéia de um *standard mínimo humanitário* e quaisquer que sejam as dificuldades em torno de um *sistema jurídico internacional* de defesa dos direitos humanos, sempre se terá de admitir a bondade destes postulados e reconhecer que o poder constituinte soberano criador das constituições está longe de ser um sistema autónomo que gravita em torno da soberania do Estado. A *amizade e abertura* ao direito internacional (Cfr. CRP, art. 7º) exigem a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informadores do direito constitucional interno.²¹ (Grifo do autor).

Na verdade, há muito já se tornou indiscutível que os instrumentos internacionais, tratados e convenções, têm como fundamento os costumes e os princípios gerais de direito, conforme declara o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o que significa, sobretudo em relação à Declaração Universal de 1948, segundo expõe Comparato:

[...] a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II.²²

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.1277.

²⁰ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2000, p.156.

²¹ CANOTILHO, op. cit., 1999, p.1278.

²² COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2007, p.228.

Sem dúvida, os instrumentos internacionais se refletem no direito interno dos países, mormente quando são signatários, posto que, conforme atenta Flávia Piovesan:

A partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao direito brasileiro. Adiantando, ademais, que há uma tendência, sobretudo da Constituição, de adotar em seu texto reprodução fiel de enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos.²³

O princípio da presunção de inocência constitui um direito fundamental de significado extraordinário, conforme visto, sendo atualmente adotado em todos os Estados Democráticos, pois, não há como imaginar democracia sem direitos fundamentais de liberdade e igualdade e sem garantias que os assegurem. Neste passo, o Brasil também adota o referido princípio, fazendo-o expresso conforme a Declaração Universal, e, pela vez primeira, positivado num texto constitucional.

A propósito, o dito princípio encontra-se no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, precisamente dentro do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, sendo-lhe conferido o caráter de superprincípio do Processo Penal, porquanto, através dele se resguarda a pessoa de ser submetida a sanções antes que se esgotem todas as possibilidades judiciais de exame da culpabilidade. Diz o referido dispositivo constitucional: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Observa-se que o texto constitucional não menciona a expressão *presunção de inocência*, daí o entendimento de que seria melhor falar em *presunção de não culpabilidade*, porquanto, a rigor, a Constituição não presume a inocência, apenas garante a não responsabilização criminal antes da culpa formada judicialmente e em definitivo.

Esse entendimento é acolhido por Julio Fabbrini Mirabete, para quem, o princípio do estado de inocência é conseqüência direta do devido processo legal. O Autor questiona a pretendida aceitação ampliada do princípio, argumentando que, se levada às últimas conseqüências, inviabilizará qualquer medida coativa contra o acusado, até mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Em seguida, faz a seguinte indagação:

²³ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2006, p.92-3.

Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva?²⁴

Com efeito, Mirabete, com apoio na doutrina de Florian, considera que é mais correto dizer que há uma “[...] tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, a um estado jurídico de inocência [...]”, segundo o qual:

Assim, melhor é dizer-se que se trata do ‘princípio de não-culpabilidade’. Por isso, a nossa Constituição Federal não ‘presume’ a inocência [...]. Pode-se até dizer [...] que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede, assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado. Dessa forma, ao contrário do que já tem se afirmado, não foram revogados pela norma constitucional citada os dispositivos legais que permitem a prisão provisória, decorrente de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível e decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos (busca e apreensão, seqüestro, exame de insanidade mental etc).²⁵

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o princípio da presunção de inocência:

[...] nada mais representa do que o coroamento do *due process of law*, assentando, em seguida, que sendo o réu presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, só poderá ser admitida a título de cautela, afirmando que as regras do art. 594 do CPP restaram revogadas por afronta à Constituição.²⁶

O Código de Processo Penal de 1941, inspirado nas lições da doutrina da Escola Clássica italiana, cujo ideal era a proteção da sociedade contra o delinqüente, guiou-se no sentido de dar maior eficácia à repressão, podendo-se aferir essa assertiva do seguinte excerto da sua Exposição de Motivos:

A par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.41.

²⁵ *Ibid.*, 2003, p.42.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. I, p.62-3.

são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.²⁷

Transcorrido muito tempo e com a evolução democrática consolidando os direitos fundamentais que iam sendo adquiridos, a ciência penal reveste-se de outro enfoque, passando a priorizar as liberdades em desfavor da punição. Desse modo, o princípio, que antes sofria severas restrições, foi ocupando espaço e conquistando a simpatia da doutrina e jurisprudência que hoje o defendem, de certa forma até, com a amplidão que ele, de fato, não possui.

A doutrina constitucional brasileira, como antes afirmado, posiciona-se irrestritamente a favor da presunção de inocência, na compreensão de que realmente é um direito fundamental de valor superior que jamais poderá ser tangenciado, sem, contudo, deixar de conciliá-lo com medidas restritivas que a situação concreta venha a exigir. Para Celso Ribeiro Bastos, a presunção de inocência:

É uma constante do Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração de sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário. [...] Com apoio em Canotilho averba que, o rigorismo de interpretação levaria à conclusão da própria inviabilidade da antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade. Por fim, considera que o princípio guarda proximidade com o princípio do *in dubio pro reo*, contudo, sem com ele se confundir.²⁸

O princípio da presunção de inocência é o coroamento do devido processo legal no domínio do processo penal. Tratou-se de garantir a paz e a liberdade dos cidadãos em nível constitucional, em virtude dos sobressaltos decorridos do Estado autoritário antes existente.²⁹ Explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das conseqüências que a lei somente atribui como sanção punitiva.³⁰ Na visão de Alexandre de Moraes, o princípio da presunção de inocência reveste-se do caráter *juris tantum*:

²⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 2-10-1941. Ministro da Justiça Francisco Campos. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1989. v.II, p.277-8

²⁹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.I, p.181-2.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.I, p.68.

O princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente, é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada um mínimo necessário de provas produzidas através do devido processo legal e com as garantias da ampla defesa. Percebe nele quatro funções básicas, a saber: a) limitação à atividade legislativa; b) critério condicionador de interpretação das normas vigentes; c) critério de tratamento extra-processual em todos os seus aspectos (inocente); d) o ônus da prova cabe sempre ao acusador. [...] A consagração do princípio da presunção de inocência, *porém*, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias, preventivas, por pronúncia e por sentença condenatória sem o trânsito em julgado.³¹

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado, reiteradamente, pela constitucionalidade das medidas restritivas do direito de liberdade, quando as situações justificam plenamente a exceção, como demonstram as decisões adiante colacionadas:

Prisão por sentença condenatória sem trânsito em julgado – STF – O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ é obstáculo, apenas, a que se lance o nome no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal (1ª T. – HC Nº 72.171/SP – Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, Seção I, 27/out./1995, p. 36.332). Em igual sentido: STF – 2ª T. – HC Nº 71.401-3/MS – Rel. Min. Maurício Correa, DJ, Seção I, 8/set./1995, p. 28.355.

Prisão por sentença condenatória sem trânsito em julgado – STJ - Criminal. HC. Uso de entorpecentes. Apelação ministerial. Condenação em tráfico de drogas. Expedição de mandado prisional antes do trânsito em julgado. Recursos Especial e Extraordinário sem efeito suspensivo. Art. 675 do CPP. Inaplicabilidade. Violação a princípios constitucionais. Inocorrência. Custódia do réu. Mero efeito da condenação. Pleito de restabelecimento da sentença. Quantidade da substância tóxica. Único fundamento da condenação. Inocorrência. Destinação do entorpecente. Análise inviável na via eleita. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Impropriedade do writ. Ordem denegada. (HC 48980 / DF - Habeas Corpus 2005/0172978-0; Rel. Min. Gilson Dipp; 07/03/2006; DJ 27.03.2006 p. 314 LEXSTJ vol. 200 p. 351).

De acordo com Luiz Flávio Gomes, o princípio da presunção de inocência, do ponto de vista extrínseco (formal), é um direito constitucional fundamental – art. 5º -; do ponto de vista intrínseco é um direito predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, bem como no concernente ao tratamento que deve ser dispensado ao acusado. Representa, segundo o autor, uma “*tríplice garantia, consubstanciadas: na garantia de ser tratado como inocente, na legalidade da prova e na judicialidade da prova.*”³²

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.267-9.

³² GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e*

Querendo esta tridimensionalidade significar que a pessoa deve receber, como regra de tratamento, a não antecipação de um juízo de condenação ou de reconhecimento de culpabilidade, daí ser vedada sua exposição humilhante, quer com o uso desnecessário de algemas, quer com a divulgação abusiva de sua imagem pela imprensa. Quanto à legalidade, a prova há de ser produzida pela acusação, porquanto lhe cabe o ônus de provar a culpabilidade do acusado, não podendo ser transferido a este o dever de provar sua inocência. O direito à prova é subjetivo e pertence a ambas as partes, que devem se guiar pelo princípio da lealdade processual, disso decorrendo terminantemente a vedação da utilização de prova ilícita. Finalmente, em relação à judicialidade, e por ser característica do sistema a oralidade e a imediatidade, somente a prova produzida perante o órgão jurisdicional competente terá validade para produzir os efeitos pretendidos. Caso a prova colhida não convença plenamente da existência de culpabilidade, deverá o juiz aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

Acerca desse aspecto sintetiza Luiz Vicente Cernicchiaro “o referido princípio decorre de dois outros: a) o princípio do contraditório; e b) o princípio da defesa plena, pois se o *status* de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa seriam postergados, cedendo espaço a presunções sem guarida na Constituição.”³³

Nessa mesma linha de raciocínio, Renato Barão Varalda concebe a presunção de inocência como:

[...] pertencente aos princípios fundamentais, como direito subjetivo público, tendo sido consagrada em nível constitucional nos países europeus, no direito anglo-saxônico e em alguns países da América Latina, a destacar o Brasil. Trata-se assim não apenas de um princípio inspirador de política criminal, mas também de um critério normativo direto, uma garantia constitucional de processo penal.³⁴

O mesmo Autor discorre, mais adiante, considerações acerca da realidade existente, em face da qual deve ser analisada a efetividade do sobredito princípio, ponderando que:

A realidade processual parece demonstrar que o princípio da presunção de inocência não passa de um mito, uma vez que os dispositivos processuais prevêem medidas de conteúdo tendentes à presunção de culpabilidade.³⁵ [...] O princípio da presunção de

interamericano: estudo introdutório. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.224 e ss.

³³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991, p.105.

³⁴ VARALDA, Renato Barão, op. cit., 2007, p.57.

³⁵ VARALDA, Renato Barão, op. cit., 2007, p.59-60, Varalda se reporta às considerações da Professora Jesus Maria Manzaneda Mejia, que, pela pertinência, merecem transcrição: “*asseverar que dicha presunción de inocencia existe a favor del imputado non es más que una creencia; no es una afirmación lógica ni jurídica. Si lo fuera, el sistema procesal-penal sería outro distinto al que hoy es. [...] La presunción de inocencia es hoy día una desviación y esageración de principios que en épocas ya tuvieron su vigencia, importancia y necesidad*”.

inocência, ao longo dos tempos, evidenciou um valor político e suas implicações jamais foram reputadas absolutas. [...] o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes da sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa.”³⁶

Em verdade, o sentido que deve ser atribuído ao princípio da presunção de inocência não pode desvinculá-lo dos demais princípios constitucionais, sob pena de quebra da harmonia da unidade do sistema jurídico. O princípio em comento se fundamenta na proibição de excesso, razão porque a força normativa da Constituição e a unidade do sistema impõem a conciliação entre as diversas normas existentes, para que não haja a desconexão que geraria a insegurança e a anarquia. Assim é que, a natureza relativa do princípio da presunção de inocência harmoniza seu balizamento com os demais valores constitucionais. Seu caráter *juris tantum*, ante os elementos indicativos da culpabilidade, o enfraquece e autoriza que se adotem medidas preventivas destinadas à proteção de relevantes interesses contrários ameaçados.

Vê-se não ser desimportante a consideração de que, a rigor, nada obstante a aparente obviedade, o princípio da presunção de inocência constitui, no Estado Democrático de Direito, o pressuposto e a referência que deve guiar todas as ações pertinentes à persecução penal. Porém, não está restrito somente à esfera criminal, posto que seus efeitos se espraiam por todas as áreas jurídicas onde possa haver sanções, como *v. g.* a administrativa e a civil.

Contudo, vale ressaltar que jamais se pode olvidar o fato de que *liberdade* implica em *responsabilidade*, e, assim, na medida em que cada um pode praticar ou deixar de praticar um

Varalda complementa, na seqüência: “Ante preceitos procedimentais(as atribuições da polícia judiciária, a portaria da autoridade policial, o auto de prisão em flagrante, a peça acusatória, as prisões provisórias, entre outros) que põem ênfases em estimar, desde o começo da investigação, como culpado ou presumido culpado ao mero suspeito de ser autor ou partícipe de um crime, questiona Mejia se está correto afirmar a existência no procedimento penal da presunção de que todo imputado é inocente. Não há argumentos válidos para a vigência do citado princípio no que se refere à prova, toda vez que os fatos, as características e as circunstâncias têm que ser comprovados por meios que a lei processual prevê. Se houvesse influência de alguma maneira na investigação, na prova do delito e na culpabilidade do réu da falsa presunção de inocência, a confissão não constituiria uma das principais provas que se apóia o ajuizamento da ação penal, já que, se ao imputado se presume inocente, não haveria razão para colocá-lo na embaraçosa situação de outorgar uma confissão de um fato que se presume não cometido. A confissão, vista de um modo geral, é um dado no qual se funda a presunção total de culpabilidade. No mesmo sentido aponta Mejia os flagrantes (próprios, quase-flagrantes ou impróprios e presumidos), em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou logo após cometê-la; é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que se faça presumir ser o autor da infração ou é preso, logo após a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração, demonstram com clareza que a presunção de inocência não existe na realidade jurídico-processual, já que a incidência na posição do imputado é a presunção de culpabilidade. No entanto, estando impregnado o ordenamento jurídico processual penal pela presunção de culpabilidade, deve-se atender a ela e não à presunção de inocência, no sentido de utilizá-la com os fins que lhe são próprios no juízo criminal, pois nossa realidade não opera com princípio oposto.”

³⁶ Ibid., 2007, p.59 e 64.

ato, também tem, em contrapartida, o dever de responder por ele, assumindo todas as suas conseqüências. Sobre este aspecto pondera José Carlos Vieira de Andrade, que:

[...] a liberdade nos direitos fundamentais não corresponde à emancipação anárquica, é autonomia moral e auto-responsabilidade na atuação social. Por isso, também neste campo os indivíduos não podem considerar-se desligados dos valores comunitários que preenchem o espaço normativo em que se movem e têm o dever de os respeitar. [...] Por vezes, a medida constitucional dos deveres e dos valores comunitários correspondentes justificará uma interpretação limitativa do próprio direito fundamental, interferindo assim diretamente na determinação do seu conteúdo – pode falar-se então em deveres imanentes.³⁷

De toda sorte, no Brasil não há quem discorde quanto ao fato de que, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado tecnicamente culpado, isto em virtude do texto constitucional que, diferentemente dos instrumentos internacionais supramencionados, contempla explicitamente tal previsão, contudo, não é menos verdade, por sua vez, que não há dissenso quanto à possibilidade de aplicação de medidas restritivas de direitos - as quais, vale reiterar, não se revestem do caráter de pena, são simples medidas constitucionais que o poder de cautela recomenda - a qualquer tempo antes do trânsito em julgado da decisão, desde que se faça necessária à adoção de medidas que, naturalmente, se revestirão de natureza acautelatória. Quer dizer, ante a ameaça da ocorrência de dano, aplica-se o princípio da precaução.

De fato, o princípio da precaução impõe ao Estado o dever de evitar, dentro de suas atribuições e possibilidades, diante de fundada convicção ou juízo de verossimilhança, os prejuízos que se afigurem manifestamente reais face à ocorrência de prováveis, injustos e desproporcionais danos aos interesses da coletividade, sendo precisamente neste sentido que Juarez Freitas entende o princípio, podendo-se colher de suas palavras quando destaca que devem ampliar-se: “Os desafios de imprimir eficácia ao princípio constitucional da precaução em todas as relações de administração, não apenas no campo ambiental, na chamada gestão de risco.”³⁸

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p.161-165.

³⁸ Acerca do princípio da precaução, ouça-se Juarez Freitas: “[...] Numa frase: o Estado Democrático precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar uma intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa. Se não o fizer, aí sim, será partícipe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação [...] Além de motivado, o exercício do princípio da precaução haverá de ser proporcional. Ora, o princípio da proporcionalidade não requer simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a violação à proporcionalidade ocorre quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um em detrimento exagerado ou abusivo de outro. O vício acontece na instauração do sacrifício iníquo. Em nenhuma circunstância, um direito fundamental deve suprimir inteiramente outro na eventual colisão de exercícios.” FREITAS, Juarez. *Democracia e o princípio*

Portanto, o que se exige é a irrestrita observância ao princípio da *proibição de excesso*, mostrando-se incorreta a pretensão de liberdade com ausência total de coação. Sendo, assim, é importante consignar que, o direito à liberdade consiste na ausência de todo constrangimento *anormal, ilegítimo ou imoral*.³⁹ Relembrando, a propósito, Hannah Arendt ao afirmar que:

Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. Nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais, e somente com os seus iguais.⁴⁰

De certa forma, é assim também que Dallari compreende a igualdade.⁴¹ A rigor, nem mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem assim os demais instrumentos internacionais que nela se inspiraram jamais pretenderam conferir ao princípio da presunção de inocência uma dimensão exageradamente ampla, até mesmo porque seria um contra senso, completamente ilógico o raciocínio, se, não existindo nenhum direito com validade absoluta, criar-se um escudo intransponível, uma blindagem de proteção para quem revela total desprezo às normas estabelecidas e infringe os direitos fundamentais de outrem.

O direito transita por uma via de mão dupla, que será interdita no momento em que o sujeito tentar atravessar a faixa contrária. Ora, se até mesmo o direito à vida, que é o bem supremo do homem cede ante o direito à legítima defesa e ao estado de necessidade, revela-se manifestamente difícil a sustentação de que outros menos relevantes sejam mais protegidos. Sobretudo, quando se vive em local onde predomina a morosidade dos julgamentos, ensejando a impunidade e incentivando a criminalidade generalizada. Aliás, é de se ressaltar que a relatividade do princípio se acha expressa no próprio texto da Declaração Universal, como medida considerada de caráter superior para autorizar a mitigação da presunção de inocência.⁴²

constitucional da precaução: o Estado como guardião das presentes e futuras gerações. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho(Coords.)*Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 371 e 376-8.

³⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.231.

⁴⁰ ARENDT, Hannah, op. cit., 2006, p.335.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p.306: “A concepção da igualdade como *igualdade de possibilidades* corrige essas distorções, pois admite a existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença de mérito individual, aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade. O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo aos outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos.”

⁴² Art. XXIX. “No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o **fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma**

4.1 Pretensão de validade absoluta no âmbito eleitoral

Transportar o princípio da presunção de inocência da seara penal para outras áreas do direito é medida que os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana recomendam como medida de proteção. Todavia, a questão ora enfocada gira em torno de saber da possibilidade de vir a ser o citado princípio aplicado em qualquer outra esfera que não a sua originária no processo penal, portando uma dimensão que naquela ele não possui, ou seja, uma extensão de amplíssima validade, não se sujeitando a qualquer mitigação.

Do quanto visto até aqui, percebe-se que o assunto é tormentoso, pois, à míngua de suporte jurídico para desconsiderar a inexistência de direito fundamental dotado de caráter absoluto, se mostra difícil aceitar o argumento que vem sendo sustentado como capaz de justificar a excepcionalidade do emprego do princípio de forma ampla e irrestrita. Demais disso, há uma outra dificuldade a considerar, que é o princípio da igualdade, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, por intermédio de um processo lógico de ponderação, onde os bens em conflito serão axiologicamente avaliados pelo julgador, a fim de encontrar a proporcionalidade capaz de indicar a melhor escolha, para então eleger aquele que se mostre preponderantemente mais relevante naquela específica situação.

A perfeita noção de igualdade e que esta é indissociável da liberdade, e, sobretudo, que num Estado de Direito só pode haver liberdade com responsabilidade, é exposta por Pablo Lucas Verdú ao prelecionar:

A igualdade há de se manifestar como igualdade de oportunidades, que devem ser livremente assumidas por cada um. Cabe falar em liberdade dentro do Estado de Direito no caso de se tratar de uma liberdade responsável por seus fins, de uma liberdade que esteja plenamente justificada por uma sociedade justa. [...] O problema do Estado de Direito consiste em criar uma situação de bem-estar geral, capaz de garantir o desenvolvimento da pessoa humana e respeitar o ordenamento jurídico. É possível alcançar essa realidade sem uma perspectiva ética?⁴³

Estabelecer restrições aos direitos fundamentais é uma imposição da qual nem mesmo a própria Declaração Universal pôde fugir, porquanto, a rigor, mitigar o exercício de direitos não constitui castigo nem tampouco antecipação de pena, mas, tão-só cautela para prevenir um mal maior, assim, com esse fundamento é que, no seu art. 29, contém previsão explícita a respeito. Mesmo porque, o que o Estado busca proteger é a liberdade de oportunidades, o que

sociedade democrática.” (Grifou-se).

⁴³ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.88-9.

recusa uma liberdade arbitrária implicando, por conseguinte, numa liberdade ética⁴⁴ justificando a intervenção estatal toda vez que desse rumo se desviar. Sem dúvida, não se concebe possa haver direitos desprovidos dos correspondentes deveres de respeitar os direitos dos outros.

Por seu turno, também a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – não deixou por menos e fixou, expressamente, que há correlação entre deveres e direitos, assim como toda pessoa possui deveres para com a família, a comunidade e a humanidade, afirmando, outrossim, que os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas exigências do bem comum de uma sociedade democrática.⁴⁵

Em síntese, talvez fosse melhor falar em flexibilização das normas de proteção ao seu exercício, porque, a rigor, é bom lembrar que o direito em si não é atingido pela mitigação pois, ele permanece íntegro, apenas e tão-somente o seu exercício é que sofrerá restrição, em face de uma situação real de conflito. Acerca desse aspecto, de impor restrições aos direitos fundamentais, consigna Jorge Miranda, comentando precisamente o art. 29 da Declaração Universal. Porque mesmo *in fit interpretatio*, a fórmula “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” requer, segundo averba, a seguinte explicação:

- a) Na alusão a ‘justas exigências’ deve achar-se, antes de mais nada, o apelo a um conceito de justiça ou a uma ponderação ética avaliadora dos preceitos do Direito positivo que, em nome da moral, da ordem pública e do bem-estar, envolvam limites dos direitos, memento dos direitos, liberdades e garantias; deve achar-se aí, portanto, um limite absoluto dos limites.
- b) Em tal alusão transparece, por outro lado, de novo, a idéia de *proporcionalidade* nas suas três vertentes – só são admissíveis os limites que sejam necessários, adequados e proporcionados em face dos princípios constantes da Declaração.
- c) A ‘moral’ tem de ser apercebida como moral social, como moral *pública* (para empregar a expressão do art. 206º, da própria Constituição, a propósito dos limites à publicidade das audiências nos tribunais); não se trata de uma certa moral religiosa, embora, precisamente por se tratar de uma moral social, não possa desprender-se (ou desprende-se por completo) da influência das religiões sociologicamente dominantes.⁴⁶

Mostra-se indubitável que a finalidade do poder é a realização do interesse público e este goza de supremacia sobre o interesse particular, sendo esta uma verdade inconteste, como

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.61.

⁴⁵ Art. 32 – Correlação entre deveres e direitos: 1 Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2 Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2000, p.302.

já restou assinalado anteriormente, pelo que, há mais este insuperável obstáculo à pretensão de conferir um valor absoluto a qualquer princípio destinado à proteção de interesses privados. O princípio da supremacia do interesse público se impõe em razão do peso que detém sobre os demais princípios constitucionais, posto que, indiscutivelmente, com ele todos os outros não de compatibilizar-se, por conta de se tratar de um Estado Democrático de Direito. Acresça-se, demais disso, que o princípio da indisponibilidade do interesse público, conjugado com o da supremacia, formam um verdadeiro escudo protetor da Administração Pública.

Os princípios constitucionais são dotados de conteúdo ético, que encerram fundamentos sociológicos e axiológicos, os mais relevantes que a comunidade escolheu como razões para disciplinar suas relações intersubjetivas e construir uma sociedade baseada na dignidade da pessoa humana, no respeito aos direitos e interesses dos outros, enfim, na prevalência do interesse geral frente aos interesses meramente individuais.⁴⁷ Ouça-se Fábio Medina Osório acerca desse tema:

Não se têm dúvidas de que a categoria do ‘interesse público’, bem como outras categorias similares ou até idênticas, *v. g.*, ‘interesses nacionais’, ‘interesse geral’, ‘interesse da soberania’, ‘interesse de utilidade pública’, ‘interesse da coletividade’, possuem lugares garantidos e expressos na Constituição Federal, geralmente com uma funcionalidade restritiva de direitos individuais.⁴⁸

A eficiência dos princípios constitucionais tem por objetivo alcançar à Justiça que prevalece em determinado ambiente político, razão pela qual a interpretação que se lhes deve dispensar tem que ser no sentido de adequá-los ao texto constitucional para que resguardem a finalidade do próprio Estado. “Direito existe na e para a sociedade. Logo, o resultado que ele aí produza, concretamente, comprovará a sua justeza e a sua Justiça.”⁴⁹

A respeito do Estado, Canotilho adverte que o Estado Constitucional moderno não se limita a ser apenas um Estado de direito, deve se organizar como Estado de direito democrático, cujo poder é legitimado pela soberania popular. O elemento democrático não foi

⁴⁷ Pablo Lucas Verdú assegura “O Direito é princípio realizador da convivência humana nos marcos da sociedade política. Ademais, essa convivência há de se fundamentar em alguns valores determinados. Por isso, torna-se clara a dimensão cultural do Estado de Direito. Afinal, ela põe o Estado a serviço desses valores.” VERDÚ, Pablo Lucas, *op. cit.*, 2007, p.6.

⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *op. cit.*, 2007, p. 83-85: “A ordem jurídica infraconstitucional, vinculada aos ditames da Constituição Federal, especialmente através do Direito Público, consagra ou reflete, em inúmeras ocasiões, o princípio do interesse público sobre o privado como justificativas para importantes restrições aos direitos individuais. Arrancam o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado – rumo a uma direção justificadora de restrições públicas a direitos individuais – da inequívoca existência de bens coletivos protegidos diretamente na Constituição Federal e nas leis.”

⁴⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, 1994, p.51.

introduzido apenas para “travar” (*to check the power*), mas também foi exigido pela necessidade de legitimação do poder. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos” e é isso que concilia o Estado de direito com a democracia.⁵⁰

Coerente com a disciplina dos princípios constitucionais o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, por várias vezes, que as condições morais dos candidatos deviam se achar presentes de acordo com o recomendável para o exercício do mandato, como é exemplo ilustrativo a decisão seguinte.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.028/RJ

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro manteve o indeferimento do pedido de registro de candidatura de [...] em acórdão assim ementado: ‘Recurso eleitoral. Registro de candidatura. Indeferimento. Mácula na vida pregressa. Art. 14, § 9º, da Constituição da República. O dispositivo da Carta Federal, bem como o princípio da moralidade não permitem o deferimento de registro de candidato com vida pregressa não condizente com o exercício do mandato. Recurso desprovido’. (Rel., Min., Francisco Peçanha Martins, 29/09/2004).

Sem embargo, posteriormente o Egrégio TSE passou a entender de forma divergente e, repudiando toda a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da relatividade dos direitos fundamentais, decidiu, em várias oportunidades, que o princípio da presunção de inocência não pode ser flexibilizado para impedir que candidatos que tenham vida pregressa comprometida, que respondam a processos criminais ou de improbidade, e que até mesmo tenham contra si condenações, não importando quantas e nem a natureza do crime ou crimes praticados, desde que nenhuma decisão tenha transitado em julgado, permanece presumivelmente inocente e sem que se lhe possa ser imposta restrição alguma, podendo disputar e exercer quaisquer mandatos políticos. Chegando mesmo a editar a Súmula nº 13 cujo enunciado⁵¹ acusa não ser auto-aplicável o § 9º, do art. 14, da CF. Valendo destacar que nestas duas primeiras decisões abaixo referidas houve divergência, resultando num placar apertado de 4 a 3 votos.

ELEIÇÕES 2006. REGISTRO DE CANDIDATO. DEPUTADO FEDERAL. IELEGIBILIDADE. IDONEIDADE MORAL. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do tribunal Superior Eleitoral). Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro. (TSE. RO/RJ. nº 1.069, Rel. Marcelo Ribeiro, em 20.09.2006).

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.94-6.

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 13**– 28.10.96 – Não é auto-aplicável o § 9º, do artigo 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão Nº 4/94.

ELEIÇÕES 2008. REGISTRO DE CANDIDATO. AFERIÇÃO. REQUISITOS. VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO. INEXIGIBILIDADE. (CTA-1621-RESOLUÇÃO - Decisão Nº 22842 - João Pessoa/PB; Rel. Ari Pargendler; 10/06/2008, DJ - 4/7/2008, Página 06).

Recurso Ordinário. Eleições 2006. Indeferimento. Registro de candidatura. Exame de vida pregressa. Art. 14, § 9º, Constituição Federal de 1988. Afronta aos princípios da moralidade e da probidade administrativa. Ressalva do entendimento pessoal. Provimento. (RO. 1.133 – RJ -Rel. Min. José Delgado; **21/09/2006**).

Inelegibilidade. Vida pregressa. Conduta desabonadora. Constituição da República, art. 14, § 9º. Súmula nº 13 do TSE.

1 O art. 14, § 9º da Constituição não é auto-aplicável.

2 Necessidade de lei complementar, estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato poderá levar à sua inelegibilidade, bem como os prazos de sua duração. Recurso provido para restabelecer o registro da candidatura (Acórdão nº 17.666, de 29.9.2000).

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 22.058/RO.

Trata-se de Recurso Especial interposto por Irandir Oliveira Souza contra Acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia (TRE/RO), o qual manteve sentença (fls. 134-135) que indeferiu o pedido de registro do Recorrente, ao cargo de prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste/RO. Recolho no voto condutor do acórdão recorrido: [...] verifica-se uma extensa lista de processos envolvendo o recorrente [...] Os processos encontram-se em andamento, portanto não ocorreu trânsito em julgado em nenhum deles ainda. O recorrente argumenta que, por isto, não é infrator e, portanto, tem o direito de se eleger. [...] Para o direito eleitoral, um cidadão deve se sujeitar ao julgamento de sua vida pregressa e ter uma moralidade compatível com o exercício de um cargo público, a fim de se proteger a probidade administrativa. [...] um candidato que responde a inúmeros processos criminais, inclusive já tendo sido condenado e cumprido a pena e ainda continua a se envolver com situações repudiadas pela sociedade, tem a presunção de inocência sensivelmente limitada. [...] Ante o exposto, julgo improcedente o recurso e mantenho a decisão para indeferir o pedido de registro [...]. (fls. 158-159) Aponta ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e divergência jurisprudencial com julgados desta Corte. Sustenta que '[...] não tendo o Apelante nenhum processo criminal transitado em julgado não poderá o mesmo ser considerado inelegível [...]' (fl. 172). Requer o conhecimento e provimento do Recurso Especial, para que, reformando a decisão, seja deferido o pedido de registro. Contra-razões às fls. 206-210. A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo não-provimento do Recurso (fls. 219-221). É o relatório. Decido.

Esta Corte já decidiu: RECURSO ESPECIAL RECEBIDO COMO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. INELEGIBILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO CRIMINAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO NÃO É APTA A ENSEJAR INELEGIBILIDADE [...]. RECURSO NÃO PROVIDO. (REspe nº 20.247/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Sessão de 19.9.2002) No precedente citado, REspe nº 20.247/RO, que coincidentemente envolve o mesmo candidato, porém em eleição pretérita, o E. Min. Sepúlveda Pertence consignou em seu voto: Transcrevo trecho nuclear, do parecer da Procuradoria sobre a matéria (fls. 215-216): [...] A Constituição Federal traz, efetivamente, uma série de regras destinadas a prestigiar a moralidade pública. Todavia, no que toca especificamente ao exercício de mandato eletivo, prevê o tratamento exauriente da matéria em Lei Complementar, que ainda não foi elaborada. 10. A eficácia limitada da norma prevista no art. 14, § 9º, da Lei Fundamental, não foi desenvolvida, até o momento, por norma posterior. Não há, sob essa expressão, como se apontar a falta de moralidade de particular que se sujeita ao processo eletivo, impedindo-o de participar do certame. Tal procedimento importaria em inconstitucional conduta, significando inclusive a invasão de seara própria do Poder Legislativo - a quem cabe tratar do tema - Pelo Poder Judiciário. [...] Prosseguiu sua Excelência: [...] Não é [...] incumbência da Justiça Eleitoral emitir juízos sobre a probidade dos candidatos a mandatos eletivos, mas unicamente

aplicar a Lei de Inelegibilidade que se edite com base nas diretivas do art. 14, § 9º, da Constituição. Se a omissão da lei propicia a elegibilidade de ‘candidatos não muito responsáveis’, sua eventual investidura nos mandatos eletivos não é imputável à Justiça Eleitoral, mas sim ao partido que os indicar ao sufrágio popular. A esses fundamentos, dou provimento ao Recurso, para, reformando a decisão Regional, deferir o registro de Irandir Oliveira Souza ao cargo de prefeito e, conseqüentemente, o registro da chapa majoritária, com base no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do TSE. Publique-se. Brasília, 31.08.2004. Ministro Luiz Carlos Madeira, Rel.).

Não obstante essa posição jurisprudencial, cresceu e intensificou-se um Movimento Social contestando a permissividade que tal entendimento enseja, especialmente embalado pelos fundamentos jurídico-constitucionais dos Ministros Carlos Ayres Britto,⁵² José Delgado⁵³ e César Asfor Rocha,⁵⁴ que, em uma daquelas decisões do TSE, a de 2006, se posicionaram firmemente a favor da efetivação dos princípios constitucionais da moralidade e probidade, com a aplicação imediata do § 9º, do art. 14, defendendo não possuir a presunção de inocência a amplitude pretendida e que a moral na política precisa ser preservada, findando, nada obstante, vencidos por estreita maioria.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, de certa forma contrariando suas próprias e reiteradas posições anteriormente assumidas em casos envolvendo limitações ao dito princípio, como revelam as decisões adiante reproduzidas, confirmou o posicionamento adotado pelo TSE, decidindo, por maioria, que, em verdade, o princípio em comento deve

⁵² O Min. Carlos Ayres de Britto, no seu voto vista, pontuou: “Está aqui a razão pela qual a Magna Carta brasileira fez do direito ao voto uma simultânea obrigação (§ 1º do art. 14). Assim como as leis eleitorais substantivas tanto punem o eleitor mercenário como o candidato comprador de votos. Mais ainda, esta a razão por que a nossa Constituição forceja por fazer do processo eleitoral um exercício da mais depurada ética e da mais firme autenticidade democrática. Deixando clarissimamente posto, pelo § 9º do art. 14, que todo seu empenho é **garantir a pureza do regime representativo**, traduzida na idéia de “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Isso de parêntese com a proteção da “probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo”, considerada a vida pregressa do candidato.”

⁵³ O Min. José Delgado, em seu voto deixou assentado: “[...] O Direito Constitucional Eleitoral há de ser visto e compreendido como inserido no campo da responsabilidade a que todas as entidades jurídicas têm, que é a de cumprir as destinações contidas na Carta Magna, descobrindo-se a sua vontade popular, especialmente os valores da cidadania e dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Esses valores, entre outros, são os objetivos fundamentais visados pela República Federativa do Brasil, constituída no regime que valoriza a vontade do povo, sempre exigindo o cumprimento da probidade administrativa.”

⁵⁴ O Min. César Asfor Rocha, no mesmo julgamento, expressou o seguinte entendimento: “Como se sabe, a interpretação literal, sobretudo a interpretação literal dos dispositivos da Constituição, não é o melhor dos métodos de apreensão do significado das normas legais, devendo mesmo ceder o passo a outros que sejam mais hábeis à tarefa de compreensão jurídica, dentre as quais avulta a interpretação funcional-teleológica, que mantém no mais alto nível de consideração a mensagem posta pelo legislador constituinte originário, não permitindo que se perca a sua eficácia pelas armadilhas, restrições e atalhos próprios da legislação infraconstitucional. Como já destacado anteriormente, a recomendação mais constante dos hermeneutas constitucionais é a de que a interpretação da Constituição se faça pelos seus princípios, ao invés de se fazer pelas suas palavras; neste caso, restaria inócua a mensagem do art. 14, pará. 9º da Carta Magna, se lhe fosse dada a interpretação literal, pois ficaria fora da sua incidência saneadora os praticantes de crimes afins, conexos, instrumentais ou de qualquer modo vinculados aos listados no art. 1º, I, “e” da LC 64/90”.

prevalecer sobre todos os demais, para, segundo seu entendimento, evitar-se o risco de retrocesso ao período do Governo Militar, quando bastava uma simples denúncia para inviabilizar candidaturas a cargos eletivos. Demais disso, considerou que o Tribunal não pode se substituir ao legislador, e, em não havendo norma legal expressa exigindo a análise da vida pregressa dos candidatos, não pode ser aplicado diretamente o § 9º, do art. 14, da Constituição Federal que, a seu sentir, carece de regulamentação.

Concurso Público – Inscrição – Vida Progressa – Contraditório e Ampla Defesa. O que se contém no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, a pressupor litígio ou acusação, não tem pertinência à hipótese em que analisado o atendimento de requisitos referentes à inscrição de candidato a concurso público. O levantamento ético-social dispensa o contraditório, não se podendo cogitar quer da existência de litígio, quer de acusação que vise a determinada sanção. (STF, RE, nº 156400-8/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 5 de junho de 1995).

Custódia preventiva não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição – STF - Código de processo penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da constituição. De acordo com o par. 2º do art. 27 da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido. (Tribunal Pleno HC n 68726/DF – Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 26-11-1992 pp-21612 ementa vol-01685-01 pp-00209) - votação: unânime. No mesmo sentido Turma-02 - HC 71089-RJ - Min. Néri da Silveira - DJ 06-12-1996; Turma-01 - HC 074880/RS - DJ 01-08-1997).

Pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena – STF - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. Habeas Corpus indeferido. (Primeira Turma - HC 90645/PE – Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227).

Por outro lado, releva observar que o argumento de inexistência de previsão legal expressa desautoriza o Judiciário a adotar decisões substituindo-se ao legislador, deve ser recebida com reservas, ante os vários e conhecidos casos já decididos em que a Egrégia Corte se escorou, precisamente, na própria Constituição, e o fazendo com acerto, haja vista que não há mais qualquer incerteza quanto ao fato de ser a Carta Magna uma lei, e, como tal, deve ser interpretada e aplicada diretamente, especialmente quando se cuidar de princípios. E foi nessa linha de raciocínio que as ditas decisões foram firmadas.

A título de exemplos podem ser citados alguns casos em que a Constituição foi o único e bastante instrumento para fundamentar as decisões, havendo hipóteses em que, a rigor, a

própria Constituição foi visivelmente tangenciada. Com efeito, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/2005, o STF considerou constitucional a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, que trata do nepotismo do Judiciário. Fundamentou sua posição exclusivamente nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, constantes do art. 37, da CF.

Por sua vez, na ADIn 2.626-DF, e na ADIn 2628-DF, Rel. orig. Min. Sydney Sanches, Red. para o acórdão Min. Ellen Gracie, em que se discutiu a verticalização partidária objeto de Resolução do Tribunal Superior Eleitoral-TSE, posteriormente, no MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, sobre a fidelidade partidária, que igualmente havia sido objeto de Resolução do TSE, foram ambas acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal, com embasamento exclusivo somente nos princípios constitucionais, e, mais, em princípios de caráter abstrato como sói acontecer com os Princípios Democrático de Direito e da Soberania Popular. Pode-se visitar a Constituição inteira que não se encontrará nenhum dispositivo tratando da fidelidade partidária, nada obstante, o TSE e o STF souberam identificar amplamente a exegese principiológica e encontrar a solução adequada que o caso exigia naquela oportunidade.

Para bem ilustrar a posição que eventualmente é adotada, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Ordinário Eleitoral nº 912-RR – Rel. Min. César Asfor Rocha, em que restou revogada a Súmula nº 1 do TSE, pela qual bastava o protocolo de uma ação judicial questionando a desaprovação das contas pelos Tribunais de Contas ou Câmaras Municipais para tornar a pessoa elegível, em seu voto deixou consignado:

Vem-nos, do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal – e interpreto a Lei Complementar nº 64/90 à luz da Constituição, e não a Constituição à luz da Lei Complementar nº 64/90 -, que o acesso ao Judiciário pode ocorrer visando afastar lesão já verificada – direito não é o caso – ou ameaça de lesão a direito. [...] Evoluo para conferir à alínea g do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90 a maior eficácia possível; considero até mesmo a quadra vivida. O direito está em constante evolução.

De outra banda, o Eg. Supremo Tribunal Federal decidiu, no dia 13 de agosto p.p. editar a Súmula Vinculante nº 11, disciplinando o uso de algemas⁵⁵, o que significa, à desdúvida, típica norma de caráter legislativo, todavia, desbordando da autorização que para tanto lhe

⁵⁵ **SÚMULA VINCULANTE 11 - Dje nº 157/2008, p. 1, em 22/8/2008 e DO de 22/8/2008, p. 1.**

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

confere a Constituição, pois, apenas em situações especiais, em que haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicidade de processos sobre questão idêntica (Art. 103-A, § 1º, CF) é que caberá a adoção da medida excepcional. Fatos notoriamente não ocorridos no caso em espécie.

Não carece de grande esforço para se perceber que neste caso o Supremo Tribunal Federal tangenciou claramente as normas constitucionais pertinentes extrapolando os limites expressamente postos pela Constituição no artigo 103-A, § 1º, deixando de atentar para o fato de que existem pressupostos que cobram rigorosa observância para legitimar sua atuação excepcional de legislador em casos que tais, evitando que reste comprometida a repartição das funções estatais.

Importante destacar o alerta que faz Martonio Mont'Alverne Barreto Lima acerca do papel das Cortes Constitucionais, posto que, muito embora reconheça que há pontos favoráveis à sua existência, registra preocupações em face de, costumeiramente, pretenderem substituir o próprio poder constituinte. Por oportuno, colhe-se de suas palavras:

A despeito dos pontos favoráveis às cortes constitucionais, de sua função em sociedades egressas de experiências autoritárias e totalitárias, um aspecto não pode ser ignorado, permanecendo como se não existisse: as cortes constitucionais ultrapassam o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção de separação de poderes e, mais grave, substituindo o poder constituinte.[...] Neste ponto, surge o dilema: por um lado, o controle da constitucionalidade de atos e leis é precioso instrumento para o funcionamento razoável da separação de poderes e mesmo para garantia contra abusos de quem tem o poder; [...] Por este modo de ver, as cortes constitucionais – nos dias de hoje – chamadas diariamente à agenda política das sociedades, transformam-se em autênticos *policy makers*, constroem decisões sobre temas polêmicos nas sociedades, os quais permanecerão por muito tempo em vigor (em muitos casos, esta vigência supera aquelas das leis).⁵⁶

Uma outra situação, desta feita contra a expressa disposição constitucional do art. 37, XI, que proíbe acumulação de proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, que ultrapassem o subsídio mensal, de todo e qualquer agente público, porém, com fundamento em princípio de justiça, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução⁵⁷ nº 42, dispondo que pode haver acumulação de

⁵⁶ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. In: Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 204-205.

⁵⁷ BRASIL. Resolução nº 42, de 11 de setembro de 2007 - Conselho Nacional De Justiça. Dá nova redação ao art. 6º da Resolução nº 13, de 21 de março de 2006; revoga a letra k do art. 2º da Resolução nº 14, de 21 de março de 2006, e acrescenta ao referido artigo um parágrafo único. (Publicado no DJ, seção 1, página 149, do

remuneração com pensão acima do limite constitucional, desde que sejam de origem distintas. Isto é, cada uma das verbas poderá chegar até o limite estabelecido. Cumprindo registrar que todos os órgãos da Administração, inclusive o TCU vêm aplicando esse entendimento do CNJ, sem questionamentos.

Ora, é curial que jamais poderá haver acúmulo de remuneração ou proventos com pensão, sendo esta da mesma origem, por só existir pensão decorrente da morte do titular. Mas, decide-se, interpretando-se os princípios, até mesmo contra normas expressas da Constituição que posteriormente, com a evolução do direito, como afirmou o Ministro Marco Aurélio, venham a se mostrar inconciliáveis com o sentimento de justiça.

A decisão do STF antes referida se deu em uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF N° 144 -, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em decorrência de uma campanha por ela desenvolvida juntamente com outras entidades da sociedade civil, contra a corrupção nas eleições e em defesa dos princípios constitucionais da moralidade, da probidade e da supremacia do interesse público. A medida visou à obtenção de uma posição do Excelso Pretório a fim de solucionar definitivamente a questão e evitar as decisões divergentes que estavam acontecendo em todo país. Em verdade, acreditavam firmemente seus autores que os princípios constitucionais haveriam de prevalecer, a exemplo de outras constitucionais recentes questões apreciadas pela Corte Suprema.

Com a decisão do STF, ocorrida no dia 30 de junho do corrente ano, precisamente no período dos registros de candidaturas desta eleição que se realizará no próximo dia 5 de outubro, a luta contra a corrupção eleitoral sofreu um revés, considerando-se que todas as impugnações a registros de candidaturas oferecidas - a grande maioria pelo Ministério Público Eleitoral -, cujo fundamento era a vida pregressa moralmente comprometida do pré-candidato, tiveram o mesmo destino, ou seja, foram julgadas improcedentes e o registro deferido, por

dia 20/9/07. [...].

Art. 2º “Fica revogada a alínea ‘k’ do art. 2º da Resolução nº 14, de 21 de março de 2006, e acrescido ao referido artigo parágrafo único, com a seguinte redação:

‘Parágrafo único. Para efeito de percepção cumulativa de subsídios, remuneração ou proventos, juntamente com pensão decorrente de falecimento de cônjuge ou companheira (o), observar-se-á o limite fixado na Constituição Federal como teto remuneratório, hipótese em que deverão ser considerados individualmente”.

Art. 3º “Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Ministra Ellen Gracie
PRESIDENTE

força do efeito vinculante da decisão superior. Perdeu-se, dessa forma, uma promissora chance de mudar a história da política corrupta brasileira.

Parecendo discordar da decisão supramencionada é o pensamento de Cármen Lúcia Antunes, ao fazer as seguintes observações:

O Poder Judiciário e a cidadania. O Poder Judiciário é sede da cidadania ativa. Não é apenas no voto em representante seu no Poder Executivo ou em membro do Poder Legislativo que a cidadania se completa. Este voto é uma manifestação temporalmente delimitada, legalmente definida e circunstancialmente objetivada para o exercício do que teria sobrado como poder do povo. A jurisdição, diversamente, é uma via de agitação permanente da cidadania. É por ela que o Direito faz-se vivo e insuperável pela atuação de quantos pretendam transgredi-lo. É pela provocação da jurisdição que o cidadão faz com que o Direito seja universalmente acatado e igualmente imposto a todos. É pela jurisdição que direitos políticos – como aqueles que se referem ao governo honesto, às políticas públicas voltadas à concretização de princípios constitucionalmente definidos e objetivos juridicamente estabelecidos são honrados pelos que estejam no exercício de funções públicas – que se refreia o Poder Público nas estritas balizas do Direito.(Grifou-se).⁵⁸

Cumprido ressaltar que, os políticos cuja vida pregressa não os recomenda, invariavelmente estão envolvidos com processos criminais ou civis de improbidade, decorrentes de condutas ilícitas praticadas quando se encontravam no exercício de mandatos, cargos ou funções públicas, daí essas decisões representarem um “excesso de presunção de inocência”, além de consubstanciarem uma gravíssima ameaça ao interesse público, visto permitir a investidura de habituais e reconhecidos marginais no poder.⁵⁹ Devendo-se acrescentar, ainda, que tais pessoas, ao serem processadas tiveram ao seu dispor a ampla defesa com todos os meios e recursos necessários para demonstrar sua inocência, podendo, até, impedir o desenvolvimento do processo, trancando-o através de um *habeas corpus* ou de uma ação cautelar, contudo, não se valeram desses instrumentos jurídicos, o que enfraquece sobretudo a pretensão de se considerarem inocentes, com fundamento em mero aspecto formal de um dispositivo constitucional olhado insuladamente.

Importante consignar que a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória para só então poder ser aplicada uma causa de inelegibilidade mostra-se um verdadeiro sofisma, considerando-se a realidade brasileira onde os maiores problemas, bem sintetizados no pensamento de Cármen Lúcia Antunes,⁶⁰ porque se complementam e se bastam, são a corrupção e a miséria. Conseqüência dessas duas tragédias é a perpetuação da indigência e

⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.240.

⁵⁹ PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p.92-106.

⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.215.

abandono, ferindo de morte a dignidade das pessoas. A demora para terminar um processo tem significado segura impunidade, preferencialmente para aqueles que detêm robusto poder de caixa para financiar advogados bons conhecedores das filigranas jurídicas para jamais, em hipótese alguma, deixar a sentença transitar em julgado. Até porque, para isso nem é preciso muito esforço, basta promover o sem número de recursos, por quantas vezes desejar e apostar na deficiência crônica do Judiciário. Isso é fato, e ninguém, muito menos os operadores do direito, podem virar as costas a esta realidade.

Há ainda a acrescentar, sobre este aspecto, que o princípio da presunção de inocência não se confunde com o princípio do *in dubio pro reo*, tendo em vista que, neste, havendo dúvida fundada absolve-se, contudo, naquele, mesmo para o réu cuja autoria da conduta criminosa jamais foi negada, é fato público e notório, tem-se que aguardar o trânsito em julgado da condenação para considerá-lo culpado. E, muitas vezes, os recursos interpostos são visivelmente meros instrumentos utilizados como escudo para a impunidade. E o pior é que todos sabem disso.

Ademais, não é recomendável esquecer que, no Recurso Extraordinário o STF não examina a prova, segundo a Súmula 279,⁶¹ o que implica, tão-somente, em mera apreciação da regularidade do devido processo legal. Inocência ou culpabilidade, certamente não será aí que vão ser apuradas. E verdadeiramente é o que acontece, considerando-se que, muita vez, a Corte Suprema se limita a reconhecer a prescrição, dado o tempo transcorrido entre o fato e o julgamento final, não havendo, por óbvio, decisão sobre o crime e sua autoria, e, portanto, o criminoso, condenado em todas as instâncias chega a ser absolvido pelo Supremo, não por ser inocente, mas, por uma falha do sistema jurídico brasileiro que permite sejam eternizados os processos, gerando impunidade que beneficia o infrator e estimula a criminalidade.

4.2 Desconstrução dos princípios democrático e da moralidade

O direito fundamental a um governo honesto pertence a cada cidadão individualmente considerado. Desde Platão já era exigido que o homem público fosse ser detentor de virtudes como a moral, a justiça, o equilíbrio etc. Não era a qualquer um que poderia ser conferido o privilégio de participar das decisões da *pólis*.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>> . Acesso em: 22 jun. 2008.

O grau de relevância social atribuído ao direito fundamental do povo, individualmente considerado, de ter um governo honesto, bem assim, ao direito da Administração de não aceitar em seus quadros indivíduos cuja vida pregressa compromete a confiança e presunção de legitimidade de seus atos, autoriza impor restrições à seleção dos pretendentes. O mesmo ocorrendo com o Legislativo do qual, por maiores razões, exige-se que seus membros, responsáveis pelas leis que governarão toda a comunidade, sejam detentores de virtudes que os façam dignos da confiança que lhes foi depositada para representá-la. Tais valores não se equiparam ao direito individual, ainda que igualmente fundamental, do sujeito se candidatar e disputar um cargo eletivo quando sua conduta ética não o recomenda para o exercício de tão honorável mister.

A dignidade da pessoa humana é, atualmente, tratada pelo direito como a essência, o fundamento da ordem jurídica, e essa dignidade perpassa pelo aspecto individual da liberdade e igualdade na comunidade, daí a razão maior para a proteção dos valores pertinentes aos direitos políticos, até por que, não pode ser esquecido que tais direitos não se restringem à emissão do voto. Com certeza, a liberdade política significa mais que isso. Significa participação efetiva do cidadão e não apenas que ele sirva de instrumento para legitimar qualquer mandato, até mesmo aqueles que impliquem em sua própria espoliação.

Daí decorre a necessidade de ponderação entre os princípios em colisão – direito a um governo honesto, moralidade administrativa, interesse público versus a presunção de inocência – para que seja encontrado o *peso* que irá definir a prevalência. É dizer, se o direito ao mandato, não obstante os reais indicadores de condutas incompatíveis com a magnitude do cargo, devem se sobrepor ao direito a um governo honesto e aos superiores interesses gerais.

Os direitos pessoais devem encontrar íntima relação com a ordem jurídica para que o individual se conjugue com a justa proteção dos interesses alheios e não se desvie dos fins últimos do Estado de Direito. A prevalência dos valores comuns não viola a presunção de inocência, pois, as restrições impostas não têm caráter de pena e o direito individual será restaurado logo que restem superados os motivos que lhes justificaram. Vale dizer, o sacrifício imposto ao indivíduo há de ser proporcional aos benefícios sociais, consideradas as provas apuradas em seu desfavor. Por outro lado, proteger a probidade é preciso, a despeito de, ao final de um eventual processo, não resultar condenação.

Dworkin considera como exigência da moralidade política as virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal, sintetizando-as na integridade. A integridade na concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos sejam plenamente aplicados para justificar a suposta autoridade da legislatura e da lei por ela sancionada. A integridade da justiça exige que os princípios morais sejam aplicados para justificar a substância das decisões. A integridade do devido processo legal exige sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos para os julgamentos. Sintetizando, aduz ser a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, a vida do direito. E em seguida divide a integridade em dois princípios mais práticos: o primeiro é o princípio da integridade da legislação, que pede aos que criam o direito por meio da lei, que o façam mantendo coerência com os princípios. O segundo é o princípio da integridade do julgamento, que requer ao julgador que, ao decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir coerente com os princípios.⁶²

Direito traduz a idéia do correto, do ético, da bondade, da igualdade, em resumo, realização da justiça. Justiça, desde Aristóteles, é concebida como a virtude por excelência, nela se resumindo todas as virtudes, em face de se tornar possível na dimensão do *outro* como *igual*. “A justiça é uma virtude completa porque a pessoa que a possui pode exercê-la em relação ao outro e não só consigo mesmo.”⁶³ Com feito, a justiça tem como conteúdo a igualdade e a liberdade, porque uma não pode dispensar a outra, possuindo a alteridade como elemento essencial ao seu conceito.⁶⁴ É dizer, o “outro” representa a característica especial da justiça, pois, “Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude.”⁶⁵ Cármen Lúcia Antunes Rocha, usando de uma franqueza singular retrata seu sentir:

O Brasil, hoje, tem dois grandes males prioritários: a miséria e a corrupção. O desemprego, conseqüência, em parte, da miséria e que a alimenta para mantê-la e reforçá-la, vive, também em grande parte, da corrupção administrativa. Como ocorre com a própria miséria. A corrupção é, aliás, uma das formas de miséria; ela é a miséria moral, o ponto mais profundo da pobreza ética. A corrupção conduz ou exagera o estado de miséria de um povo. [...] Todavia, para o Direito, a corrupção é a afronta ao sistema normativo estabelecido pela contrariedade ao princípio jurídico da moralidade administrativa.⁶⁶

⁶² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.200-2003.

⁶³ ARISTÓTELES, op. cit., 2006.

⁶⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant- seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p.37-8.

⁶⁵ ARISTÓTELES, op. cit., 1130 a. 5, 2006.

⁶⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.196-215.

Nas decisões acima referenciadas os colendos Tribunais tiveram que enfrentar o desafio de mostrar para a sociedade brasileira quais eram os valores que ela realmente tem assegurado, partindo-se da premissa de que quem diz o que realmente é a Constituição e as leis é o Judiciário. Diante do resultado proferido nas respectivas decisões, mormente a última, por ser oriunda do Supremo Tribunal Federal, com caráter vinculante, uma certeza ficou: os princípios constitucionais fundamentais parecem que não valem para a sociedade que vai continuar convivendo com gestores e legisladores desonestos, permanecendo como vítima indefesa da corrupção.

Foram superestimados os pretensos direitos fundamentais de pessoas cuja vida pregressa e antecedentes as condenam, em detrimento de todos os princípios constitucionais que se destinam à proteção da coletividade e do próprio Estado Democrático de Direito, penalizando a sociedade e transformando a Constituição Brasileira na Constituição de Lassalle (*mera folha de papel*)⁶⁷. Com efeito, o princípio da presunção de inocência, como já antes assinalado, não tem a dimensão que lhe foi emprestada, e, demais disso, o § 9º do art. 14 não foi inserido como um reles engodo semântico destinado a iludir. Basta conjugar o *caput* do referido artigo 14 com seu § 9º e com o art. 1º, parágrafo único, da Constituição, para se concluir rapidamente que tais preceitos *fundamentais ao regime democrático* destinam-se, precisamente, à proteção da cidadania. Normas de direitos fundamentais têm aplicação direta e vinculam todas as instituições, especialmente o Judiciário.

A Justiça, em sentido axiológico, significa virtude, e, sem ela não há possibilidade de convivência social. Quando se decide que criminosos podem exercer mandatos políticos, governar e legislar para uma coletividade, rompe-se com os valores mais elevados desse grupo. Pobre soberano! Pobre povo este que vê sua Constituição interpretada de forma que a torna indigna da cidadania, no momento em que lhe atribuem a capacidade de abrigar e proteger situações ilícitas e imorais. A respeito da responsabilidade do Judiciário, não se pode deixar de trazer a lume, pelo seu significado, um pequeno excerto do voto do Ministro José Delgado, proferido no Recurso Ordinário Eleitoral nº 1069/RJ:

Os conceitos de valorização da cidadania, dos direitos políticos e da probidade administrativa são fixados sob a influência dos princípios que consagram o cumprimento da moralidade pública. Nesta, em sua formação complexa, está inserido o direito do cidadão de ter sua dignidade respeitada, de modo absoluto, consagrando-a com raio expansivo de efetivo reconhecimento de sua proteção pelo Estado e por seus semelhantes. Ela exige tratamento igualitário e de dignificação dos

⁶⁷ LASSALLE, Ferdinand, op. cit., 2001, p.10.

valores espirituais e morais inerentes ao ser humano. Não se resume na proteção do direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem e à presunção de inocência e outros direitos e garantias individuais. Interpretar a lei é, na essência, buscar esses valores que a Justiça tem o compromisso de fazer cumprir. Esse valor-Justiça, quando tumultuado pelo conflito – e conflito existe quando há acenos de descumprimento da moralidade pública pelos homens públicos ou que pretendem exercer cargos públicos – é entregue, por provocação, ao Judiciário para emitir em benefício do cidadão e da solidificação do Estado, a sua interpretação e conseqüentemente tornar eficientes os postulados aqui postos.

Negar eficácia às normas constitucionais, essencialmente princípios estruturais do Estado Democrático de Direito, consubstancia, na verdade, uma *des-democratização*⁶⁸ do Estado brasileiro na medida em que, sob uma interpretação equivocada e frouxa de suas normas, se abre espaço para a imutabilidade do processo de corrupção instalado.⁶⁹

Deveras, de modo geral, a interpretação que costuma ser dada às normas que procuram inibir condutas ou situações que põem em risco a higidez do processo eleitoral é sempre no sentido de flexibilizá-las, o que tem resultado no esvaziamento da *mens legis*, contribuindo decisivamente para manter o *status quo*, cujas conseqüências nocivas foi o que a lei procurou reprimir.⁷⁰ As reflexões de Cármen Lúcia Antunes merecem transcrição, pela perfeita sintonia com a questão em foco:

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Des-democratização. C e D – *Constituição e democracia*. Jornal da Faculdade de Direito – UNB, p.24, jan./fev. 2008. “Des-democratizam-se as sociedades com o aumento das desigualdades sociais, da violência e da insegurança pública. [...] Quando as desigualdades sociais se aprofundam, as políticas públicas, em vez de reduzirem, ratificam-nas. [...] A falta de transparência das decisões e ausência de controle dos cidadãos sobre as políticas públicas. Exemplos: a corrupção endêmica...; o tráfico de influências que domina as privatizações e os investimentos públicos...O aumento da violência e da insegurança. [...] A des-democratização que ocorre no Estado é paralela à que ocorre na sociedade. Degradam-se as redes de confiança e de solidariedade; medicaliza-se a solidão e a angústia; reduz-se ao mínimo a aspiração familiar (a decisão não ter filhos); eleva-se ao máximo o stress familiar quando há crianças e estas são as primeiras vítimas. Se a sociedade politicamente organizada não acionar processos de redemocratização, pode estar em causa a sobrevivência da democracia.” Veja, ademais, o que sustenta Gilberto Dimenstein sobre a ausência de cidadania, ou o que denomina de cidadania de papel: “Tão frágil como o papel e, quase sempre, com seus direitos assegurados apenas no papel. Assim se resume a cidadania no Brasil, onde, apesar de todos os avanços, a regra é a exclusão social, a incapacidade de oferecer um mínimo de igualdade de oportunidades às pessoas. [...] A descoberta das engrenagens é a descoberta do desemprego, da falta de escola, da baixa renda, da migração, da desnutrição, do desrespeito sistemático aos direitos humanos. Com essa comparação, vamos observar como é a cidadania brasileira, que é garantida nos papéis, mas não existe de verdade. **É a cidadania de papel.**” (destaque do autor). DIMENSTEIN, Gilberto. *Cidadão de papel*. São Paulo: Ática, 2005, p 4-5.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003, p. 702, destaca: “[...] descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). *O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo.* Não pode, pois, ser deslegitimado. Afinal, como bem assinala Friedrich Müller, a função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal” (destaques do autor).

⁷⁰ Sobre isso alerta Eros Roberto Grau: “Ora, para que efetivamente corresponda - hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a

O Poder Judiciário e a democracia

O Estado Democrático de Direito depende, então, da constitucionalização legítima do projeto político da sociedade configurada sob o modelo estatal; da atualização permanente do sistema constitucional pela jurisprudência criadora, recriadora e criativa do Direito que impeça o seu esclerosamento e a sua defasagem das necessidades sócio-políticas, ou seja, depende do Direito vivo e em permanente movimento para ter sintonia com a sociedade: com a eficiência do sistema jurídico aplicado para que a democracia não se transforme em anarquia, menos ainda em demagogia. Não se quer o Direito eficaz, mas carente de povo, dele afastado, pois tanto desaguaria em práticas políticas ilegítimas, conquanto legais; nem se aspira ao Estado sem Direito, pois a democracia não conduziria à segurança, em cuja crença se baseia o povo para renunciar ao exercício absoluto de suas liberdades.⁷¹

Diante de lições como esta e tantas outras já referidas, surge uma grande preocupação, porquanto um questionamento tormentoso se faz presente: como justificar à sociedade⁷² que pessoas comprovadamente corruptas e genericamente criminosas, têm o direito de continuar comandando os destinos do povo, quando é regra geral imanente a toda consciência cidadã, que somente aquele que se mostre digno da confiança poderá ocupar os postos na organização governamental.

Impedir que pessoas moralmente comprometidas exerçam mandatos eletivos é um dever constitucional que deve ser cumprido por todos, mas, com prioridade pelo Judiciário em defesa da democracia. O cidadão merece representantes honestos e comprometidos com os superiores interesses coletivos.⁷³ O princípio da moralidade administrativa é tão caro que a Constituição impõe sua defesa até mesmo pelo próprio cidadão, através da ação popular - art. 5º, LXXIII. Vê-se, pois, que não se trata de mera figura de retórica tendente a impressionar falaciosamente a comunidade. Sobre estes aspectos, averba Francisco Gérson Marques:

normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.” GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a interpretação da Constituição e a democracia do sufrágio. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003, p.117.

⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.244.

⁷² PINTO, Djalma, op. cit., 2008, p.95. “Os estudiosos do Direito brasileiro estão devendo respostas às situações que deixam toda a nação perplexa, como, por exemplo, a eleição para o comando de uma cidade de um homicida no mesmo ano em que se envolveu na prática do crime. Possivelmente, assim começa o Estado da criminalidade e termina o Estado Constitucional de Direito.”

⁷³ RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.233-4. “Todos que compartilham da vida em sociedade nela se apresentam titulares de direitos, os quais trazem implícitas garantias para sua efetiva realização, e de remoção de estorvos, tendo de corresponder com acatamento aos deveres que têm perante ela, para que se cumpram os aspectos fundamentais para a forma de viver coletiva, tendo de assim o fazer, não por favor ou homenagem que a ela prestem, mas como obrigação que dela não se podem legitimamente eximir. [...] Não é compreensível que a atividade de participação popular nas latitudes reservadas pelo regime político, em seus fundamentais delineamentos, decaia de sua magnitude pelo interesse social contemplado, para ficar tratado como mera possessão privada, despojando a liberdade sem compartilhar das responsabilidades coletivas, com as quais deve manter-se integrado”.

A corrupção que infecta o Estado é vigoroso contributo à decadência pública. Em sistemas viciados, as forças produtivas são desviadas para o logro das vantagens obtíveis com a corrupção. [...] Num sistema desta forma corrompido, o esforço dos bons cidadãos tende a diminuir, ante o não reconhecimento do mérito de quem labora honestamente.[...] O Judiciário tem relevante papel neste contexto, na medida em que pode (e deve) demonstrar ao jurisdicionado a existência e o respeito do bem mais valioso na convivência mútua: a Justiça.⁷⁴

Vê-se, pois, que no Brasil, pioneira e surpreendentemente, se defende que a ordem social de um Estado seja conduzida por pessoas portadoras de conduta inconciliável com a moral, a honestidade, honradez, boa fé, enfim, com a responsabilidade e dignidade da importância das funções a desempenhar. Ou melhor, admite-se que possa o Estado, em qualquer de suas esferas, entregar os negócios públicos nas mãos de reconhecidos criminosos ou ímprobos para administrá-los, esquecendo-se de que a democraticidade do Estado de Direito tem por pressuposto a moral, a ética e a justiça, e que desconsiderar tais virtudes é construir um Estado anárquico.⁷⁵

Para a interpretação e aplicação da Constituição, a concepção adotada por Eros Roberto Grau é, fundamentalmente, a utilização da ponderação dos princípios jurídicos explícitos e implícitos no texto constitucional, sustentando seu entendimento com as seguintes observações:

Aqui devo salientar, contudo, que, assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas sim o *direito*, não se interpretam textos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. [...] É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (deles = de um determinado direito) princípios. [...] Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios. [...] Além disso, desejo também lembrar que o direito, como observou Ihering, existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele.⁷⁶

Neste contexto, muito embora as decisões dos Tribunais Superiores, STF e TSE, expressem a posição da Justiça brasileira, à qual todos devem se curvar, porém, não significando, *data venia*, que com ela se deva concordar. E assim é, não só pelo fato das razões usadas como fundamento de decidir não se conformarem com a interpretação sistemática da Constitucional que deve levar em conta os princípios da força normativa, da

⁷⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001a, p.127-9.

⁷⁵ A propósito, a situação de violência e desordem que assola o Brasil é um resultado direto de comportamentos estatais semelhante ao ora adotado pelo Judiciário. Como esperar que haja “ordem e progresso” numa sociedade abandonada pelo Estado, onde impera a criminalidade sem controle, como exemplifica a matéria jornalística publicada no Jornal O Povo, de 13.09.2008, p.12: “Relatório financiado pelo governo da Suíça, divulgado no dia 12.09.2008 em Genebra, na presença do Ministro da Justiça Tarso Genro, diz que o Brasil tem 10% dos homicídios do mundo (cerca de 48 mil mortes por ano)”. Qual será o destino deste país, se se seguir neste passo?

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-66.

unidade, da máxima efetividade, da justeza ou conformidade, do efeito integrador e da concordância prática,⁷⁷ mas, também, por toda a essência da construção jurídico-sociológica desenvolvida em torno do princípio da presunção de inocência, sua finalidade e extensão, e, ainda, somando-se a isto, outros fatores particularizados do sistema normativo brasileiro que reforçam e conduzem à firme posição contrária.

Na verdade, parece que pretender adotar a presunção de inocência de forma absoluta é dar um passo demasiadamente longo, implicando desprezo e transgressão a princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito como, *v. g.*, o da igualdade e o da atuação estatal sempre voltada ao bem comum, assim como, os da moralidade e probidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, há de ser destacado, que, na verdade, está-se a cometer um grande equívoco ao considerar condições de elegibilidade ou ausência delas, ou ainda, causas de inelegibilidade como sanções criminais, ou seja, igual a uma pena decorrente do cometimento de uma infração penal. São claramente distintas as situações, pois, ninguém duvida que os requisitos para o cidadão poder se habilitar a um mandato eletivo vão muito além da demonstração de uma conduta proba, considerando que tanto na própria Constituição quanto na legislação infraconstitucional acham-se dispostas inúmeras exigências que devem ser preenchidas a fim de possibilitar a postulação, sem que isso tenha sido entendido, em algum momento, como penalidade cuja aplicação estaria vedada pelo princípio da presunção de inocência. É certo que as situações não se confundem e com suas peculiaridades é que devem ser tratadas. Não se pode confundir sanção penal com medida cautelar de natureza constitucional-eleitoral destinada à proteção do Estado Democrático de Direito e da própria cidadania. A jurisprudência já teve oportunidade de se posicionar acerca dessa questão.

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. INELEGIBILIDADE. CONTAS DO ADMINISTRADOR PÚBLICO: REJEIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 64, DE 1990, ART. 1º, I, 'G'.

I – Inclusão em lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo T.C.U., além de lhe fazer aplicada a pena de multa. Inocorrência de dupla punição, dado que a inclusão do administrador público na lista não configura punição.

II – Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Complementar Nº 64/90, a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

III – À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, 1998, p.1148-51.

IV – Mandado de Segurança indeferido (STJ, MS Nº 22.087-2-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, Seção I, 10.5.96, p. 15.132).

Ademais, está sendo esquecido que o princípio da presunção de inocência tem origem na esfera penal destinando-se à proteção do acusado contra arbitrariedades ou tratamento indigno praticados pelos agentes do Estado no curso de um processo criminal. É dizer, o objeto jurídico protegido pelo princípio sempre foi o próprio homem, o indivíduo contra tratamentos desumanos e indignos à pessoa. Agora, no âmbito eleitoral, a sua aplicação não pode ser igualada ao penal, pois, aqui, se trata de direitos políticos, onde imperam os princípios da soberania popular e da democracia. No primeiro, cuida-se de direito subjetivo individual a ser oposto ao Estado. Enquanto no segundo, o pretense direito subjetivo do candidato com maus antecedentes colide de forma direta e imediata com o direito subjetivo dos membros da coletividade de terem um representante digno e honesto no parlamento e na administração. E, de forma mediata, com o direito da Administração Pública de não admitir em seus quadros pessoa cuja idoneidade moral seja incompatível com o exercício de cargos ou funções.

No voto proferido no RO nº 1069/RJ, TSE - 20.9.2006, o Min. Carlos Ayres de Britto, após tecer várias considerações acerca da estrutura e disposição dos princípios em blocos na Constituição, destacando os vínculos decorrentes dessa localização com os princípios estruturantes e a importância que pode ser extraída daí, distinguiu as situações pertinentes aos direitos individuais, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, dos direitos políticos, que, muito embora sejam igualmente fundamentais, têm perfil normativo e político-filosófico próprio, se aproximando do que denomina de proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa. Com efeito, assentou o Ministro:

[...] Dois geminados princípios que também deitam raízes no Estado liberal, porém com esta marcante diferença: não são pessoas que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa, mas eles é que são imediatamente servidos pelas pessoas. **Quero dizer: os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, diferentemente, pois, do que sucede com os titulares de direitos individuais e os titulares de direitos sociais. Veja-se que, enquanto os detentores dos direitos sociais e dos direitos individuais e coletivos são imediatamente servidos com o respectivo exercício, e só por defluência ou arrastamento é que resultam servidos os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o contrário se dá com o desfrute dos direitos políticos. Aqui, o exercício de direitos não é para servir imediatamente a ninguém, mas para servir imediatamente a valores: os valores que se consubstanciam, justamente, nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa.** (Grifo no original).

É intuitivo que os princípios constitucionais de maior realce na estrutura normativa do Estado têm conteúdo axiológico superior a outros, ainda que também sejam da mesma hierarquia. Assim, por exemplo, os princípios da Administração Pública revestem-se de proeminência em relação a outros princípios esparsos no texto da Constituição. Bem a propósito, sobre isso se manifesta Ana Paula de Barcellos:

No próprio seio do texto constitucional é possível distinguir níveis de fundamentalidade jurídica. [...] Quando a Constituição lista os fundamentos da República Federativa Brasileira (art. 1º), ou quando abre um capítulo (Administração Pública, Tributação, ordem Econômica etc.) e estabelece os princípios gerais da matéria, não há dúvida de que tais comandos têm uma ascendência axiológica e funcional sobre os demais, mais ou menos ampla, conforme a espécie de princípio, ainda que se considere que todos têm a mesma hierarquia. O mesmo acontece quando determinada disposição serve de matriz lógica para uma série de outras ao longo do texto constitucional, que acabam por funcionar como desdobramento de sua idéia inicial, como acontece, *e.g.*, com a que prevê o regime democrático e a dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Dessa forma, os princípios da Administração Pública, por se revestirem de natureza axiológica superior, exigem que os demais princípios, para poder conviver no sistema, com eles se harmonizem, e, ainda, em situação de conflito, deverão ceder em face da dimensão de *peso* menor que ostentam.

Em estando correto este raciocínio, como se crer que esteja, o princípio da presunção de inocência não pode ser colocado acima de nenhum dos princípios gerais da Administração, dentre eles o da moralidade, que avulta com maior relevo. Enfim, estando assente que a moralidade é o parâmetro da Administração, é mister impedir a realização de práticas que findem por negá-lo.

Portanto, a disposição constante do § 9º do art. 14, ao exigir análise da vida pregressa para proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, a normalidade e legitimidade das eleições, não fez nada mais do que conferir densificação⁷⁹ para concretizar os princípios gerais da moralidade e da probidade administrativa, por sua vez previstos no art. 37, ambos da Constituição Federal.

Ora, se a moralidade e a probidade são princípios gerais que devem ser observados por todos os setores públicos, inclusive pelos particulares que se relacionem com a Administração, ressumbra de clara evidência que, no pertinente à questão eleitoral, o disciplinamento foi dado expressamente pelo mencionado § 9º, do art. 14.

⁷⁸ BACERLLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, 2008, p.138-9.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, 1999, p.1127.

E descabe o argumento de que há necessidade de lei definindo o que seja vida pregressa, pois, assim como o conceito de *moralidade* é fluído o de *vida pregressa* também o é, mas, nem por isso torna-se impossível aferir seu sentido e extensão. Até porque, são conceitos que a sociedade consegue apreender pela própria noção de ética e moral que a mais elementar inteligência é capaz de formular, precisamente em decorrência dos valores que a comunidade cultiva e defende como os mais relevantes para a convivência social.

Por seu turno, vida pregressa não é só o hoje; vida pregressa é toda a história da pessoa, são seus bem-feitos e seus mal-feitos que irão fornecer o perfil de homem honrado ou desonrado. Não se confunde com condenação criminal, porquanto, não decorre somente desta, vale dizer, quem possui condenação penal, com certeza está com a vida pregressa maculada, todavia, a recíproca não é verdadeira, pois, um histórico de vida moralmente inidôneo não exige, necessariamente, processos e condenações criminais.⁸⁰

Por outro lado, existem inúmeros conceitos indeterminados no ordenamento, tais como: *dignidade humana, conveniência para o serviço, oportunidade, ordem pública, bons costumes, perigo público iminente* etc, tudo conduzindo ao preenchimento da abertura da norma por ocasião da aplicação, quer com a lei prevista, quer com determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, isso decorrendo da impossibilidade de previsão específica e fechada.

Mas, não só por isso o § 9º, do art. 14 deve ter aplicação direta, haja vista que, adotando-se a classificação de José Afonso da Silva, o dito dispositivo se enquadra como *norma de eficácia contida*, cuja aplicação é imediata, com produção de todos os efeitos pretendidos, podendo, apenas, vir a tê-los restringidos se uma eventual lei vier a delimitar seu amplo alcance. Relativamente à primeira parte do dispositivo, no que tange à previsão de lei para definir outros casos de inelegibilidades, aí sim, se cuida de norma de eficácia limitada, pois, somente por meio de lei poder-se-á criar outras inelegibilidades.

⁸⁰Veja-se a definição de “antecedentes” no âmbito criminal, posto ser equivalente ao conceito de “vida pregressa” previsto pela Constituição: “Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida anteaacta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca se restringindo simplesmente à existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação para o trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los de bons ou maus.” (RJDTACRIM 7/191-2). MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, p.328.

Na opinião de José Afonso, as normas de *eficácia contida* são aquelas que geralmente exigem legislação futura, não para completar-lhe a eficácia, mas, para restringir-lhe, para impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico.

Em complemento, acresce que, algumas normas desse tipo já indicam diretamente elementos de sua restrição dispensando uma lei para isso, tal ocorrendo com determinados conceitos de larga difusão no direito público como por exemplo *ordem pública, integridade nacional, bons costumes, utilidade pública etc*, o que, com a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam limitações de sua eficácia.⁸¹ Exemplificativamente, tem-se o texto do próprio § 9º em referência, ao dispor que a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Vê-se, pois, que a norma ao estabelecer que a lei definirá *outros casos de inelegibilidade*, quer significar que somente através de lei complementar poderá haver definição de novas hipóteses de inelegibilidades, e, especificamente, que esta lei só poderá cuidar exclusivamente de hipóteses que se destinem àqueles objetivos, quais sejam, à proteção da probidade, da moralidade etc, sendo-lhe interdito descer a outras situações. E só, e somente só nesta parte sua eficácia é limitada. Porém, ao prever que tais hipóteses futuras – mas não só estas, evidentemente, posto que as já existentes também têm o mesmo objetivo – destinar-se-ão à **proteção da probidade, da moralidade** e da legitimidade das eleições, já fornece expressamente o motivo – proteção da probidade e moralidade – assim como o meio – considerar a vida pregressa. Portanto, nesse particular a norma é de *eficácia plena e aplicação direta*, haja vista que, por se tratar de um conceito indeterminado – vida pregressa – dispensa detalhamento, como se dá em outras situações já mencionadas como ordem pública, bons costumes etc. A lei exigida é tão-somente para definir outras situações, no entanto, se for editada uma norma legal dizendo o que pode ser entendido como *vida pregressa* para fins eleitorais, o seu alcance será simplesmente de restrição ao conceito aberto, porque, precisamente por ser aberto, ele pode sofrer limitações. Contudo, isso não autoriza entender que a norma seja ineficaz, ou, que sua eficácia seja limitada, porquanto esta é hipótese diversa, para a qual exigem-se outras características.

⁸¹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.103-4.

Sem dúvida, conforme doutrina José Afonso, normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais, porque o constituinte resolveu não estabelecer uma normatividade bastante, preferindo deixar essa tarefa ao legislador ordinário, daí que sua aplicabilidade é *indireta, mediata e reduzida*, visto que somente após a edição da norma exigida será desenvolvida sua plena eficácia. Não deixando, por isso, de produzir certos efeitos, apenas não aqueles essenciais que são precisamente seu objeto.⁸² Até mesmo porque, não existe norma constitucional desprovida de eficácia. Toda constituição nasce para ser aplicada.⁸³ Qualquer preceito constitucional que contiver um *mínimo de eficácia* tem a possibilidade de produzir, concretamente, efeitos jurídicos.⁸⁴

Para melhor esclarecer a questão é interessante reproduzir as características apontadas por José Afonso da Silva para as normas de eficácia contida.

1 – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; *mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.*

2 – Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

3 – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

4 – Algumas dessas normas já contém um conceito ético juridicizado (*bons costumes, ordem pública etc*), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. (Grifou-se).

5 – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressuposto de fato (estado de sítio, por exemplo).⁸⁵

Detalhando pormenorizadamente a questão, o mesmo Autor faz referência exemplificativa de várias normas constitucionais de eficácia contida, tais como as do artigo art. 5º, no inciso VIII, ninguém será privado de direitos por motivo de crença..., prestação alternativa, *fixada em lei*; inciso XIII, exercício de qualquer trabalho..., *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*; e, ainda, o art. 37, inciso I, acesso aos cargos públicos mediante concurso, *preenchidos os requisitos estabelecidos em lei*.

E, mais à frente, e isto muito interessa à questão, comenta sobre as *normas constitucionais de contenção da eficácia de outras*, ai encontrando-se objetivamente explicitadas as circunstâncias do art. 14, § 9º, da Constituição, onde se vê o seguinte:

⁸² SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.83.

⁸³ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.47.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.85.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.104-5.

Já indicamos a norma do art. 15, IV, que importa contenção da ampla aplicabilidade das normas do art. 5º, IV, VI e VIII, em hipótese particular, à lei prevista neste último dispositivo. Exemplo mais notório e expressivo, contudo, encontraremos no art. 14, § 9º, onde se estatui que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade. Aqui, denotamos a complexidade da questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Primeiro porque nesse dispositivo se inscreve uma norma de eficácia limitada e porque dependente de lei no que tange à instituição de outras inelegibilidades, *cuyo objetivo e conteúdo básico estão nele delineados; neste, aliás, a Constituição já estatui casos de inelegibilidade, de aplicabilidade imediata*. Assim, em segundo lugar, pois, temos que algumas hipóteses de inelegibilidades já decorrem da própria norma constitucional (art. 14, §§ 4º e 7º), enquanto outras dependem de lei complementar, nos limites dos objetivos e conteúdo do § 9º do mesmo art. 14: ‘proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a moralidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração.’⁸⁶ (Grifou-se).

Esta é a eficácia jurídica que José Afonso cuida de forma esclarecedora, e, com apoio em Ruy Barbosa, acentua que:

[...] não há, em uma Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos’. Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos por meio de legislação ordinária. [...] Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*.⁸⁷ (Grifo do autor).

Para Luís Roberto Barroso, além da eficácia jurídica também deve estar presente a eficácia social, ou seja, os mecanismos para sua real aplicação, para sua *efetividade*. Considerando que se deve entender por *efetividade*, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.⁸⁸

Interessante destacar a visão de Maria Helena Diniz a respeito da eficácia social da norma jurídica, para quem, não basta apenas a relação *semântica* da norma com a realidade social, exigindo, também, sua relação com os valores positivos. Aduz, portanto, que será eficaz, semanticamente, a norma constitucional que tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos, sendo por isso obedecida. A eficácia,

⁸⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.107.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.77.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., 2006b, p.82-3.

neste sentido, decorre da eficiência, de ser verdadeiramente obedecida a norma no meio social a que se destina.⁸⁹

Para bem identificar a assertiva firmada, a autora sustenta, enfaticamente, usando sugestivamente como exemplo o art. 14, § 9º, da Constituição, asseverando que:

O art. 14, § 9º, da Carta Magna, ao estatuir: 'Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta', também não encontrará respaldo na realidade fática, sendo desobedecido. Há repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros? Em matéria eleitoral, o que houve, há e haverá é o abuso não só do poder econômico, mas também do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.⁹⁰

O raciocínio acima bem reflete a realidade, e mais, revela o lado mais perverso da situação, que é a sistemática recusa em operar as mudanças por quem detém o poder e a responsabilidade para fazer acontecer. Com efeito, a quem compete dar cumprimento a Constituição quando ela não é espontaneamente obedecida ou, quando seus comandos carecem de interpretação para sua fiel execução, é ao Judiciário. Porém, quando este se omite ou se coloca em posição contrária aos interesses da coletividade, como no caso sob exame, a sociedade fica desassistida, eis que não tem a quem mais recorrer.

A rigor, na hipótese do § 9º, do art. 14, a consequência que se lhe tem de emprestar, somente poderá ocorrer por intermédio do Judiciário, haja vista a maneira como se acha redigido o dispositivo, ensejando interpretação sistemática, harmônica e com determinação axiológica em busca de obter a melhor decisão de proporcionalidade entre os princípios em conflito. Deixar de aplicar a norma é negar eficácia aos princípios constitucionais. O voto do Rel., Min. José Delgado no Recurso Ordinário Eleitoral nº 1.133/RJ, bem identifica esse aspecto:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. INDEFERIMENTO. REGISTRO DE CANDIDATURA. EXAME DE VIDA PREGRESSA. ART. 14, § 9º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL. PROVIMENTO.

1. O art. 14, § 9º, da CF, deve ser interpretado como contendo eficácia de execução auto-aplicável com o propósito de que seja protegida a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006, p.64.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006, p.66-7.

2. A regra posta no art. 1º, inciso I, g, da LC nº 64, de 18.05.90, não merece interpretação literal, de modo a ser aplicada sem vinculação aos propósitos da proteção à probidade administrativa.
3. A autorização constitucional para que Lei Complementar estabelecesse outros casos de inelegibilidade impõe uma condição de natureza absoluta: a de que fosse considerada a vida pregressa do candidato. Isto posto, determinou expressamente: o candidato que tenha sua vida pregressa maculada não pode concorrer às eleições.
4. A exigência, portanto, de sentença transitada em julgado não se constitui requisito de natureza constitucional. Ela pode ser exigida em circunstância que não representam uma tempestade de fatos caracterizadores de improbidade administrativa e de que o candidato não apresenta uma vida pregressa confiável para o exercício da função pública.
5. Em se tratando de processos crimes, o ordenamento jurídico coloca à disposição do acusado o direito de trancar a ação penal por ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia. Em se tratando de acusação de prática de ilícitos administrativos, improbidade administrativa, o fato pode ser provisoriamente afastado, no círculo da ação ordinária, por via de tutela antecipada, onde pode ser reconhecida a verossimilhança do direito alegado.
6. No entanto, no julgamento do RO nº 1.069/RJ, Rel., Min. Marcelo Ribeiro, sessão de 20.9.2006, esta Corte assentou entendimento segundo o qual o pretense candidato que detenha indícios de máculas quanto a sua idoneidade, não deve ter obstaculizado o registro de sua candidatura em razão de tal fato.
7. Desta forma, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, alinhando-me a novel jurisprudência do TSE, ressalvando meu entendimento.
8. recurso ordinário provido. (TSE - Sessão de 21.9.2006).

Depõe, ainda, a favor da aplicação direta e imediata do § 9º, do art. 14, comprovando claramente que a LC nº 64/90 não tem por objetivo impedir a análise da vida pregressa e conseqüente indeferimento de candidatura decorrente dos fatos desabonadores apurados, o quanto contém nos seus arts. 7º, parágrafo único e 23, os quais, cuidando precisamente de inelegibilidade, são expressos ao determinar que o Juiz ou Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, devendo atentar para as circunstâncias ou fatos, ainda que não alegados pelas partes.

Sem dúvida, determinando os preceptivos que, encerrado o prazo para alegações o Juiz ou o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral, evidentemente está indicando que o objetivo da norma é, precisamente, o de buscar todos os elementos para formar o juízo de valor sobre a situação do candidato, independentemente de seus antecedentes criminais, liberando o magistrado para aferir as condições morais e éticas que dão conformação à honra e dignidade da pessoa.

Resta patente que o desiderato da norma é o de proporcionar à Justiça Eleitoral a oportunidade de averiguar o histórico da vida do candidato, não se limitando apenas à conferência das certidões que devem ser juntadas. Até mesmo porque, se nestas contiverem

eventuais condenações, defeso será ao Juiz Eleitoral fazer qualquer juízo de valor sobre elas, visto que seu conteúdo encerra uma certeza absoluta.

Mas, é relevante destacar que, a despeito das hipóteses acima demonstrarem a constitucionalidade da aplicação direta do § 9º, do art. 14, se ainda assim persistir a insistência de que há vedação legal à análise da vida pregressa, é possível apontar uma circunstância que conduz, decididamente, ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar Nº 64/90 – Lei das Inelegibilidades - pois, conforme se verá em seguida, tal norma não se harmoniza com a Constituição desde antes da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, havendo ficado, após esta norma, definitiva e insuperavelmente incompatível.

Vale dizer, a interpretação que se der à LC nº 64/90 pode conduzir a duas hipóteses. A uma, ela é constitucional porque compatível com o disposto no § 9º, do art. 14, visto que seus dispositivos não impedem o exame da vida pregressa, e, por conseguinte, a efetividade dos princípios da moralidade e probidade administrativa, de acordo com o que antes se procurou demonstrar. A duas, se se entender que ela impede ou inviabiliza o cumprimento do art. 14, § 9º, aí não há como deixar de reconhecer sua inconstitucionalidade, o que será analisado logo adiante.

Pois bem! Qual seria a intenção do legislador, não através de uma lei complementar, ou mesmo por meio de uma lei ordinária, já que qualquer delas poderia perfeitamente ser utilizada, mas, por uma Emenda à Constituição que, em última análise é a própria Constituição, exigir que a vida pregressa de candidatos fosse avaliada para que se lhe seja franqueado o acesso aos cargos eletivos, quando é sabido que não se elabora uma norma constitucional se não houver uma real necessidade⁹¹ decorrente de fatos que cobram a proteção da ordem e da paz social?

Sim, porque especificar o que pode ser considerado comprometedor para fins eleitorais, não pode ser entendido como causa de inelegibilidade, daí não ser vedado o instrumento da lei ordinária, a exemplo do que ocorre em diversas situações espalhadas por várias normas legais, como v. g., o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), a Lei das Eleições (Lei nº 9504/97) e a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/65), onde são encontradas inúmeras situações que impedem a candidatura, sem que nenhuma delas seja considerada sanção criminal. A não ser, o que não se acredita, que dita Emenda tenha tido o mero intuito de ludibriar a cidadania.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006, p. 86.

Assim, a Lei Complementar nº 64/90, ao prever as diversas causas de inelegibilidades e para algumas delas exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória, impede que o § 9º, do art. 14, da CF tenha efetividade, segundo o entendimento preponderante do Judiciário, como já foi demonstrado anteriormente. Porém, resta de indubitosa certeza que isso malferde de forma grave o mandamento inserto no mencionado preceptivo constitucional, porquanto, uma reflexão sobre o antecedente histórico conduz ao entendimento de que, em tendo sido a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, posterior à LC nº 64/90, na medida em que esta última inviabiliza a efetividade daquela, revela-se claramente sua incompatibilidade, razão pela qual, em virtude da hierarquia das normas, a lei tem de ceder à força da norma constitucional.

É cediço que, quando as normas legais anteriores à Constituição com ela não se compatibilizarem haverá, para uns, *inconstitucionalidade superveniente*⁹², enquanto para outros, o que ocorre é uma questão de *nulidade*, porém, para todos significando que as normas anteriores incompatíveis não podem permanecer eficazes.

Para Jorge Miranda, se trata de inconstitucionalidade superveniente, pois, a nova ordem constitucional provoca a inteira renovação do Direito ordinário anterior. Considera que não é mero problema de jurisprudência de conceitos, pois as conseqüências são distintas, dependendo de se considerar inconstitucional ou mera revogação. As normas legais e regulamentares anteriores à entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas. Ou seja, a superveniência de nova Constituição, ou de uma sua revisão, acarreta *ipso facto*, pela própria função e força de que se investe, o desaparecimento das normas com ela desconforme. E mais adiante acrescenta:

A inconstitucionalidade superveniente exprime uma valoração negativa da ordem jurídica, moldada por novos princípios ou normas constitucionais, relativamente à lei anterior. É essa valoração que determina a cessação da vigência da lei, e determina-a por caducidade e não por revogação, pois que, em face de sua desconformidade com a Constituição, doravante a lei deixa de ter uma condição intrínseca de subsistência, independentemente de qualquer ato de vontade especificamente dirigido á sua eliminação. [...] Uma norma constitucional revoga uma outra norma constitucional, como uma norma legal revoga outra norma legal.⁹³

⁹² Canotilho entende que existe inconstitucionalidade superveniente quando uma nova constituição ou uma lei de revisão constitucional estabelece disciplina normativa assente em regras e princípios contrários a leis anteriores. A declaração de inconstitucionalidade, neste caso, retroage somente até o momento em que teve início a vigência do parâmetro constitucional posterior. Produz duplo efeito: *ex tunc* e *ex nunc*, pois, retroage parcialmente para alcançar a entrada em vigor da nova ordem constitucional e não a entrada em vigor da própria lei, mas, também, os efeitos não só para frente, porque retroage a entrada em vigor da norma constitucional superveniente. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.948.

⁹³ MIRANDA, Jorge, op. cit., 2002, p.461-6.

No Brasil o entendimento que prevalece, inclusive pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, é o da nulidade, aduzindo Luís Roberto Barroso que:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. [...] O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada. [...] As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas (é minoritária, no direito brasileiro, a corrente que sustenta que a hipótese seria de inconstitucionalidade, passível de declaração em ação direta ajuizada para esse fim.⁹⁴

Daniel Sarmento, comentando a questão da inconstitucionalidade superveniente, alerta que ela pode ocorrer de duas formas: a) decorrente da não recepção de uma norma infraconstitucional, pela sua incompatibilidade material com a nova constituição, ou com uma sua reforma; b) a resultante de mudanças substanciais nas relações fáticas subjacentes à norma, ou de interpretação evolutiva da Constituição. Salientando que a primeira hipótese é rejeitada pela jurisprudência majoritária do STF, tendo sido voto vencido na ADIN nº 2, julgada em 6.2.1992, o Min. Sepúlveda Pertence, acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. Conclui afirmando que, a inconstitucionalidade superveniente, pela sua própria natureza, representa uma necessária exceção ao postulado da retroatividade plena da decisão de controle de constitucionalidade.⁹⁵

José Afonso da Silva aceita a tese de que há revogação afirmando que qualquer das normas constitucionais, seja de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada, inclusiva as programáticas, revogam as leis anteriores que com elas sejam incompatíveis. Isto é, as leis anteriores com elas incompatíveis devem ser consideradas revogadas, por inconstitucionalidade⁹⁶. Também assim entende Maria Helena Diniz, para quem a nova ordem constitucional ab-revoga todas as normas anteriores que com ela estejam em contradição, pouco importando a natureza dessas normas, sejam ordinárias, complementares, regulamentares, atos administrativos.⁹⁷

Como visto, quer se considere a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, quer de revogação da lei anterior à Emenda Constitucional, na prática, importa na perda de sua

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006a, p.20-30.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Coordenação de José Adércio L. Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.25-9.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.163.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006, p.48.

eficácia por se encontrar em desconformidade com a nova ordem, resultando, portanto, em vício insanável sua aplicação aos casos concretos. Assim, a Lei Complementar nº 64/90, ao lhe ser conferido o sentido de não se conciliar com a exigência constitucional de avaliar a vida pregressa do candidato para ser-lhe facultado o acesso aos cargos eletivos, exigência esta que lhe é posterior e se esteia nos princípios gerais da moralidade, probidade e supremacia do interesse público, se acha fulminada pela incompatibilidade.

Um outro aspecto interessante e que merece ser considerado é o fato de haver normas constitucionais que José Afonso⁹⁸ denomina de *normas de contenção de eficácia de outras normas* e Maria Helena Diniz nomeia de *normas limites*, cujo destino é o de vincular o Poder Público ou todos os órgãos estatais, estejam ou não positivadas em normas legais, administrativas ou judiciais, impedindo que a legislação, a administração e a justiça emitam comandos que lhe sejam incompatíveis. Tais normas constitucionais são enunciadoras de princípios gerais e fins, para que sejam traduzidas em normas específicas, na disciplina de determinadas matérias, e possuem *eficácia negativa* determinando uma ação ou omissão. As normas com *eficácia negativa* prescrevem um caminho ao legislador, ao administrador e ao juiz, sem, contudo, constrangê-los a segui-lo, porém, compelindo-os a não tomarem a diretriz contrária, sendo, por isso, paralisante das normas que com elas conflitarem. Dentre os exemplos apontados, os referidos Autores citam o art. 14 e o art. 37, I, da Constituição.⁹⁹

A interpretação constitucional deve ser realizada através do método teleológico (buscando sua finalidade), e do método sistemático (contextualidade) a fim de ser alcançado o objetivo da norma constitucional¹⁰⁰. Nessa linha de raciocínio, fica difícil aceitar a tese de que a Lei Complementar 64/90 não seja inconstitucional, considerando-se que, em verdade, ela não se concilia com os princípios constitucionais gerais, e, ainda, conflita visivelmente com o § 9º, do art. 14, da Magna Carta, impedindo-lhe de produzir eficácia. Mas, afora tudo isso, ainda se pode apontar outros não menos relevantes empecos à legitimidade da referida norma legal.

Inicialmente, convém destacar o engano que parece haver no sentido extraído da mencionada lei, no ponto em que define causas de inelegibilidade no art. 1º, inciso I, letras *e* e *h*, ai mencionando sentença criminal transitada em julgado, haja vista que, a rigor, o que a norma está afirmando, não é que alguém seja inelegível após o trânsito em julgado da

⁹⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2004, p.107.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006, p.121-6.

¹⁰⁰ MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.142.

sentença penal condenatória, pois, seria acaciano pretender afirmar isso, considerando que a própria Constituição determina expressamente, no art. 15, inciso III, que a condenação criminal transitada em julgado é condição para a suspensão dos direitos políticos. Demais disso, esta condição é objetiva, como decorrência natural da sentença criminal condenatória, dispensando qualquer manifestação expressa do julgador. Por outro lado, também não pode, ao fim e ao cabo, submeter-se a qualquer juízo de valor da Justiça Eleitoral.

Ante tais circunstâncias, a única conclusão razoável que se vislumbra, é que a norma legal está usando a sentença condenatória com trânsito em julgado, depois de cumprida a pena, como mera referência para estabelecer a inelegibilidade por três anos. Vale dizer, a inelegibilidade prevista nesta lei, não decorre diretamente da sentença penal condenatória, é mero desdobramento, é um *plus* à sanção penal, desde que devidamente cumprida a pena imposta. Se a sentença transitou em julgado, mas a pena não foi cumprida, evidente que não incidirá a inelegibilidade por ela prevista, conquanto esteja o condenado com os direitos políticos suspensos.

Ora, seria truísmo a lei exigir o trânsito em julgado de sentença criminal para tornar alguém inelegível quando, na verdade, a pessoa em tal situação já se acha com os próprios direitos políticos suspensos. Portanto, nas hipóteses de crimes contemplados pela norma legal em referência, é impertinente cobrar o trânsito em julgado da condenação para considerar o indivíduo inelegível, pois, ele já se acha inelegível independentemente do que diz a lei. A sua eficácia somente ocorrerá a partir do cumprimento da pena, e, assim, a contar desse momento é que ela devia prevê a inelegibilidade. Dizendo de outro modo, não é por força desta lei que o criminoso ficará inelegível com o trânsito em julgado da condenação, visto que ela somente atuará quando cessado o cumprimento da sanção. Se, *v. g.*, durar trinta anos a pena, o condenado estará com os direitos políticos suspensos durante todo esse tempo, e, não com uma causa de inelegibilidade decorrente desta Lei Complementar nº 64/90.

Relevante o ponto de vista de José Rubens Costa, com o qual se concorda, em parte, ao sustentar que esta alínea “e” do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/90 é inconstitucional, por haver regulado tipo *crime* como causa de inelegibilidade, quando essa hipótese já é uma decorrência lógica da suspensão dos direitos políticos, prevista do art. 15, III, da CF. Aduz que a norma devia se amoldar à previsão constitucional que era a de regular outros casos de inelegibilidade destinados à proteção da normalidade das eleições contra o abuso do *poder político e*

econômico, decorrendo daí a inconstitucionalidade pela condenação criminal. Considera de plena eficácia as normas constitucionais, independentemente de regulamentação¹⁰¹.

Considera-se, discordando do sobredito Autor, no que diz respeito à incompatibilidade com a atual normatividade constitucional, apenas em decorrência da impossibilidade da constitucionalização de norma originariamente inconstitucional, que a LC nº 64/90 não se harmonizava com os princípios fundamentais da Constituição antes e tampouco depois da ECR nº 4/94, e não só em relação a esta alínea *e*, mas, em todas as hipóteses impeditivas de exame da vida pregressa dos candidatos. Isso, reitera-se, aceitando, em tese, a premissa dos que pensam que a lei em comento veda a aplicação das condições de elegibilidades positivas e negativas, *i. é.*, daquelas que devem estar presentes e daquelas que não podem estar presentes, para que o candidato se ache habilitado a concorrer. Insista-se, causas ou circunstâncias que impedem o indivíduo de se candidatar a um mandato eletivo, *não são* apenas as que se encontram dispostas na LC nº 64/90, sem embargo de ser “vedado” assim denominá-las.

Afora este aspecto, tem ainda um outro no mesmo inciso, na letra “i”, onde a lei dispõe, em absurda e inexplicável violação ao princípio da presunção de inocência, **considerando culpado, sem processo e, por conseguinte, sem formação de culpa**, enquanto não tiver reconhecido sua inocência, todo aquele que houver exercido em estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro, cargo ou função de direção nos doze meses antes da liquidação judicial ou extrajudicial.

Deveras, se se considerar, como desejam os defensores da presunção de inocência sem limites que são legítimas as normas da Lei Complementar nº 64/90 exigindo o trânsito em julgado de sentença condenatória para considerar alguém inelegível, precisa-se justificar esta situação acima descrita, em que sequer é exigido um processo muito menos uma condenação.

É evidente o paradoxo dessa norma legal, considerando-se que, ora exige o trânsito em julgado de condenação para impor inelegibilidade, ora dispensa até mesmo o mínimo

¹⁰¹ COSTA, José Rubens. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.152-160. Sintetizando diz o autor “Reitere-se, assim, que o § 9º, do art. 14 da CF não comportava a regulação do tipo *crime* como causa de inelegibilidade. [...] A nosso ver, as normas constitucionais são sempre eficazes, com ou sem regulamentação. A eficácia conduz, no mínimo, ao dever de aceitação dos textos para a interpretação do Poder Judiciário de Poder Executivo como direito público subjetivo. A efetividade dos direitos fundamentais encontra-se assente na doutrina, mormente a alemã, que entende os direitos fundamentais como normas jurídicas independentemente de qualquer regulação mesmo na própria Constituição. As normas que regulamentam os direitos e garantias individuais são normas de aplicação imediata e não normas programáticas ou carentes de regulamentação.”

procedimento destinado à apuração de responsabilidade, condenando por presunção. A supremacia do interesse público é tão relevante quanto, em todas as hipóteses, bem como o direito público fundamental de cidadania que subjaz em todas as situações também deve ser objeto de igual proteção.

Ou se compreende que é possível, num Estado Democrático de Direito, condenar por mera presunção, ou, as causas de inelegibilidades que a LC 64/90 contempla não se revestem do caráter de pena, mas, tão-só da natureza de medida cautelar de defesa dos superiores valores coletivos. Esta última hipótese é a que se mostra passível de aceitação, porque na gramática de direitos humanos não cabe conjugar a prática de razões distintas para situações iguais.

Merece considerar, por demais, a circunstância de que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, assim, partindo-se desse pressuposto, não é fácil admitir que a LC nº 64/90 estabeleça causas de inelegibilidades somente quando o bem jurídico protegido for, diretamente, o Estado, como sói acontecer nas hipóteses das alíneas “e” e “i” do dispositivo sob exame, eis que, todos os delitos aí contemplados têm como sujeito passivo o próprio Estado, ao tempo em que ignora os outros crimes gravíssimos praticados contra a pessoa, como *v. g.*, o latrocínio, a extorsão mediante seqüestro, roubo qualificado etc, posto que, não se mostra razoável pretender associar à inelegibilidade ou suspensão dos direitos políticos somente às infrações diretamente relacionadas com a administração, haja vista que, seria absurdez defender que um serial killer pudesse desempenhar um mandato parlamentar ou executivo, pela singela razão de que seus crimes não ofenderam diretamente os interesses estatais.

Há mais algumas situações que revelam o divórcio dessa Lei das Inelegibilidades com os demais princípios, podendo ser lembrado, *v. g.*, o absurdo que contém o art. 7º, do Código Eleitoral, no qual há previsão explícita de que o eleitor que deixar de votar, não justificar ou não pagar a multa, ficará com os direitos políticos suspensos, tendo em vista que não poderá praticar nenhum ato de cidadania, ficando, inclusive, sem receber o salário do mês seguinte, caso seja servidor público: não poderá votar, ser votado muito menos; não poderá tirar passaporte; não poderá renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; não poderá se inscrever em concurso público, dentre outros. Recorde-se, por sua vez, que esta abrangência ilimitada conflita também com o art. 5º, LXI – prisão em flagrante e preventiva e art. 499 do Código de Processo Penal.

Pode-se concluir, portanto, afirmando que o liberalismo, com seu individualismo exacerbado, restou ultrapassado há muito pelo constitucionalismo inspirado nos princípios. Superou-se o Estado da lei pelo Estado do Direito, e Direito por princípios.

Desta feita, ante todos esses fatos, a presunção de inocência prevista na Constituição, com as restrições pertinentes atende satisfatoriamente à dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, não desprotege a sociedade. Não há, portanto, que recorrer ao Estado de Exceção para justificar a não aplicação das regras cautelares de mitigação.

Do passado deve-se retirar lições que ajudem à evolução social fortalecendo a democracia, jamais usá-lo como razão para enfraquecê-la, porque, se assim se fizer, estar-se-á amesquinhando a Constituição e tornando-a indigna do Estado Democrático de Direito que pretende proteger.¹⁰²

Decidir é fazer escolhas e fazer escolhas é valorar,¹⁰³ e, no que diz respeito à presunção de inocência para fins eleitorais, o Judiciário já fez a sua opção.¹⁰⁴

No entanto, não se pode deixar de esperar mudanças, porque o tema está longe ser pacífico e as pessoas passam, as instituições ficam, os pensamentos evoluem juntamente com o direito, assim, é preferível acreditar, como faz o Ministro Carlos Ayres Britto, expressando seu pensamento no voto proferido no RO nº 1069/RJ: “É chegada a hora de se dar a essa Constituição, bem chamada de Cidadã e de Constituição Coragem, uma interpretação

¹⁰² A esse respeito pondera George Marmelstein: “Parto do princípio de que nenhum cidadão minimamente consciente do significado de democracia e de república se conforma com o fato de haver no parlamento políticos totalmente inescrupulosos defendendo interesses ocultos “em nome do povo”. Não é razoável que uma pessoa sobre a qual pairam sérias dúvidas quanto à sua honestidade possa se candidatar a um cargo político. Esse sentimento de indignação se intensifica ainda mais quando a “suspeita” é de desvio de verbas públicas que, no final das contas, irá servir justamente para financiar a campanha eleitoral desse político. E para reforçar a revolta popular, esses mesmos políticos ainda têm a cara de pau de confessarem que receberam verbas ilícitas sob a esfarrapada desculpa de quitarem sua “dívidas de campanha.” MARMELSTEIN, George. Políticos corruptos, políticos bandidos e políticos perseguidos: a presunção de não-culpabilidade e a moralidade eleitoral. *Boletim dos Procuradores da República*, nº 80, ano X, p. 18.

¹⁰³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.19.

¹⁰⁴ A respeito do papel do julgador é interessante o pensar de Nelson Saldanha: “A reflexão sobre o papel do julgador – isto é, das instâncias aplicadoras – na dinâmica do direito, e sobre a margem de criatividade que cabe ao juiz, deve a nosso ver relacionar-se com a visão do processo inteiro de realização do Direito: sua realização, como ordem, no plano do social e em face das particularidades *concretas* das situações reguladas. O Direito, sejam quais forem seus instrumentos de positivação, que tornam positivos seus preceitos, e sejam quais forem os valores que se achem enfatizados em seu bojo, radica no social e se volta ao social ao aplicar-se: evidentemente nenhum valor jurídico se realizará sem isto. E a aplicação do direito, sendo concreção, é integração em sentido muito específico, ao inserir nos contextos a vivência da norma. A partir daí cobram sentido as análises críticas sobre a adequação do direito à realidade; mas só a partir daí.” SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.298.

condizente com esse propósito de limpeza dos costumes, sobretudo eleitorais, de pureza e decantação do regime democrático”. Certamente, há urgente necessidade de retirá-la do papel.

De qualquer sorte, muito embora seja certa a afirmativa de que somente ao Juiz cabe dizer a última palavra,¹⁰⁵ não significa, só por isso, que sua palavra seja a melhor.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Veja-se o entendimento de Luis Roberto Barroso, acerca das decisões judiciais: “Na configuração moderna do Estado e da sociedade, a idéia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, em tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Vive-se a era da democracia deliberativa, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas. Embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional, sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem sobre ela um poder de conformação. A legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.” BARROSO, Luis Roberto, op. cit., 2006a, p.61-2.

¹⁰⁶ Segundo Dworkin “O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo, [...] O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.” DWORKIN, Ronald, op. cit., 2003, p.492.

5 CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ELEGIBILIDADE

Falar de condições de elegibilidade é falar de direitos políticos, pois, somente através destes é que se torna possível alguém obter um cargo eletivo e fazer parte do exercício das atividades estatais. E por direitos políticos se pode compreender, em síntese, as prerrogativas consubstanciadas em direito público subjetivo conferido ao cidadão para sua efetiva participação na vida política do Estado, interferindo na condução dos negócios públicos através do voto, do exercício de cargos e funções e da fiscalização por meio de ação popular. Tais direitos possuem duas modalidades de exercício, dando lugar à capacidade eleitoral ativa (votar) e passiva (ser votado). E, ainda, outras duas modalidades, que José Afonso¹ denomina de *positiva* e *negativa*, correspondendo às condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, respectivamente. É, enfim, tratar de soberania popular e de sufrágio universal.

Pimenta Bueno é uma referência unânime na doutrina nacional quanto à definição de direitos políticos, porquanto, mesmo se referindo à Constituição do Império, permanece atual, sendo assim entendido, por exemplo, por Celso Bastos² e José Afonso³ para quem, o conceito é no sentido estrito de que são “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”. Por seu turno, Kelsen afirma entender por direitos políticos:

[...] as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da ‘vontade’ do Estado. Livre da metáfora, isso significa que o cidadão pode participar da criação da ordem jurídica [...] A participação na legislação dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica é características da democracia, distinguindo-se da autocracia, na qual os sujeitos são excluídos da legislação, não têm direitos políticos⁴.

Assim, a Constituição traça os contornos do que se deve entender por soberania popular e cidadania, especificando os requisitos indispensáveis que devem ser preenchidos pelo

¹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.345.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.572.

³ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.344.

⁴ KELSEN, Hans, op. cit., 2000b, p.125.

cidadão para o exercício de mandatos, remetendo à legislação infraconstitucional a definição de outros pressupostos, definindo condições de exercício do *ius honorum*⁵. Sendo certo que soberania popular significa o princípio democrático fundamental que confere o poder ao povo, e para o que, utiliza-se do sufrágio universal, que consiste na atribuição a todos, e não apenas a certas categorias, do direito de votar.

Conquanto todo brasileiro seja, em regra, elegível, terá, no entanto, que reunir certas condições, denominadas de condições de elegibilidade para poder se habilitar à disputa de um cargo eletivo, ao tempo em que também não poderá estar incurso em qualquer das causas de inelegibilidade. A inelegibilidade é, assim, uma restrição à elegibilidade.

A Constituição Federal define que o Brasil é uma República, constituída em Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente – art. 1º e Parágrafo único da Constituição Federal. Por ser uma democracia pressupõe-se, essencialmente, que o poder decorre da soberania popular a qual se realiza por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, conforme expressa o art. 14, *caput*, da Carta Magna.

Percebe-se, nesse contexto, que se trata de uma democracia indireta, com eventual e excepcional possibilidade de exercício diretamente pelo povo. Traduzindo: democracia significa um regime político cujo fundamento é um governo do povo, garantindo a presença dos governados no exercício do poder. Ou seja, permitindo uma dialética entre governantes e governados. Por se cuidar de um regime democrático existe a necessidade de alternância no poder, daí que há, por conseguinte, a exigência de se estatuir regras disciplinando o processo pelo qual os grupos sociais escolhem seus representantes, conferindo-lhes o poder para, temporariamente, exercê-lo em seu nome. A isto se denomina governo. Porém, para que tal governo seja legítimo, ou seja, para justificar o domínio de um homem sobre os outros, a democracia exige que o povo manifeste de forma periódica, livre, independente e soberanamente sua vontade política, em face do seu fundamento residir no consentimento.

É importante que sejam estabelecidas condições antecipadamente para que alguém possa se habilitar a representar o povo, submetendo-se a eleições periódicas, eis que é nesta ocasião que se estabelece uma espécie de ponte entre os governados e governantes; é quando

⁵ Antônio Carlos Mendes entende as condições de elegibilidade primárias como aquelas que estão definidas na Constituição, ficando a critério da lei ordinária regulamentá-las, estabelecendo as condições de exercício do *ius honorum*. Daí que as condições tornam o eleitor apto à elegibilidade. MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.102.

o povo tem a oportunidade de ser ouvido para manifestar sua escolha, não mais dispondo de mecanismos para influenciar nas decisões políticas, as quais ficam à exclusiva discricionariedade dos eleitos.⁶ Sem embargo, há de haver regras pré-estabelecidas, para garantir que a participação popular se dê de forma que a democracia se revele como o regime político que realmente se assenta no consentimento do povo

Na verdade, a única forma de efetiva participação do povo na vida política é por meio da eleição para escolher os representantes, pois, a rigor, o poder que lhe é conferido vincula-se tão-somente ao sufrágio, não sendo extensivo aos representantes eleitos, os quais não mantêm qualquer vínculo com o eleitor, ficando sujeito apenas às atribuições do mandato e aos compromissos com a instituição à qual passou a integrar⁷.

Desenganadamente, na democracia representativa estabelece-se apenas uma responsabilidade política entre o eleitor e o eleito, não gerando nenhum vínculo jurídico, eis que isso era próprio do mandato imperativo. Vínculo jurídico existe tão-só entre o eleito e o partido a que pertence⁸.

Com o objetivo deste processo de escolha dos representantes se desenvolver da melhor forma possível, a Constituição estabelece várias regras destinadas à garantia da lisura do pleito de forma a conferir legitimidade aos mandatos. Contudo, não só isso é necessário para garantir que o poder seja exercido de forma correta e de acordo com os superiores interesses sociais, daí que os candidatos devem preencher certos requisitos que pressupõem estejam aptos a bem desempenhar o múnus que desejam assumir, para que os superiores valores da dignidade humana, fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, retem assim plenamente assegurados. Na feliz síntese de Canotilho, a participação política se acha conexionada com a *democratização da sociedade: democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *otimização da participação direta e ativa de homens e mulheres* no processo de decisão⁹. (Grifo do autor)

Para Adriano Soares da Costa, o direito de ser votado, o *ius honorum*, é efeito do fato jurídico do registro de candidatura, porquanto, entende que antes do registro inexistente para o brasileiro o direito de concorrer a cargos eletivos. Diz que as “condições de elegibilidade são,

⁶ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 2000, p.39-40.

⁷ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 2000, p. 63.

⁸ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 2000, p.158.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999, p.293.

no mais estrito rigor terminológico, verdadeiras *condições de registrabilidade*, ou seja, pressupostos ao registro de candidatura (Grifo do autor).”¹⁰ Esse pensamento contraria a Teoria Clássica defendida pela maioria da doutrina, que compreende a elegibilidade como a reunião de todas as condições fixadas na constituição e na lei, e não incorrer em qualquer causa de inelegibilidade.

Diverge Pedro Henrique Távora Niess, frontalmente, da posição de Adriano, sustentando, ao que parece com inteira razão, o seguinte:

Com o registro de candidato nasce a candidatura, não a elegibilidade. O registro de candidato, no nosso sistema, representa o ato da Justiça Eleitoral necessário para atestar que quem pretende certo cargo eletivo é elegível, e porque o é tem o direito de ser candidato. Esse ato, inalterado o quadro que o propiciou, transporta a elegibilidade potencial ao plano da participação concreta em determinada eleição. Todavia, será inelegível aquele que após o registro regular tiver modificada sua situação perante o direito de ser votado, como se perder a nacionalidade brasileira ou vier a ser condenado por sentença criminal não mais passível de recurso.¹¹

Concordando com esta posição última, sustenta Edson de Resende Castro, que o registro de candidatura é procedimento para averiguação, pela Justiça Eleitoral, da presença das condições de elegibilidade e ausência de inelegibilidade, chegando-se ao final com um pronunciamento meramente declaratório. Nada mais que isso.¹²

A Constituição identifica, desse modo, no art. 14, § 3º, as várias condições de elegibilidade, conferindo a plenitude do direito público subjetivo que autoriza disputar um mandato político, remetendo à lei ordinária¹³ a especificação dos requisitos necessários ao preenchimento das ditas condições. Portanto, elegibilidade significa que o cidadão preenche todas as condições exigidas e, ainda, que não tenha em seu desfavor nenhuma causa de inelegibilidade. Essas condições, tanto as constitucionais quanto as infraconstitucionais configuram requisitos ou pressupostos que devem ser preenchidos por quem deseja disputar um mandato eletivo. Não têm caráter de sanção.¹⁴

¹⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.91.

¹¹ NIESS, Pedro Henrique Távora. *Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais*. Bauru/SP: Edipro, 1998, p.27.

¹² CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 162.

¹³ Antônio Carlos Mendes atenta para o fato de que, os requisitos para o *ius honorum* é tarefa conferida ao legislador ordinário. As condições do exercício do direito público subjetivo à elegibilidade são dispostas por lei ordinária. MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.101.

¹⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de direito eleitoral – direito material*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.302.

5.1 Nacionalidade brasileira

Possuir nacionalidade brasileira é o primeiro requisito exigido para que alguém possa exercer um cargo político. Somente ao nacional é conferida a capacidade eleitoral passiva, isto é, a aptidão para receber votos e exercer o respectivo mandato. A nacionalidade pode ser originária, decorrente do nascimento no território brasileiro – critério do *jus soli* – como também, a do *jus sanguinis*, que é aquela decorrente do nascimento no exterior de filhos de pai ou mãe brasileiros, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil, ou, ainda, naqueles casos em que os filhos nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, que não estejam a serviço do Brasil mas venham a residir no País, podendo, a qualquer tempo, fazer a opção. Em todos estes casos são considerados brasileiros nato. Importante destacar que em relação aos pais, tanto podem ser brasileiros nato como naturalizado.

A primeira, confere o *status* de brasileiro nato, e, excepcionando a hipótese da alínea c, é adquirida involuntariamente, não exigindo qualquer manifestação de assentimento.¹⁵

A segunda, trata-se da naturalização, a qual é concedida aos estrangeiros que, preenchendo os requisitos legais, fazem a opção pela nacionalidade brasileira. Ou seja, aqui há necessidade insuperável de manifestação do interessado.

Importa registrar que nacionalidade não se confunde com cidadania, tendo em vista que, para a primeira basta o vínculo com o Estado, seja pelo nascimento seja por meio de naturalização. A nacionalidade é mais ampla do que a cidadania, visto que somente o nacional pode ser cidadão, porém, não basta ser nacional para ser cidadão. Com efeito, o cidadão é o nacional dotado de atributos que lhe confere direitos subjetivos de participação na organização do governo estatal¹⁶.

Entende Antônio Carlos Mendes, que a nacionalidade, mesmo sendo pressuposto imediato do sufrágio e do alistamento eleitoral, somente de forma mediata ela pressupõe a elegibilidade, daí que esta última consubstancia uma aptidão jurídica, ou seja, é o direito de ser votado, que para tanto exige o preenchimento de certas condições por parte do eleitor.¹⁷

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 1997, p.111.

¹⁶ SILVA, José Afonso, op. cit., 2002, p.344-5.

¹⁷ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.103.

O texto da alínea *c* do art. 12, inciso I, com alteração dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7 de junho de 1994, passou a conferir a filho de brasileiros o direito de optar pela nacionalidade brasileira, a qualquer tempo, desde que venha a residir no País. Antes havia a exigência de que o filho de brasileiro viesse residir no Brasil antes de atingir a maioridade, e, atingida esta, só então poderia, a qualquer tempo, fazer a opção.

É importante ressaltar que esta opção terá de ser feita no juízo federal, e, somente quando atingida a maioridade e pelo próprio interessado, através de advogado, pois se trata de direito personalíssimo, sendo equivocada a pretensão de pais que, a pretexto de regularizar a situação dos filhos menores, buscam sua nacionalização.

Quanto aos portugueses a situação é diferenciada, porquanto a Constituição excepciona a hipótese de reciprocidade, e, em verdade, existe atualmente o Tratado da Amizade, Cooperação e Consulta firmado entre Brasil e Portugal, o qual foi promulgado pelo Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 165, de 30 de setembro de 2001, onde restou assentado que será necessário um prazo de três anos de residência habitual para que brasileiros em Portugal e portugueses no Brasil possam exercer os direitos políticos, sem que precisem se naturalizar, condicionado tão-somente a um requerimento à autoridade competente.

5.2 Pleno exercício dos direitos políticos

A plenitude dos direitos políticos significa que a pessoa detém a integral capacidade para votar e ser votado. Quem perdeu ou tem suspenso os direitos políticos, ou, ainda, não os adquiriu completamente, não pode se candidatar, como também, não pode exercer o mandato caso já o tenha obtido.

Consoante entende Pedro Henrique Távora Niess, plenos direitos políticos significa que o seu titular pode alistar-se, votar e ser votado, participar das atividades do Estado. Alertando, em seguida, que não se pode confundir inelegibilidade – óbice restrito ao direito de ser votado - com a impossibilidade do exercício dos direitos políticos, abrangentes da cidadania ativa e passiva.¹⁸

¹⁸ NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos – elegibilidade, inelegibilidade – ações eleitorais*. Bauru/SP: Edipro, 2000, p.37.

5.3 Alistamento eleitoral

O alistamento eleitoral é um requisito primordial, pois, somente através dele é que o indivíduo se torna um cidadão. Apenas por meio do alistamento eleitoral podem ser adquiridos os direitos políticos, pois, não obstante detenha todos os requisitos para se inscrever como eleitor, se não o fizer, não estará habilitado a exercer, especialmente, a capacidade eleitoral ativa – votar – e a passiva - ser votado.

Portanto, a capacidade eleitoral adquire-se com o alistamento, ato espontâneo do interessado que confere ao nacional a condição de cidadão. Embora seja espontâneo, no sentido de que não há alistamento *ex officio*, não significa que seja voluntário, porquanto há severas sanções para os que não cumprem com seus deveres políticos, inclusive e especialmente, não adquire a própria cidadania. É pelo alistamento que o brasileiro adquire a condição para interferir na vida política exercendo sua cidadania.¹⁹

Preleciona Pinto Ferreira que o alistamento é um direito público subjetivo para todos que tenham atingido dezesseis anos. Para que a pessoa se torne cidadão ou eleitor é necessário preencher os seguintes requisitos: I – nacionalidade brasileira; II – idade mínima de dezesseis anos; III – alistamento.²⁰

O alistamento é obrigatório para os maiores de dezoito anos de idade e deve ser realizado em uma circunscrição eleitoral, determinando o art. 42, parágrafo único do Código Eleitoral, que a inscrição deverá ser feita no lugar de residência ou moradia do requerente, e, caso tenha mais de uma, pode ser em qualquer delas, sendo aí considerado seu domicílio eleitoral. Deixar de se alistar sujeita o indivíduo às mesmas penas impostas aos que não cumpriram com o dever de votar, a teor do art. 7º, §§ 2º e 8º, do Código Eleitoral. A prova do alistamento se faz com o título eleitoral.

5.4 Domicílio eleitoral na circunscrição

O domicílio eleitoral é único e fixado no local onde a pessoa se inscreveu como eleitor, devendo ai ter sua residência ou moradia. Caso deseje exercer seus direitos políticos de votar e ser votado em local diverso terá que solicitar à Justiça Eleitoral a transferência de seu título, isto é, de seu domicílio eleitoral, para o que, deverá comprovar que já transcorreu pelo menos

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.579.

²⁰ FERREIRA, Pinto, op. cit., 1989, p.304.

um ano da inscrição e que mantém residência no novo local por um período mínimo de três meses (Código Eleitoral, art. 55). Justifica-se a exigência de fixar um domicílio eleitoral pelo objetivo de proporcionar maior representatividade e comprometimento do eleito com a comunidade com a qual mantém vínculos e interesses comuns. Realmente, a presunção não é desarrazoada, porquanto, *a priori*, seria temerário que uma pessoa residindo em município distante viesse a ocupar os cargos eletivos de uma localidade da qual ele nada conhece e provavelmente não possua nenhuma afinidade com sua gente ou interesse pelo seu destino.²¹

Se desejar disputar uma eleição, a lei exige tão-só que o candidato deverá manter seu domicílio eleitoral na respectiva circunscrição desde pelo menos um ano antes do pleito.

5.5 Filiação partidária

A filiação partidária é requisito indispensável para que um eleitor possa disputar um cargo eletivo. O partido político desempenha papel de extrema importância, posto que constitui o instrumento de realização da democracia, até mesmo porque, é espécie do pluralismo político. Não existe candidatura avulsa, isto é, ninguém poderá chegar a ocupar um cargo eletivo sem que esteja devidamente filiado a um partido político.

A filiação partidária estabelece um vínculo entre o cidadão e a agremiação partidária, pelo qual instala-se um dever recíproco de fidelidade, consubstanciado, de um lado, no dever de observar as orientações e ideologias do partido, comprometendo-se a zelar pelos interesses partidários, enquanto que para a entidade há o dever de tratar o filiado com consideração, praticando a democracia interna, através da qual todos devem ter assegurado o direito de participar e ter voz nas decisões intrapartidárias. Para Fávila Ribeiro:

[...] os partidos políticos adquiriram valor e reconhecimento como elemento necessário ao funcionamento das engrenagens representativas, ainda pelo relevante papel de captar as expectativas e os conflitos subjacentes da sociedade, desta transpondo e alimentando o sentido mais autêntico nos debates e disputas políticas. E complementa afirmando, que a contribuição dos partidos vai além das disputas eleitorais, pelas quais despontam os legítimos representantes do povo, cuidando também de compartilhar da elaboração da opinião, na qual as autoridades procuram escudar-se para confirmarem a sua legitimidade quanto ao modo de exercício de suas funções públicas.²²

²¹ JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994, p.30-1: “Para o direito eleitoral, enquanto direito público, no entanto, é suficiente a moradia que revele um liame de interesse político na circunscrição, tanto assim que poderá o candidato, tendo mais de uma moradia, escolher qualquer delas. O que faz a lei, para conferir maior nota de legitimidade à representação, é exigir tempo mínimo de moradia, na circunscrição, de modo que, ao domicílio eleitoral, válido a qualquer tempo após o alistamento ou a transferência, se acrescente um *plus* de cidadania que o faça adquirir, também, o direito de ser votado.”

²² RIBEIRO, Fávila, op. cit., 2000, p.44-6.

A lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096/95 -, estabelece que o interessado em filiar-se deve estar em pleno gozo dos direitos políticos (art. 16), para se candidatar deve contar com filiação há pelo menos um ano antes da eleição (art. 18) bem como, que a inscrição simultânea em dois partidos configura dupla filiação, gerando a nulidade de ambas (arts. 21 e 22, parágrafo único). Cumprindo atentar, outrossim, que configura crime, previsto no art. 337 do Código Eleitoral, participar de atividades partidárias o estrangeiro, e, o brasileiro que não estiver no gozo dos direitos políticos.

O filiado que desejar se desligar de sua agremiação deverá comunicar à própria entidade sua pretensão, porém, compete-lhe, obrigatoriamente, comunicar este fato ao Juiz da sua respectiva Zona eleitoral, a fim de evitar a perda da sua filiação, pois, segundo estatui a lei, se não for feita a comunicação no dia imediato da filiação à nova agremiação, estará configurada a dupla filiação (art. 22, parágrafo único da Lei nº 9.096/95).

A fidelidade partidária é uma questão que nunca antes havia recebido o tratamento devido, não obstante a Lei dos Partidos Políticos prever a fidelidade e disciplina (art. 23 e ss.), porém, diante do rotineiro hábito dos políticos em exercício de mandatos eletivos mudarem de partido ao sabor de suas próprias e particulares conveniências, revelando absoluto descompromisso com a entidade que o elegeu – lembre-se que não há candidatura sem partido, a filiação é exigência constitucional – e com os eleitores que nele votaram, porquanto, sua escolha se deu debaixo das idéias e programas desenvolvidas e divulgadas pelo partido, inclusive os recursos do Fundo Partidário somente poderão ser-lhe destinado através do partido, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, em resposta à Consulta de nº 1398, do Partido da Frente Liberal (PFL), que o mandato político pertence ao partido, não ao eleito; não é um direito a ser incorporado ao seu patrimônio privado, pois, ele o exerce em nome do partido, configurando infidelidade partidária a saída injustificada, ensejando, assim, a perda do mandato, o qual será assumido por um filiado que se manteve no partido.

Provocado, o Supremo Tribunal Federal validou a decisão do TSE. Para dar cumprimento a esta decisão o TSE emitiu a Resolução nº 22.610/2007, passando, a partir de então, a Justiça Eleitoral a decidir pela perda de mandatos de muitos processados que não conseguiram justificar o abandono à entidade pela qual fora eleito.

Sem embargo de jamais ter sido levado em conta esse importante aspecto da fidelidade partidária, cumpre ressaltar que desde 1976, na obra Direito Eleitoral, o Prof. Fávila Ribeiro

defendia, em atualizada argumentação, embora tratasse da hipótese do art. 26 da Lei nº 9.096/95, que estatui a perda automática de função ou cargo que esteja sendo exercido pelo parlamentar na Casa Legislativa, por haver abandonado o partido, não deixa de guardar perfeita identidade com qualquer tipo injustificado de desfiliação da legenda, como se pode conferir adiante:

O que é certo, entretanto, é que a *mudança de legenda inabilita o parlamentar a continuar expressando os interesses do partido ao qual renegou, tendo os seus compromissos políticos direcionados para um novo centro de atividades partidárias, desfalcando-se sua legitimidade originária pelo partido a que não mais pertence [...]* Ao trocar de legenda o parlamentar, esse fato deve ser equiparado à *perda da contemporânea filiação*, e assim tendo que ser declarada e, por essa via, logicamente, dar-se-ia a *privação do mandato eletivo*, por não subsistir a filiação, por ser pressuposto essencial à persistência do direito à elegibilidade, vale dizer, a não ser fulminado por sanção que o afete com inelegibilidade, levando a indagar-se qual a *sanção cabível*, igual ou diferente da que se aplica ao filiado? ²³ (Grifo do autor).

Em que pese a polêmica desencadeada em torno da Resolução em comento, muitos a acusando de inconstitucional, na verdade, tem-se observado um resultado bastante animador na medida e que os políticos têm se mostrado mais cautelosos, revelando um verdadeiro receio de que daqui em diante não mais poderão se comportar como se nenhum compromisso tivessem com o partido que lhes deu apoio e os elegeu, assim também com seus eleitores que os apoiaram com aquela ideologia, o que seguramente poderá significar evolução para se estabelecer compromissos éticos que irão contribuir para uma política mais responsável. Afinal, os partidos têm responsabilidade social, não são meras associações cujos objetivos restringem-se apenas aos de seus filiados.

Por fim, cumpre registrar que, após esta decisão do TSE, a filiação partidária passa a ser, além de condição de elegibilidade, também condição para o exercício do mandato.

5.6 Idade mínima

A Constituição estabelece a idade mínima para diversos cargos, daí ser correto afirmar, como faz José Jairo Gomes, que a elegibilidade não se adquire de uma só vez, de um jacto, perfaz-se por etapas, tornando-se plena somente aos trinta e cinco anos, que é a idade indicada para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e de Senador. ²⁴

²³ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 2000, p.329-30.

²⁴ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.117.

Como se trata de condição de elegibilidade, deveria estar preenchida por ocasião do pedido de registro, pois, é nesta oportunidade que os requisitos que habilitam o cidadão a concorrer a um cargo eletivo devem ser demonstrados ao Juiz Eleitoral, contudo, a Lei nº 9.504/97, no art. 11, § 2º, dispõe que *a idade mínima constitucionalmente estabelecida como condição de elegibilidade é verificada tendo por referência a data da posse.*

No que concorda plenamente com essa posição Joel J. Cândido, afirmando que:

O que interessa é que na data da posse já implemente a idade mínima. Não se alegue a inconstitucionalidade deste dispositivo. A tese seria sem base, posto que apressada. O legislador criou – e podia fazê-lo – a idade legal *mínima*, ou seja, aquela que garante a implementação, no dia da posse, da *idade constitucional mínima*, sem descaracterizar o dispositivo como condição de elegibilidade que é. Garantiu, assim, o pleno exercício dos direitos políticos que é, no fundo, o que interessa garantir. O gozo destes tem que ser absoluto e amplo para que a Constituição Federal não fique apenas como texto a ser lido e não praticado.²⁵

A jurisprudência do TSE se conduzia no sentido de que a idade mínima deveria estar atendida por ocasião do registro, evoluindo para a data da eleição, no entanto, com a edição dessa norma legal modificou seu posicionamento, não obstante sua duvidosa constitucionalidade, como demonstram estas decisões:

Condições de Elegibilidade – Presença – Verificação – Momento – Pedido de Registro de Candidatura.

Agravo Regimental. Candidato. Registro. Condições. Inelegibilidade.

1. As condições de elegibilidade devem ser demonstradas quando do pedido do registro da candidatura.

2. Candidato que esteja com seu mandato cassado no momento do requerimento do registro da candidatura não tem satisfeita uma das condições de elegibilidade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE, Agravo Regimental em Resp Eleitoral nº 18.836-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU, Seção 1, 23-03-2001, p. 184).

Condições de Elegibilidade - Marco – Data da Eleição

Consulta. Rejeição de Contas pelo TCU. Inelegibilidade.

A) O agente administrativo cujas contas foram rejeitadas pelo TCU e que, nas eleições subsequente, teve seu registro deferido e foi eleito, tendo exercido todo o mandato, se pretender a reeleição não será alcançado pela inelegibilidade em decorrência daquela rejeição de contas, pois, “as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades são aferidas com base na situação existente na data da eleição” (Acórdão nº 18.847, de 24.10.2000, rel. Min. Fernandes Neves);

B) A rejeição de contas pelo TCU pode ser causa de inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, g); no entanto, a inclusão do nome do administrador público na lista remetida à Justiça Eleitoral não gera inelegibilidade, pois se trata de procedimento meramente informativo.

O questionamento sobre a possibilidade de haver filiação partidária quando as decisões do TCU não foram contestadas em juízo constitui matéria *interna corporis*.

C) As condições de elegibilidade têm como marco a data da eleição. (TSE, Resolução nº 21.563/DF, Consulta nº 940, Classe 5, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU, Seção I, 19.12.2003, p. 243, unânime).

²⁵ CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2004, p.402.

Pedro Henrique Távora Niess, preleciona acerca do tema:

A idade mínima deve evidenciar-se por ocasião do registro do candidato, mas terá de ser considerada em relação à data das eleições porque é condição de elegibilidade (de ser escolhido, de ser votado), não de registro. Como há idade para votar, há idade para ser votado. Assim, poderá candidatar-se aquele que completar a idade imposta para o mandato pretendido até o dia do pleito eleitoral.²⁶

Nesse mesmo sentido é a posição de Pedro Roberto Decomain, o qual sustenta que:

Cabe ponderar, todavia, que essa idade mínima é condição de elegibilidade. Para que possa ser eleito, o cidadão deve ter a idade mínima exigida para o cargo, prevista na Constituição. As condições de elegibilidade a rigor devem estar presentes no último dia do prazo para o requerimento de registro da candidatura, ressalvada aquelas para as quais o prazo é maior. Quando muito, a idade deveria estar completa no dia da eleição. Veja-se que não se trata apenas de condição para o exercício do cargo, mas de verdadeira condição que já deve estar presente para que alguém possa até mesmo ser votado para referido cargo²⁷. O entendimento de Edson de Resende também é no sentido de que a implementação da idade mínima deve acontecer no dia da eleição, pois aí é a ocasião em que o candidato recebe os votos dos eleitores, ou seja, a sua elegibilidade deve estar integralizada neste momento.²⁸

A rigor, o raciocínio em torno da questão da idade mínima restar satisfeita por ocasião da eleição ou da posse, fundamenta-se no fato objetivo consistente na condição certa – perfazer a idade em data certa – o que a distingue de outras hipóteses que pendem de condição incerta, como *v. g.*, o cumprimento de pena, porquanto, como bem acentua Edson de Resende, esta é uma possibilidade que pode não acontecer, ou seja, o cumprimento da sanção pode ser interrompido e o condenado não ficar liberado da situação negativa.²⁹

5.7 Reputação ilibada para exercício de mandatos

A probidade é condição de elegibilidade e sua ausência enseja o não preenchimento desse requisito tornando, por conseguinte, o pretendente não apto à disputa eleitoral. Reconhecer ausência de condições de elegibilidade na configura aplicação de sanção.

Certamente é necessário cobrar honestidade, ética e moral de quem tem acesso a bens e valores públicos, porque não basta declarar que o regime político é democrático, é necessário encontrar soluções para as eternas questões de organização do Estado, conjugadas com as exigências de liberdade, igualdade e dignidade do ser humano.³⁰ Mas, para atender aos

²⁶ NIESS, Pedro Henrique Távora, *op. cit.*, 2000, p.94.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004, p.28.

²⁸ CASTRO, Edson de Resende, *op. cit.*, 2008, p.158.

²⁹ CASTRO, Edson de Resende, *op. cit.*, 2008, p.158-9.

³⁰ Esta a visão de Paulo Machado Cordeiro quando assegura: “Para que o princípio democrático possa alcançar o seu ideário há de pressupor juízes imbuídos de uma visão constitucional e da sua importância para os ideais

princípios democráticos é imperioso que as normas do ordenamento sejam harmoniosamente interpretadas a fim de que não se venha desprezar os direitos da maioria, que, na verdade, é outro princípio democrático, em benefício pessoal e exclusivo de um único indivíduo.³¹

Marcos Ramayana pondera, sobre a questão, da seguinte forma:

Na verdade existe verdadeira imbricação entre o princípio da cidadania e da dignidade do eleitor como pessoa humana que merecem respeito e prestação de contas dos atos de seus representantes políticos. Assim sendo, urge concluir que, a vida pregressa do candidato fere o princípio da moralidade administrativa e política, constituindo obstáculo para o deferimento de registro de candidaturas, mesmo que no Brasil ainda não tenha sido regulamentado o parágrafo nono do artigo 14 da Constituição da República, no que tange especificamente ao princípio da moralidade em relação à vida pregressa (de anotações penais do interessado candidato). Outrossim, o princípio da moralidade administrativa é previsto no art. 37 da CFRB e está em consonância com os princípios da lealdade e boa-fé.³²

No aspecto político, não há chance de pensar e agir corretamente desprezando os valores éticos e morais pois, ainda que não estivessem expressamente previstos no ordenamento constitucional, os próprios sentimentos de certo e errado, de bem e mau, de honesto e desonesto que habita na consciência do povo cobram que existam e sejam respeitados por todos os agentes públicos. E, é impossível negar que o princípio da moralidade esteja densificado no art. 14, § 9º, proporcionando concretude ao art. 37, ambos da Constituição Federal. Não haverá legitimidade nas eleições nem tampouco nos mandatos caso os princípios da moralidade e probidade sejam ignorados neste processo que se pretende democrático.³³

democráticos, dirigindo adequadamente e consciente dos escopos políticos a serem alcançados pelo Judiciário, principalmente imbuído de dogmática formada sob orientação de métodos de interpretação constitucional contemporânea voltada para a adoção e consolidação dos direitos fundamentais, dando efetividade ao princípio democrático, possibilitando o acesso à Justiça.” CORDEIRO, Paulo Machado. *A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais*. Salvador/BA: Podivm, 2007, p.42.

³¹ Por todos cfr. GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., 2003.

³² RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Niterói/RJ: Impetus, 2008, p.68.

³³ Jair Eduardo Santana e Fábio Luís Guimarães entendem que “Os ideais de liberdade e de igualdade devem permear o espírito sobre o qual é construído o código eleitoral de um Estado para que a democracia possa refletir seu verdadeiro semblante. Ou melhor, não basta proclamar aos quatro ventos que o povo é o legítimo titular do Poder Público se não se cria mecanismos nos quais possa ele efetivar a sua participação, preferencialmente de modo direto, mas também indireto. Um governo somente será democrático quando a organização constitucional-eleitoral favorecer a influência popular nas várias atividades governamentais, beneficiando a característica da representatividade, afinal, a legitimidade governamental está, numa sociedade democrática, fundamentada no consentimento do seu povo.” SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. *Direito eleitoral – para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.31.

6 CONDIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS DE ELEGIBILIDADE

Condições de elegibilidades infraconstitucionais são aquelas situações que se encontram esparsas em textos legais, não obstante não portem essa denominação, mas, sua incidência inviabiliza a eletividade, consubstanciando-se em verdadeiros obstáculos e, como bem percebe Niess “[...] quem não pode ser eleito, seja qual for a razão, é inelegível.”¹

Portanto, diante das inúmeras hipóteses contidas em várias normas legais exigindo que sejam cumpridos alguns itens para que possa alguém registrar sua candidatura a fim de concorrer a um mandato político, faz-se necessário abordar, mesmo que telegraficamente, algumas dessas situações, o que será visto em seguida.

6.1 Registro da candidatura

Como já foi apontado, a Constituição determina algumas condições de elegibilidade, ao tempo em que remete à lei ordinária a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos postulantes aos cargos políticos. Disso decorre que várias normas legais tratam de situações que condicionam o exercício do direito eletivo, como *e. g.*, a Lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096/95 -, a Lei das Eleições – Lei nº 9.504/97 -, o Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65 -, Lei Complementar nº 64/90 - e, ainda, as próprias Resoluções do TSE, as quais têm natureza de lei ordinária.

Desse modo, as leis ordinárias disciplinam certos requisitos os quais, descumpridos, impedem a candidatura de um brasileiro, mesmo que todos os outros pressupostos constitucionalmente previstos estejam presentes. Um desses requisitos é, precisamente, o registro da candidatura, que se promove perante o Juízo eleitoral. Porém, para haver o registro, antes é necessário que o pretendente tenha sido indicado em convenção partidária.

¹ NIESS, Pedro Henrique Távora, *op. cit.*, 2000, p.29.

Ou seja, a indicação por partido político ou coligação é pressuposto à concorrência a cargos eletivos.

A rigor, todos os filiados a um partido político têm o direito subjetivo de ser indicado para concorrer a um cargo eletivo, contudo, como se trata de um regime democrático, dentro dos partidos também deve ser adotada a mesma ideologia defendida externamente, realizando-se democraticamente a escolha daqueles que o partido entende ser o melhor e mais preparado para representá-lo no parlamento ou no executivo, porém, respeitando o princípio da igualdade para evitar as oligarquias e cultivar a essência da democracia que é a alternância no poder. Até porque, a absurda pretensão do art. 8^a, § 1^o, da Lei n^o 9.504/97, prevendo a *candidatura nata*, se acha com sua eficácia suspensa pela decisão do STF, na ADIN n^o 2.530-9, ajuizada em 2002 pelo Procurador-Geral da República.

Decomain considera, com o que se concorda, ser o registro uma condição de elegibilidade infraconstitucional, invocando a Lei Complementar n^o 64/94, em virtude do disciplinamento que fornece para o registro de candidatura, inclusive a sistemática de impugnação ao registro². Demais disso, constata-se, dos arts. 7^o, 8^o, § 2^o, 11, § 1^o, todos da Lei n^o 9.504/97, que os candidatos precisam ter sido escolhidos em convenção e sua indicação é feita pelo partido, apenas na hipótese do partido deixar de fazer o pedido do registro é que o próprio candidato poderá fazê-lo, conforme permite o § 4^o, do art. 11, dessa mesma norma legal.

6.2 Domicílio eleitoral na circunscrição há mais de um ano

O domicílio eleitoral, como já mencionado, é uma das condições de elegibilidade que a Constituição estabelece, porém, como outras, deferiu esta também para a lei ordinária tratar da sua disciplina. Em face disso, coube a Lei n^o 9.504/97 – Lei das Eleições -, dispor sobre o assunto, o que foi feito no seu art. 9^o. Infere-se, destarte, que este dispositivo se reporta a mesma hipótese já prevista pelo art. 18 da Lei dos Partidos Políticos, o que parece uma desnecessidade, posto que aquela norma continua em vigor.

² DECOMAIN, Pedro Roberto, op. cit., 2004, p.109-10.

6.3 Filiação partidária há mais de um ano

A filiação partidária também corresponde a uma condição de elegibilidade prevista na Constituição, todavia, a disciplina sobre a mesma ficou a cargo da lei ordinária cuidar, o que foi feito pela Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos. Assim, no art. 18, trata essa norma do prazo mínimo exigido para o filiado concorrer a cargo eletivo, estabelecendo: “Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições majoritárias ou proporcionais”.

Desta feita, não basta estar alistado e filiado a um partido político, mister que esta filiação date de pelo menos um ano antes do pleito. Lembrando que o art. 9º, da Lei nº 9.504, acima transcrito também se reporta à hipótese do prazo de filiação aqui tratado.

6.4 Elegibilidade de militar

A Constituição Federal considera inalistáveis somente os conscritos e os analfabetos, portanto, todos os demais brasileiros podem se alistar e exercer seus direitos políticos. Assim, os militares têm o direito de se alistar e também de concorrer a cargos eletivos, submetendo-se apenas a especiais e determinadas condições, que se acham estabelecidas no § 8º, do art. 14, da Carta Republicana.

Conforme destaca Niess, o militar a que se dirige o texto constitucional engloba os membros das Forças Armadas, ou das polícias e dos corpos de bombeiros militares, de acordo com o art. 42, § 1º, que estejam na atividade³.

Dessa forma, a partir do registro da candidatura, o militar que contar menos de dez anos em atividade terá que se desligar definitivamente do serviço militar. Porém, se contar mais de dez anos, será agregado pela autoridade competente, isto é, permanecerá vinculado à entidade militar, mas, sem ocupar vaga na escala hierárquica. Na verdade, permanece fora do serviço ativo, afastado para tratamento de interesse particular desde o registro da candidatura, de acordo com o art. 80, da Lei nº 6.880/80. Enquanto estiver afastado provisoriamente ser-lhe-á garantida a percepção do soldo.

Se eleito, com a diplomação passará automaticamente à reserva remunerada, sem possibilidade de reverter ao serviço ativo, mas, caso não seja eleito, retornará à caserna.

³ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 2000, p.97.

Esse tratamento constitucional dispensado aos militares revogou o art. 52, da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares -, posto que ali há expressa vedação de alistamento dos militares da ativa. Contudo, as dificuldades não foram superadas com a previsão constitucional no que diz respeito a eletividade, eis que o art. 142, § 3º, da Constituição Federal proíbe a filiação partidária de militares da ativa. Se para concorrer a cargos eletivos é preciso estar filiado a partido político há pelo menos um ano antes do pleito, como conciliar essa exigência com a situação peculiar dos militares?

A solução para a questão foi dada pelo TSE, ao fundamento de que não se precisaria exigir do militar a filiação partidária, bastando somente o pedido de registro da candidatura, após prévia escolha em convenção partidária. É dizer, foram superados os obstáculos tanto da filiação ao partido quanto do domicílio eleitoral, assim também, a exigência legal de que apenas filiados poderão disputar a indicação pelo partido. (TSE – Res. Nº 22.156/2006).

6.5 Quitação eleitoral

A quitação eleitoral é outra condição de elegibilidade, sem a qual não pode o eleitor exercer seus direitos políticos⁴. O Tribunal Superior Eleitoral fixou, em resposta à Consulta da Corregedoria Eleitoral de Minas Gerais/2004 e em cumprimento ao art. 105, da Lei nº 9.504/97, que, dentre as condições de elegibilidade estão: a plenitude dos direitos políticos; o regular exercício do voto; o atendimento à convocação da Justiça Eleitoral; a inexistência de multa aplicada em caráter definitivo pela Justiça Eleitoral (Res. TSE nº 21.823/2004); e a regular prestação de contas pelos candidatos (Res. TSE nº 21.848/2004).

⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de Pádua, op. cit., 2007, p.52-3.

7 HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE INELEGIBILIDADE

Por *inelegibilidade* entende-se o impedimento, a vedação à elegibilidade. O cidadão se vê impossibilitado de concorrer a um cargo eletivo por força de causas restritivas constitucional ou legalmente impostas, que funcionam como obstáculos, ocasionando-lhe uma inaptidão para disputar a eleição. Se a elegibilidade pressupõe o preenchimento das condições que conferem o direito ao exercício da cidadania eletiva, a inelegibilidade é exatamente seu oposto, vale dizer, aquelas condições estão ausentes ou, junto a elas se apresentam algum ou alguns fatos que implicam obstáculos à participação no pleito. São, segundo José Afonso da Silva, *os direitos políticos negativos*, posto que importam em privar o cidadão do direito de eleger, de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública. Para ele estão nessa relação as inelegibilidades e a perda ou suspensão dos direitos políticos.¹ Segundo Niess:

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É a negação do direito de ser representante do povo no Poder. [...] Não goza, o inelegível, do direito de ser votado, não importando que possa votar, e não resultando daí qualquer lesão ao regime democrático que, ao contrário, é assim preservado, garantindo-se tratamento isonômico aos candidatos e moralizando o pleito.²

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outro, assim como a de cônjuges ou parentes, por um certo lapso de tempo (art.12).³

Preleciona Adriano Soares da Costa, que:

A Inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda de elegibilidade. Assim, como o conceito jurídico de incapacidade civil apenas tem densidade semântica quando confrontado com o conceito de capacidade civil, de idêntica forma a inelegibilidade apenas pode ser profundamente conhecida se vista em confronto com o conceito de elegibilidade. Sendo a elegibilidade o direito subjetivo público de ser votado (direito de concorrer a mandato eletivo), a inelegibilidade é o estado jurídico

¹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.380 e ss.

² NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 2000, p.23.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.116.

negativo de quem não possui tal direito subjetivo – seja porque nunca teve, seja porque o perdeu.⁴ (Grifo original).

As causas de inelegibilidade, como se viu, destinam-se a restringir o exercício do direito político fundamental à elegibilidade. Por se tratar de restrição a direito fundamental, somente a própria Constituição e a Lei Complementar por ela autorizada, podem cuidar dessa matéria, sendo vedado, por conseguinte, sua previsão em qualquer outra norma inferior⁵. Segundo afirma Niess, bipartem-se as inelegibilidades, em razão de sua origem, em inelegibilidades constitucionais e inelegibilidades legais, imunes as primeiras, não as segundas, ao princípio da preclusão, que rege o Direito Processual Eleitoral⁶. É dizer, as inelegibilidades constitucionais podem ser argüidas a qualquer tempo, até a diplomação, visto que, por possuírem natureza constitucional, não precluem, enquanto as legais devem ser suscitadas por ocasião do registro, sob pena de preclusão.

7.1 Objeto e fundamento das inelegibilidades

As causas de inelegibilidades têm por objeto à proteção da probidade administrativa, a normalidade para o exercício do mandato, considerando-se a vida pregressa do candidato, bem como a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo, emprego ou função na administração pública direta ou indireta (art. 14, § 9º, CF).

Alerta José Afonso da Silva que a cláusula se referindo:

“à influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego, se relaciona com a normalidade e a legitimidade das eleições. Significando, que, a “probidade administrativa” e “a moralidade para o exercício do mandato” são valores autônomos em relação àquela cláusula, daí merecerem, por si mesmo a proteção, porque a improbidade e a imoralidade, aí, conspurcam só por si a lisura do processo eleitoral.”⁷

Dessa forma, o fundamento ético é o que legitima a imposição de inelegibilidades, que, por se consubstanciarem em restrições a direito fundamental, carecem de apoio constitucional justificado pela proteção da democracia. Portanto, o fundamento direto das inelegibilidades

⁴ COSTA, Adriano Soares da, op. cit., 2006, p.217.

⁵ CASTRO, Edson Resende de, op. cit., 2008, p.164.

⁶ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 2000, p.102.

⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.387.

reside na própria Constituição, decorrendo desta até mesmo a disciplina das normas da LC nº 64/90, daí que, consoante sustenta Mendes, são consideradas *materialmente constitucional*.⁸

7.2 Classificação das inelegibilidades

A doutrina procura dar uma classificação às inelegibilidades, sendo adotado vários critérios para classificá-las, dentre eles destaca-se os seguintes, por parecerem mais comuns e mais objetivos:

a) Quanto à natureza ou origem - são *constitucionais* ou *infraconstitucionais* – Quer dizer, ou a Constituição trata diretamente das inelegibilidades ou a Lei Complementar por ela autorizada, que, no caso, é a Lei Complementar nº 64/90.

b) Quanto à extensão – são *amplas* ou *restritas*. *Amplas*, totais ou *absolutas*, abrangem todos os cargos, ou seja, os inalistáveis e os analfabetos não podem concorrer a qualquer cargo. *Restritas*, são as que atingem determinadas pessoas, em razão de situações especiais próprias, relacionadas com o cargo ou com a função eletiva, tal como a relação de parentesco com o gestor ou não pertencer à circunscrição eleitoral, porém, não impede a disputa por outros cargos⁹.

c) Quanto à duração – elas podem ser *temporária* ou *transitória e definitiva* ou *permanente*. *Temporárias* visam a atender uma situação que, superado o fato impediendo, restaura-se plenamente, como *v. g.*, pagamento da multa eleitoral, a filiação, o cumprimento da pena etc. Agora, as *definitivas* não têm como superar, permanecerão inalteradas, tais são as hipóteses de perda dos direitos políticos ou não ter nacionalidade brasileira.

d) Quanto ao espaço – são *nacionais, estaduais e municipais*. Segundo afirma Mendes, as primeiras abrangem a circunscrição de todo o território nacional, já as segundas só as eleições no Estado e, as últimas, somente as eleições na circunscrição eleitoral daquele município¹⁰.

e) Quanto ao conteúdo – são *próprias e impróprias*. Para Niess, as *próprias* são aquelas previstas na Constituição ou na Lei Complementar. São as inelegibilidades expressamente tidas como tais e que retiram a elegibilidade. Por seu turno, as *impróprias* decorrem das

⁸ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.143.

⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.389.

¹⁰ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.117-18.

situações de não preenchimento das condições de elegibilidade. E conclui dizendo que é forçoso convir que quem não preenche as condições de elegibilidade acaba sendo, em última análise, inelegível, daí que, para sintonizar essas noções com a legislação, opta por chamar a falta dessas condições de causas de inelegibilidade imprópria.¹¹

A colocação de Niess expressa uma realidade por todos percebida, mas, escamoteada, como se fosse uma heresia atribuir corretamente o nome à coisa. Com efeito, é cediço que existem muitas e variadas circunstâncias impedindo a candidatura, no entanto, é proibido denominá-las de inelegibilidade, pois, se somente a Lei Complementar pode estabelecê-las, então aquela situação - muito embora seja -, *não é de inelegibilidade*. Então se convencionou, para superar o impasse e não declarar inconstitucional metade da legislação especializada, inclusive o próprio Código Eleitoral, que tais hipóteses correspondem à *ausência de condições de elegibilidade*. Pronto, resolvida a questão!

Ora, mostra-se evidente que, seja qual for a hipótese, desde que impeça a candidatura, esteja na constituição, na lei complementar, na lei ordinária ou em resolução do TSE, ela torna inelegível o pretendente, pois, como bem acentua Adriano Costa “a inelegibilidade há de ser vista como o impedimento a que o nacional possa concorrer validamente a um mandato eletivo, independentemente de advir de um fato jurídico lícito ou ilícito¹². Podendo-se acrescentar: ou de previsão normativa de qualquer natureza.

7.3 Os Inalistáveis

Os inalistáveis são aqueles que se encontram impossibilitados de adquirir os direitos políticos. Não podem ser eleitores e, por conseguinte, não podem ser eleitos. Apenas os estrangeiros e os brasileiros durante o serviço militar obrigatório, assim como, os absolutamente incapazes se enquadram nessa hipótese. A previsão constitucional se mostra inadequada, haja vista que, se o alistamento é a porta para a aquisição dos direitos políticos, não haveria necessidade de previsão de inelegibilidade para quem sequer pode alistar-se. É dizer, como pode ser considerado inelegível quem não é cidadão?

Em relação aos estrangeiros a vedação é definitiva, pois, conforme já foi assinalado, a nacionalidade é condição de cidadania, assim, os não nacionais não podem adquirir direitos políticos e participar dos negócios de governo.

¹¹ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 2000, p.26-7.

¹² COSTA, Adriano Soares da, op. cit., 2006, p.222.

Os conscritos são os jovens convocados para o serviço militar obrigatório, permanecendo, neste período, com os direitos políticos suspensos, já que não podem votar e muito menos ser votados. Porém, essa proibição de alistamento pode ser ineficaz hoje, considerando-se o fato real de poder o jovem se alistar aos dezesseis anos, idade menor do que a exigida para o ingresso no serviço militar obrigatório, que é de dezoito anos. Neste caso, mostra-se válida a previsão de inelegibilidade. Em todo caso, ficará impedido de exercer o direito de votar, contudo, não terá sua inscrição cancelada. Para evitar que a restrição se frustre, deverá o Comando da Unidade Militar a que esteja vinculado comunicar à Justiça Eleitoral o início e o fim do período vedado.

7.4 Os analfabetos

Os analfabetos são inelegíveis, como expressa a disposição constitucional. Essa inelegibilidade é absoluta, considerando-se que prevalece para todo e qualquer cargo em âmbito nacional. Ainda que alistados, já que atualmente podem votar, não detêm a capacidade eleitoral passiva.

Este é um tema bastante polêmico, tendo em vista as dificuldades para definir com clareza quando a pessoa pode ser considerada analfabeta, ou seja, somente quando não é capaz de ler ou escrever qualquer texto, por mínimo que seja, ou, também aquela que consegue, com muita dificuldade, ler e desenhar algumas palavras. Ou, por lado, se uma pessoa que consegue de alguma forma fazer algum rabisco que, só com muito esforço e boa vontade se consegue imaginar o que ela quis dizer, significa semi-alfabetizada, e, portanto, habilitada à disputa de um mandato.

Nem a Constituição nem a Lei Complementar exigem a prova da escolaridade, passando a Justiça Eleitoral, através de Resolução, a exigir a comprovação por meio de certificado de conclusão de curso, mesmo do nível primário ou fundamental. Caso não possua tal documento e não podendo comprovar por outros meios, fixou-se que seria aferida a escolaridade por meio de um teste, ou, agora também, por declaração de próprio punho. O teste normalmente é realizado pelo juiz e o promotor eleitoral. No pertinente à declaração do próprio punho, tem-se que só pode ter validade se firmada perante o juiz, tendo em vista que, do contrário, permanecerá a incerteza.

Todavia, esses testes têm sido objeto de muitas reclamações e a Justiça Eleitoral tem se posicionado de forma amplamente flexível, considerando, muita vez, que sua realização, mesmo quando reservada, expõe injustificadamente a pessoa e constitui uma verdadeira ofensa à sua dignidade, vindo, assim, a desqualificar o exame e autorizar a candidatura.

Na verdade, se abusos forem detectados devem certamente sofrer a censura e a correção vir o mais rápido possível, no entanto, não é possível concordar, sem deserdar da razoabilidade, com a dispensa de aferição da alfabetização do pré-candidato, pois, se assim for, a Constituição estará sendo frontalmente violada, porquanto uma pessoa inelegível estará disputando um cargo, quando, na verdade, não detém os pressupostos exigidos de todos. Se for para permitir analfabetos elegíveis, que se reforme a Carta Magna.

7.5 Inelegibilidade por motivos funcionais

Inelegibilidade em razão do exercício de determinadas funções constitucionalmente consideradas como incompatíveis com a situação de candidato. É o que se denomina regime de incompatibilidades cujo objetivo é a proteção do princípio da igualdade na disputa pelos mandatos eletivos. Assim, o § 5º, do art. 14, da CF, com a redação dada pela EC nº 16/97, permitindo a reeleição dos chefes do Poder Executivo, seus sucessores e substitutos, para um único período subsequente, determina que são inelegíveis para os mesmos cargos, de forma sucessiva, por uma terceira vez. Ou seja, instalou-se o instituto da reeleição, rompendo-se com o sistema anterior que não permitia dois mandatos sucessivos.

Essa vedação, como se vê, dirige-se tão-somente à reeleição no âmbito do Executivo, restrito ao período subsequente, abrangendo os sucessores e os substitutos do titular. Significa dizer, a sucessão se dá no caso de vaga, *v. g.*, se o titular morre ou renuncia, o sucessor assume o mandato, já para haver substituição é preciso apenas que o titular se afaste temporariamente, esteja impedido momentaneamente de exercer o mandato. Na primeira implica ausência definitiva, enquanto na segunda é temporária.

De acordo com a sistemática hoje adotada, o titular de cargo do Executivo - Presidente, Governador e Prefeito – e seus respectivos vices, podem concorrer a um mandato imediatamente subsequente. Portanto, permitida a reeleição para esses cargos, porém, definido que é somente uma vez, resta evidente a vedação a uma segunda reeleição. Importante observar que o vice não está impedido, terminado o período do segundo mandato,

de concorrer ao cargo de titular, pois, em verdade, *não* se trata do mesmo cargo, isto é, antes ele exercia a função de vice, agora irá disputar a cargo titular, portanto, cargos distintos. A vedação só o alcança na hipótese de haver sucedido o titular, mesmo que tenha sido por poucos minutos e em qualquer fase do mandato. Se, no entanto, o tiver apenas substituído, só haverá proibição se a substituição tiver ocorrido dentro dos seis últimos meses do segundo mandato.

É dizer, se o Vice tiver substituído o titular nos últimos seis meses, ele poderá concorrer à reeleição, haja vista que, neste caso, na verdade se cuida de reeleição, porquanto antes da substituição o cargo exercido era diverso. Assim, pode ocorrer do vice exercer dois mandatos consecutivos, e, se candidatar ao cargo titular e exercê-lo e se reeleger para um segundo mandato, exercendo, dessa forma, dois mandatos de vice e dois de titular, todos de forma seqüenciada. Agora, o que não pode é pretender mais um mandato, sob o argumento de que o período de substituição não deveria ser considerado, porque aí se configuraria um terceiro mandato.¹³

Sem embargo da situação do Vice permitir todo aquele período – dois anos como vice e mais dois como titular – no poder, o mesmo não se dá com o titular, vale dizer, o chefe do Executivo, após uma reeleição, não pode se candidatar ao cargo de vice, porque poderá significar o exercício de um terceiro mandato, o que é vedado pela norma constitucional¹⁴.

Destaque-se, outrossim, que se tratando de Governador e Prefeito, se pretenderem disputar um mandato em outra cidade para onde tenham transferido seu domicílio eleitoral, é considerado como cargo distinto não alcançado pela proibição. Mas, se se tratar de município que haja sido desmembrado da sede, embora se constitua uma cidade distinta, permanece a

¹³ “O vice-prefeito que substituiu o titular seis meses antes do pleito e é eleito prefeito em eleição subsequente não pode candidatar-se à reeleição, sob pena de se configurar um terceiro mandato” (TSE – Respe nº 23.570, Sessão de 21.10.2004).

¹⁴ “Inelegibilidade – Chefe do Executivo – Reeleito – Candidatura a Vice – Impossibilidade. Titular. Poder Executivo. Reeleição. Mandato Subseqüente. Candidatura. Vice. 1. O titular de cargo do Poder Executivo que se reelegeu em um segundo mandato subsequente, não pode se candidatar a vice, mesmo tendo se desincompatibilizado, por renúncia, nos meses anteriores à eleição a que pretende concorrer, porque isso poderia resultar no exercício de um terceiro, mandato sucessivo, o que expressamente vedado pela Constituição da República. Precedente: Consulta nº 689. 2. Os vices que substituíram os titulares, seja em um primeiro mandato ou já reeleitos, poderão se candidatar à titularidade do cargo do Poder Executivo, desde que a substituição não tenha ocorrido nos seis meses anteriores ao pleito. Havendo o vice – reeleito ou não - sucedido o titular – poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente. 3. Conforme dispõe a Res/TSE nº 20.114, d 10.03.1998, relator Ministro Néri da Silveira, “o titular de mandato executivo que renuncia, se eleito para o mesmo cargo, vindo, assim, a exercê-lo no período imediatamente subsequente, não poderá, entretanto, ao término desse novo mandato, pleitear reeleição, porque, do contrário, seria admitir-se, contra a letra do art. 14, § 5º, da Constituição Federal, o exercício do cargo em três períodos consecutivos.” (TSE, Resolução nº 21.026-DF, Consulta nº 170, Classe 5ª, Rel. Min. Fernando Neves, DJU, Seção 1, 21-06-2002, p. 242).

vedação em virtude dos vínculos existentes, apresentando-se tal separação mais sob um aspecto formal, e, ademais, poderia incentivar temerários desmembramentos.

A pretexto de evitar solução de continuidade na atividade administrativa não é exigido dos candidatos à reeleição o afastamento do cargo, quer através de renúncia ou desincompatibilização. É dizer, os candidatos à reeleição permanecem no cargo, sob o argumento de que certamente haveria prejuízos à sua gestão, podendo o substituto vir a comprometer todo o programa de governo que está em andamento, ademais, se pretende permanecer, dar continuidade, seria desarrazoado exigir a renúncia interrompendo as atividades que deseja dar prosseguimento.¹⁵ Sustentam que os abusos podem ocorrer, mas, o que tem que ser feito é uma fiscalização competente para inibi-los ou coibi-los. Ou seja, defendem que o custo-benefício vale a pena.

Os argumentos não impressionam, pois, não se mostra razoável tal posição, considerando-se que, a rigor, criar uma situação cujo descontrole mostra-se evidente e transferir para os órgãos de fiscalização do processo eleitoral a responsabilidade pela lisura da disputa em casos que tais, é, sem a menor dúvida, ignorar a realidade, preferindo acreditar na ilusória idéia de que basta existir normas legais para que os problemas sejam solucionados e o direito respeitado.

Ora, por mais condições que a Justiça e o Ministério Público Eleitoral tivessem – o que é notório que não têm - jamais poderiam inibir a grande maioria das práticas abusivas com o uso da máquina administrativa, pela singela razão de que os fatos mais graves de desvio de finalidade ocorrem no interior das instituições, sigilosa e sub-repticiamente, restrita ao conhecimento apenas de quem está envolvido e, precisamente por esse motivo, não vai revelar. Desta feita, não há como impedir atos sobre os quais sequer tem-se conhecimento. Por outro lado, depois dos abusos e desvios praticados e conhecidos, somente resta a via judicial para reprimir, cujo resultado costuma não surtir os efeitos esperados, pois, muita vez, o mandato já está no final, quando não já totalmente cumprido, sendo relevante acrescentar que, no cenário atual, enquanto não transitada em julgado a decisão, o infrator continua “inocente” e poderá continuar a exercer mandatos, praticando toda sorte de malversação, sem que sua conduta sofra qualquer restrição.

¹⁵ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 1998, p.89.

Por seu turno, urge não deslembrar que os políticos, de um modo geral, especialmente os abastados ou que se encontram no exercício do mandato e com isso contam com o enorme poder da máquina pública na sua mão, preferem apostar nas falhas do sistema e ter seu mandato sujeito a questionamentos judiciais, do que deixar de praticar as condutas viciadas de aliciamento de eleitores que, segundo sua concepção, é a forma mais eficiente de obter sucesso na eleição. Contando, ademais, com os recursos públicos para financiar sua defesa judicial, cujos patronos costumam receber substanciais remunerações. Em síntese, os danos resultantes são incalculáveis e irreversíveis, quer do ponto de vista moral, quer material.

Desta feita, a melhor opção seria prevenir, negando oportunidades que propiciam o desvio dos recursos e bens públicos em benefícios privados, a par de agredir o princípio da igualdade que deve reger todo o processo eleitoral. De outra banda, não é permitido olvidar de que o uso da máquina administrativa compreende utilização de bens e recursos públicos, os quais não podem se destinar ao favorecimento de certas e determinadas pessoas. Este fato, por si só, é suficiente para convencer do desacerto da norma em permitir a reeleição sem exigir o afastamento do cargo.

Porém, paradoxalmente, a norma constitucional exige o afastamento desses mesmos gestores, quando pretendem se candidatar a outro cargo, e, também, quando o cônjuge ou um parente seu deseja se candidatar naquela circunscrição eleitoral. Ora, se não há razões para afastar-se quando se candidata à reeleição, porque então exigir o afastamento quando se trata de *candidatura a outro cargo*? Ou, de candidatura de cônjuge ou parente? O argumento de prejuízo à administração com o afastamento no primeiro caso não convence, em virtude de sua fragilidade.

Em qualquer caso, não parece haver razoabilidade no raciocínio, pois, se o risco de uso da máquina pública em benefício próprio ou a favor de parentes ou cônjuge do gestor é motivo para o seu afastamento do cargo, com maior razão seria na hipótese de sua própria candidatura. Daí a pertinência das considerações de Aroldo Mota ao assentar que a Emenda Constitucional nº 16/97 deve merecer a ojeriza de todos os brasileiros.¹⁶

¹⁶ MOTA, Aroldo. *Direito eleitoral* – na Constituição, na jurisprudência e na legislação. Fortaleza: ABC, 2002, p.226-7: “Chegamos a afirmar que as duas principais fraudes que ainda ocorrem, com mais frequência, no processo eleitoral brasileiro são: a) abuso do poder econômico por parte dos candidatos; b) abuso do poder de autoridade dos administradores públicos. Incontestavelmente, o instituto da reeleição veio agravar a fraude do uso da administração pública em benefício de determinada candidatura. [...] Por todas estas considerações, pelas Constituições Brasileiras citadas, pelo repúdio mostrado nas revoluções contra a reeleição em alguns Estados, a

Com efeito, para concorrer a outros cargos há necessidade de *desincompatibilização*, é dizer, o Presidente da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos Municipais devem se afastar do cargo, renunciando ao mesmo, seis meses antes da eleição. Caso não se afastem neste prazo ficam inelegíveis. Essa exigência não se estende aos Vices, porquanto, como visto, eles podem concorrer a qualquer mandato sem precisarem se desincompatibilizar, a teor do § 6º, do art. 14, da Lei Maior.

7.6 Inelegibilidade de cônjuge e parentes

A inelegibilidade de cônjuge e parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau, inclusive por adoção do chefe do executivo é tratada no § 7º, do art. 14, da Constituição Federal, destacando serem inelegíveis no território de jurisdição dos Chefes dos Executivos federal, estadual, distrital e municipais, ou que os hajam substituído nos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato e candidato à reeleição.

Segundo a ponderação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é necessária essa vedação para impedir o nepotismo, ou perpetuação no poder através de interposta pessoa. A solução mostra ser uma media de bom-senso, porém, incoerente em face da reelegibilidade.¹⁷ Certamente esse é um entendimento com o qual não é possível discordar.

Contudo, merece registrar que a proibição dos parentes ou do cônjuge do Prefeito se candidatar pode ser afastada, desde que este renuncie ao mandato nos seis meses anteriores ao pleito e seja reelegível. Isto é, se houver a desincompatibilização do gestor no prazo de seis meses e desde que ele próprio seja reelegível, a vedação resta superada, conforme decidiu o TSE¹⁸ e também o STF, no Recurso Extraordinário nº 344.882, entendeu que o alcance da EC nº 16/97, que instituiu a reeleição dos chefes do Executivo, não atingiria o cônjuge e os parentes do titular, caso ele tivesse direito à reeleição, mas não concorresse.

A rigor, a decisão revela coerência, pois, se o próprio Prefeito pode concorrer ao mesmo cargo sem se afastar, podendo, outrossim, disputar outros cargos, desde que se desincompatibilize, não se sustenta, por ilógica, a pretensão de impedir aquelas pessoas de

Emenda Constitucional Nº 16 deve merecer a ojeriza de todos os brasileiros, que devem continuar na luta pela restauração da confiança do povo nos seus políticos e administradores.”

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 2005, p.126.

¹⁸ “A esposa do prefeito poderá se candidatar a cargo no Executivo Municipal se ele puder ser reeleito e tiver se afastado do cargo seis meses antes da eleição”. (TSE, Resolução nº 21.297, de 12.11.2002, Rel. Min. Fernando Neves, precedente Ac. 19.442, de 21.08.2001, Rel. Min. Ellen Gracie).

disputarem as eleições em situações semelhantes. Isso é, seria contra-senso permitir o mais e proibir o menos. Sem dúvida, a interpretação que deve ser prestigiada é aquela que torne os comandos constitucionais eficazes para produzir os resultados pretendidos pela norma. Quando se deparar com normas cujo conteúdo mostra-se conflituoso com outras ou com os princípios, deve-se afastá-la para que prevaleça o espírito do sistema em sua unidade.

Observe-se que essa proibição é absoluta no tocante ao cônjuge e aos parentes do Presidente da República, considerando-se que sua circunscrição é todo território nacional. De outra banda, há também inelegibilidade, considerada reflexa, quando se refere ao companheiro, visto que a união estável é equiparada, para tais efeitos, ao casamento. Inclusive, o TSE já teve oportunidade de decidir um caso envolvendo união homoafetiva, tendo decidido pela inelegibilidade, considerando semelhante o vínculo impeditivo.

Em relação ao ex-cônjuge, o TSE tem entendido que a inelegibilidade persiste se a separação ou divórcio se deu durante o exercício do mandato. Esse entendimento visa a impedir artificiosas separações destinadas apenas a possibilitar candidaturas proibidas pela norma de regência. Desse modo, somente quando a separação jurídica e de fato tiver ocorrido antes do início do mandato do titular poder-se-á permitir a candidatura do ex-cônjuge.

7.7 Inabilitação para qualquer função pública

A norma do art. 85 da Constituição Federal cuida da responsabilidade do Presidente e Vice-Presidente da República, elencando várias situações às quais confere o caráter de crime de responsabilidade, em razão do extremo valor dos bens jurídicos protegidos. A par desse dispositivo, existe ainda a previsão do art. 52, onde são arroladas várias autoridades, tais como os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem assim dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, determinando que todos eles perdem o cargo, se condenados pela prática de crimes de responsabilidade, ficando inabilitados para o exercício de função pública por oito anos. Disso decorre, naturalmente, que durante esse período ficam inelegíveis. Visto que estão impossibilitados de exercer qualquer função pública, e, mandato eletivo é função pública, como bem adverte Niess, para quem:

Se o mau exercício do mandato causou-lhe a perda e a inabilitação cogitadas, outro mandato não há de poder exercer o inabilitado, enquanto perdurar a reprimenda. E quem não pode assumir o mandato, não pode ser eleito para recebê-lo. Em seguida, o autor lembra a questão dos servidores públicos contemplada pelo art. 137, da Lei

nº 8.112/90, o qual reputa incompatibilizado com o serviço público, pelo prazo de cargo de cinco anos, o ex-servidor demitido ou destituído de cargo em comissão por ter-se valido do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública [...].¹⁹

¹⁹ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 1998, p.115.

8 PERDA OU SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos, conforme assinalado alhures, são os atributos conferidos ao nacional brasileiro habilitando-o à participação na vida política estatal. Correspondem, essencialmente, ao direito de sufrágio, de votar nos plebiscitos e referendos, de propor ação popular, de organizar e compor partido político, de ser votado, de participar da administração como membro dos órgãos públicos. É, segundo Celso Bastos, “aqueles direitos que abrangem o poder que qualquer cidadão tem na condução dos destinos de sua coletividade, de uma forma direta ou indireta, vale dizer, sendo eleito ou elegendo representantes próprios junto aos poderes públicos.”¹

Celso Bastos faz uma distinção relevante entre direitos políticos e direitos individuais, mostrando que, não obstante sejam ambos direitos fundamentais, não se confundem, averbando, nesse sentido, que:

No Estado de Direito o indivíduo tem assegurado pela ordem jurídica uma certa gama de interesses relativos à propriedade, à liberdade, à igualdade etc. São direitos oponíveis ao Estado e que visam a inibir sua ação: têm, pois, um conteúdo negativo. Entretanto, ao lado destes, coexistem no Estado democrático direitos assecuratório da participação do indivíduo na vida política e na estrutura do próprio Estado. Enquanto os primeiros visam a proteger o indivíduo como mero súdito do Estado, os segundos almejam assegurar ao cidadão acesso à condução da coisa pública, ou, se se preferir, à participação na vida política. Dão serem chamados ‘direitos políticos’[...].²

Portanto, à medida que incide qualquer das condições proibitivas ou restritivas dos direitos de cidadania, estar-se-á diante de limitações aos direitos políticos, podendo ocorrer situações de tamanha gravidade que a Magna Carta sanciona com a própria perda ou suspensão desses direitos. José Afonso da Silva denomina de *Direitos Políticos Negativos*, para todas as hipóteses em que houver restrições privando o cidadão do exercício definitivo ou temporário da totalidade dos direitos políticos de votar e ser votado, incluindo as inelegibilidades.³

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.572.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.572.

³ Veja BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.380 e ss.

Tanto a Constituição Federal prever condições de elegibilidade, causas de inelegibilidades, como também dispõe sobre a perda ou suspensão dos direitos políticos, preconizando, no art. 15, as hipóteses em que se dará a privação desses direitos, com caráter de maior gravidade, posto ai cuidar de perda ou suspensão, circunstâncias que serão estudadas nos próximos itens. Não obstante estabelecer as condições em que haverá perda ou suspensão dos direitos políticos, a Lei Magna não faz a distinção e nem aponta quais dentre elas enseja uma ou outra conseqüência, cabendo ao intérprete extrair, da natureza do motivo, a restrição a aplicar.

8.1 Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado

A Constituição Federal estabelece a perda da nacionalidade quando o brasileiro for condenado, por sentença transitada em julgado, ao cancelamento da naturalização, em face da prática de ato nocivo aos interesses nacionais (art. 12, § 4º, art. 14, § 3º, I e art. 15, I). Muito embora não fale diretamente que essa circunstância configura perda dos direitos políticos, outro sentido não se pode extrair, à medida que, em sendo a nacionalidade o requisito indispensável para a aquisição da cidadania, mostra-se forçoso entender que quem não a possui não pode ostentar os direitos que lhe são correspondentes.

Não resta dúvida, portanto, que a perda da nacionalidade implica em perda dos direitos políticos, vez que a decisão é irrevogável, isto é, não há meio de reverter e recuperar a naturalização perdida. Exceto por meio de eventual ação rescisória, que desconstituirá a sentença.

Atente-se para a excepcional circunstância de que, nada obstante não esteja no elenco do art. 15, é fato que o brasileiro nato igualmente ao naturalizado poderá perder sua nacionalidade. E assim é porque, nos termos do art. 12, § 4º, II, da Constituição, desde que o brasileiro adquira voluntariamente outra nacionalidade, fora dos casos legais, perderá sua condição de nacional, porquanto, nesta hipótese, importará em transformar um nacional em estrangeiro. Dessarte, sem nacionalidade brasileira, que é pressuposto da cidadania, não há direitos políticos, e, no caso, por ser uma situação definitiva, se trata de perda e não de suspensão dos direitos.⁴

⁴ Assim é o pensamento de SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.382.

Somente nestes dois casos se dá a perda dos direitos políticos, e, como a perda da nacionalidade só ocorre após a sentença que cancelou a naturalização ou que julgou a questão da opção por outra nacionalidade transitar em julgado, presume-se que houve um processo, desta feita perante o juízo federal (art. 109, X, da CF), onde a ampla defesa foi devidamente observada dando oportunidade para o interessado demonstrar suas razões e impedir a medida drástica.

8.2 Incapacidade civil absoluta

A incapacidade civil absoluta é outra hipótese prevista (art. 15, II), e significa a presença de circunstâncias patológicas que impedem a pessoa de entender e determinar-se de acordo com esse entendimento, dessa forma, há uma incapacidade de querer, de agir que recomenda a *suspensão* dos direitos políticos, visto que a pessoa fica interdita para os atos da vida civil. No entanto, não sendo uma situação definitiva, considerando-se que, ao tempo em que o incapaz recuperar a plena capacidade de se conduzir na vida civil, adquire ou readquire os direitos políticos, até mesmo porque, dentre estes estão incluídos os menores de dezesseis anos os quais, no momento em que implementarem a idade permitida estarão plenamente habilitados a exercerem sua cidadania.

8.3 Condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos

Condenação criminal transitada em julgado é causa de suspensão dos direitos políticos, perdurando até que cessem os respectivos efeitos, isto é, até que esteja definitivamente cumprida a pena imposta. Como é efeito da sentença criminal condenatória não carece de qualquer medida do juiz no sentido de reconhecê-lo expressamente. Como bem sintetiza Niess, “Não é uma pena que pode não ser aplicada, mas uma consequência ética, inafastável, da condenação, posta pela Constituição Federal diretamente. E prevalece ainda no caso de suspensão condicional da pena.”⁵

Ressalte-se que, para haver a suspensão dos direitos políticos faz-se exigido tão-somente o trânsito em julgado de uma sentença criminal condenatória, pelo que, toda e qualquer condenação, inclusive de contravenção, ensejará automaticamente essa sanção constitucional. Adotando posição isolada, entende Antônio Calos Mendes que somente os crimes dolosos é que devem ser considerados, ressaltando que a LC nº 64/90 ignora

⁵ Veja NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 1998, p.30-40.

gravíssimos crimes, contudo, ela não pode reduzir o âmbito de incidência do preceito constitucional, querendo com isso dizer que os demais crimes, ainda que não elencados sofrem os efeitos do dispositivo da Lei Maior.⁶

Agora, falando o dispositivo que a suspensão perdurará enquanto durar os efeitos da condenação, forçoso concluir que em havendo a extinção da punibilidade, por qualquer causa, conseqüentemente também ocorrerá a cessação da medida político-constitucional. De outra banda, não há necessidade de reabilitação, estando a jurisprudência uniforme nesse sentido.

8.4 Parlamentares condenados no exercício do mandato

Os deputados e senadores que se encontrem em pleno exercício do mandato se forem condenados criminalmente não perderão de imediato o cargo, vez que, neste caso, os arts. 53, § 1º, e 55, VI e § 2º, da Constituição exigem que haja manifestação da respectiva Casa legislativa acerca da perda do cargo. Ou seja, a sentença penal condenatória não produz aqui os mesmos efeitos que produz nos demais casos. A bem da verdade, quem decide se o condenado perde ou não o cargo é o Parlamento.

Um aspecto bem inusitado ocorre nesses casos, pois, conquanto esteja o parlamentar condenado, com os direitos políticos suspensos por efeito da sentença criminal transitada em julgado, pode ficar no exercício do cargo e cumprir integralmente o mandato. Agora, encerrado o mandato, se ainda estiver sobre os efeitos da condenação, estará inelegível para disputar um novo mandato. É realmente muito estranho alguém estar com os direitos políticos suspensos e em pleno exercício de mandato parlamentar.

8.5 Recusa em cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa

O não cumprimento das obrigações a todos impostas, por motivos de crença religiosa ou de convicções filosóficas ou políticas, resulta na suspensão dos direitos políticos, exceto se, alternativamente, o indivíduo realizar prestação alternativa legalmente autorizada. Dentre esses deveres avulta o do serviço militar obrigatório, que é, em tempo de paz, destinado a todos os homens.

⁶ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.85.

Compete às Forças Armadas estabelecer as prestações alternativas que podem ser oferecidas aos que se recusarem a cumprir o serviço militar obrigatório, sob alegação de imperativo de consciência, de acordo com o art. 143, § 1º, da Constituição Federal.

Acerca dos efeitos da recusa em cumprir o dever de conteúdo cívico a todos imposto, parte da doutrina entende que acarreta a *perda* dos direitos e não apenas a *suspensão*. Nesse sentido é a posição de José Afonso da Silva⁷, Celso Bastos⁸ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹. Afirmando José Afonso, que a perda dos direitos se dá, não pela simples escusa de consciência, mas, pela recusa em cumprir a obrigação alternativa. No entanto, essa posição não parece se harmonizar com a realidade, posto que, no momento em que a pessoa cumpre a obrigação, recupera os direitos, portanto, não é caso de perda dos direitos, já que esta implica em definitividade.¹⁰

8.6 Condenação por improbidade administrativa

A improbidade administrativa está prevista no art. 37, § 4º, da Magna Carta, importando em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Para regulamentar esse dispositivo foi editada a Lei nº 8.429/92, conhecida como a Lei da Improbidade, que veio definir as condutas consideradas ímprobas e disciplinar todo o processo destinado à responsabilização dos infratores.

Essa norma legal, dando densidade e concretude aos princípios constitucionais da moralidade e probidade, prever severas sanções aos agentes públicos que se portarem de forma contrária aos valores e interesses supremos da Administração. Mas, sem embargo do § 4º, do art. 37, da Constituição e da Lei nº 8.429/92, o legislador constituinte achou por bem estatuir, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, no § 9º, do art. 14, a expressa exigência de ser *aferida a vida pregressa do candidato, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, e a normalidade e*

⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p.382-3.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., 1998, p.595.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 1997, p.130.

¹⁰ Nesse sentido afirma MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.88: “Dentre esses deveres encontra-se o serviço militar. No caso de invocar *escusa de consciência*, o cidadão deverá cumprir a prestação alternativa indicada em lei. Recusando-se ao cumprimento desta perante a autoridade competente, ocorrerá a suspensão dos direitos políticos. Não se trata de hipótese de perda, mas de suspensão do “*ius suffragii*” e, por consequência, do “*ius honorum*”. Assim, poderá a qualquer tempo desfrutar desses direitos se suportar o *onus cívico* ou, se for materialmente possível, cumprir a prestação alternativa”.

legitimidade das eleições, tudo isso conduzindo à certeza quanto a relevância da questão, despertada pelos fatos reais que não mais permitiam ser tratados como coisa de somenos importância, mormente pelo fato de que o País estava sendo saqueado e ninguém por isso responsabilizado.

Consoante entendimento de Niess, a probidade é exigida pela Administração, cuja existência:

[...] se presume, não preenchendo condições de elegibilidade - aliás, mais que isso, devendo ter suspensos os direitos políticos - o administrador ímprobo. [...] O defeito se agrava, tornando-se insuportável, se se manifesta enquanto seu portador administra a coisa pública. [...] A trajetória desastrosa do ímprobo como administrador não o qualifica para o exercício de qualquer mandato eletivo, nem dignificaria aquele que recebesse o seu voto. Não seria aceitá-lo como cidadão. Por isso seus direitos políticos devem ser suspensos. [...] Apenas do aspecto mais grave dos direitos políticos - a probabilidade da eleição do administrador desonesto que atemoriza mais que admitir seu voto - cuida a Lei Complementar nº 64/90.¹¹

Nesse mesmo sentido é o pensamento do Desembargador Eliseu Fernandes de Souza, do Tribunal de Justiça de Rondônia, ao registrar que:

O espírito da norma do art. 37 da Constituição é a tutela da República, isto é, da coisa pública - interesse coletivo, que se sobrepõe ao individual. A razão da lei contém em si um princípio de tutela em relação ao direito como prevenção ao dano eventual ou potencial. Não se pode negar que ocorre na relação jurídica do Direito Eleitoral uma inversão onde a presunção de probidade deve militar em favor da cidadania, impondo ao candidato a cargo público no âmbito dos poderes da República e dos entes federados a necessária aptidão frente ao contexto da vontade da Constituição.¹²

Como se vê, a probidade é uma condição de elegibilidade, e, cometida a *improbidade*, o agente condenado com o trânsito em julgado da sentença, terá os direitos políticos suspensos, variando entre três, cinco e oito anos, conforme seja o tipo de conduta cuja previsão se acha estatuída nos artigos 9º, 10º e 11, da Lei nº 8.429/92.

¹¹ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 1998, p.44-5.

¹² SOUZA, Eliseu Fernandes de. Escudo da impunidade - a presunção de inocência não pode ser usada por candidatos. *Consultor Jurídico*: Anuário da Justiça, 2008. Disponível em: <conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2008.

9 HIPÓTESES INFRACONSTITUCIONAIS DE INELEGIBILIDADES

Quando a Constituição dispõe sobre as causas de inelegibilidades remete à Lei Complementar o estabelecimento de outras hipóteses, definindo de logo o objeto e o motivo que devem ser observados pela futura norma. Em face desse comando, infere-se que as inelegibilidades encontram um outro espaço de fundamento além do constitucional.

Preleciona Antônio Carlos Mendes, que o § 9º, do art. 14, da Constituição Federal contém previsão para a construção legislativa de outras hipóteses de inelegibilidades, estipulando a espécie (lei complementar); fornecendo os pressupostos (imparcialidade da Administração Pública e a neutralidade do poder econômico); e, por fim, fixou o elemento teleológico, ou seja, a finalidade de proteger a normalidade e legitimidade das eleições. Em seguida, enfatiza ser nítido o *móvel* desses preceitos constitucionais, que toma o resguardo da liberdade das eleições como dogma para fins de inibir as pressões dos agentes públicos e agentes privados sobre os eleitores, que devem permanecer livres para manifestar seu voto sem qualquer interferência.¹

9.1 Lei Complementar nº 64/90

Para dar cumprimento ao mandamento constitucional a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, revogando a Lei complementar nº 5/70 que cuidava do tema, disciplina várias causas de inelegibilidades, definindo-as em *numerus clausus*, visto que, por se tratar de restrições a direitos, há de haver previsão comedida.

O desejo da Constituição de preservar a moralidade e a probidade administrativa é manifesto, bastando uma breve reflexão sobre todo o conteúdo de normas abrigadas na própria Lei Maior e também dispersas pela legislação infraconstitucional, formando um conjunto harmônico que tem por objetivo direto inibir e coibir todo e qualquer ato que se mostre incompatível com seus princípios e causem prejuízos à Administração, quer sejam de ordem patrimonial, quer sejam éticos e morais.

¹ MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.128-130.

Nesse sentido, a referida LC nº 64/90 estabelece, em seu art. 1º, incisos I a VII, alíneas e parágrafos, causas de inelegibilidades de caráter absoluto, vale dizer, é impedimento para qualquer cargo, e outras de caráter relativo ou temporário, disciplinando o respectivo prazo de duração. A presença de qualquer delas compromete o direito subjetivo à eletividade, rendendo ensejo à questionamento judicial que pode resultar na negação ou cancelamento do registro.²

A citada norma reproduz algumas causas já previstas constitucionalmente, pelo que, não serão elas aqui abordadas para se evitar repetições desnecessárias, adotando-se a ordem legal apresentada.

9.2 Inelegibilidade decorrente de perda do mandato legislativo - Art. 1º, I, “b”

O dispositivo considera inelegível para qualquer cargo, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato e por mais oito anos após o término da legislatura, os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por violação ao art. 55, I e II, da Constituição Federal e dos dispositivos equivalentes das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais.

Predica ainda a Constituição, no artigo 55, I, que perderá o mandato o Deputado Federal ou Senador que infringir alguma das determinações do art. 54, da própria Constituição.

As sanções previstas no dispositivo destinam-se, como se pode vê, à proteção da moralidade, punindo com a perda do mandato a infringência de qualquer dessas disposições. Por seu turno, o mesmo art. 55, no inciso II, contempla previsão de perda do mandato para os Deputados e Senadores cujo comportamento se mostre incompatível com o decore parlamentar. E, no § 1º, do mesmo artigo, esclarece o que considera ferir o decore parlamentar “além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.”

9.3 Inelegibilidade dos Chefes do executivo - Art. 1º, I, “c”

Esse dispositivo considera inelegível para qualquer cargo os chefes do executivo em âmbito estadual, municipal ou do Distrito Federal, bem como os respectivos vices, que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo de suas respectivas Normas

² A respeito, GOMES, José Jairo, op. cit., 2008, p.146 e ss.

instituidoras, quais sejam, a Constituição Estadual, a Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica dos Municípios, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 3 (três) anos subseqüentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos.

Essa previsão refere-se, como se percebe, à perda de cargo do Chefe do Executivo em virtude de crime de responsabilidade, o que se dará através de um processo de *impeachment*, cujo julgamento será da competência das respectivas Casas Legislativas.

Deve ser destacado que, nada obstante as Constituições Estaduais ou as Leis Orgânicas dos Municípios sejam omissas quanto à aplicação da sanção de inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de oito anos, como previsto no art. 52, parágrafo único da Carta Federal, por simetria tal sanção tem que ser aplicada, além da perda do cargo. Até porque, a sanção constitucional de inelegibilidade inibe tão-somente a capacidade eleitoral passiva, não alcançando o exercício de outras atividades públicas que também merecem igual proteção.

9.4 Inelegibilidade - abuso do poder econômico e político - Art. 1º, I, “d”

O conceito de política está diretamente ligado ao conceito de poder. Poder de um homem sobre outro homem. É válido afirmar que o poder não é um fim em si mesmo, pois, ele é apenas o meio através do qual busca-se obter determinados efeitos. O poder político tem como fundamento essencial o consentimento, é dizer, só este o legitima.

A norma legal inspirada na defesa intransigente dos princípios que devem imperar no âmbito do Direito Eleitoral, prever as causas de inelegibilidades para sancionar os abusos cometidos por meio do poder econômico ou político.

Para o Direito Eleitoral, a problemática do abuso de poder não pode ficar nos confinamentos públicos ou privados, tendo de transpor essas linhas em busca de apoios mais abrangentes que penetram a fundo nas circunstâncias concretas da realidade contemporânea, para que o regime democrático participativo tenha uma escoreita base de sustentação, expungido de vícios que possam obstar ou macular o caráter genuíno da participação do povo

nos processos eletivos e deliberativos diretos: plebiscito e referendo, nesse sentido preleciona Fávila Ribeiro.³

O alerta é de Norberto Bobbio, acerca de que existem três formas de poder consistentes:

No poder ideológico, no poder econômico e no poder político. Afirma que todas as três formas de poder instituem e mantêm uma sociedade de desiguais, isto é, dividida entre ricos e pobres, com base no primeiro, entre sapientes e ignorantes, com base no segundo, entre fortes e fracos, com base no terceiro: genericamente, entre superiores e inferiores.⁴

É válido trazer a lição de Pedro Roberto Decomain sobre o abuso do poder econômico e político que reflete nas eleições comprometendo sua regularidade e legitimidade, ao assentar:

O abuso do poder econômico, cuja ocorrência justifica a inelegibilidade, é o emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado), fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constante da Lei nº 9.504/97, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato. Já o abuso do poder político consiste no emprego de serviços ou bens pertencentes à Administração Pública direta ou indireta, ou na realização de qualquer atividade administrativa, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato.⁵

O desejo de atingir o poder é característica da natureza humana, tendo Aristóteles percebido e revelado esse aspecto, ressaltando considerar uma coisa normal, criticando, porém, o desejo de nele permanecer para sempre, afirmando ser notório que todas as constituições que tenham por propósito a utilidade geral, sejam, em sua essência, justas,

³ RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.21.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.162-3. Ainda sobre o mesmo assunto é recomendável que se veja a brilhante percepção do autor, ao fazer uma profunda análise acerca das características de cada esfera do poder. Sobre o poder econômico, diz que é aquele que se vale da posse de certos bens necessários, ou assim considerados em uma situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a ter uma certa conduta, consistente, principalmente na execução de um certo tipo de trabalho. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem em relação àqueles que não os possuem... [...] O poder ideológico funda-se sobre a influência que as idéias formuladas de um determinado modo, emitidas em determinadas circunstâncias, por uma pessoa investida de uma determinada autoridade, difundidas através de determinados procedimentos, têm sobre a conduta dos consociados: desse tipo de condicionamento nasce a importância social em cada grupo organizado daqueles que sabem, dos sapientes, sejam eles os sacerdotes das sociedades arcaicas, sejam eles os intelectuais ou os cientistas da sociedade evoluída, porque através deles, e dos valores que eles difundem, ou dos conhecimentos que eles emanam, cumpre-se o processo de socialização necessário à coesão e integração do grupo. O poder político, enfim, funda-se sobre a posse dos instrumentos através dos quais se exerce a força física (armas de todo tipo e grau): é o poder coativo no sentido mais estrito da palavra [...] Enquanto poder cujo meio específico é a força – entenda-se, como veremos adiante, o uso exclusivo da força -, que é o meio desde sempre mais eficaz para condicionar os comportamentos, o poder político é em qualquer sociedade de desiguais o poder supremo, isto é, o poder ao qual todos os outros estão de algum modo subordinados: o poder coativo de fato é aquele ao qual recorre qualquer grupo social (a classe dominante de qualquer grupo social), ou como *extrema ratio*, para se defender dos ataques externos ou para impedir, com a desagregação do grupo, a própria eliminação.”

⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto, op. cit., 2004, p.163.

enquanto aquelas que têm em mira os interesses pessoais dos magistrados, partem de um falso princípio.⁶

Montesquieu compreendeu, inspirado na realidade de sua época, que o sufrágio pode ser comprado pelo poder econômico, apontando os danos que essa prática produz ao povo e à democracia, mostrando-se ainda hoje atualíssima sua visão.

[...] o povo cai nessa desgraça quando aqueles em quem confia, querendo ocultar a própria corrupção, procuram corrompê-lo. Para que o povo não perceba sua ambição, falam da grandeza do povo; para que não se perceba sua avareza, lisonjeiam-lhe sem cessar a do povo. [...] Que ninguém se admire se os sufrágios forem comprados pelo dinheiro. Não se pode dar muito ao povo sem que dele se tire mais ainda; porém, se tirar dele, é necessário derrubar o Estado. Quanto mais o povo pensa auferir vantagens de sua liberdade, mais se aproximará o momento em que deverá perdê-la.⁷

A inelegibilidade prevista neste item é do tipo cominada, segundo a classificação de Adriano Soares, vez que originária de sanção imposta ao agente ou beneficiário da conduta. Devendo-se destacar a clara lição de Niess ao enfatizar:

O poder outorgado ao administrador público não deve ser usado em seu próprio benefício, nem para favorecer ou prejudicar pessoas, mas em proveito dos administrados indistintamente. E prossegue: No particular aspecto das eleições essa questão ganha especial relevo, porque cogita-se da utilização do poder para conservá-lo ou aumentá-lo, propiciando à autoridade, se não for efetivamente controlado, a dominação dos adversários [...] Enfim, o voto não é uma mercadoria exposta à venda ou à troca, mas uma premiação que deve ser conquistada, após justa disputa, pelas idéias e pela história de cada competidor.⁸

Fávila Ribeiro é de opinião que o Direito Eleitoral precisa se fazer cumprir, resumindo seu sentir na seguinte afirmativa:

O Direito Eleitoral tem de demonstrar a sua eficiência pelos resultados que possa obter na frenagem de qualquer abuso de poder, seja proveniente de agentes públicos, seja cometido por instâncias privadas. É propriamente o poder, no exercício expansivo de suas dominações corrosivas, que precisa ser flagrado e contido.⁹

Clara é a lição de José Jairo Gomes ao atentar para o fato de que, ao alcançar as eleições em que os abusos foram cometidos e as que se realizarem nos três anos seguintes, importa

⁶ Veja Aristóteles em *POLÍTICA*, livro III, cap., IV, § 6º: “Aí está a razão pela qual, nos poderes políticos, desde que a cidade se imerja na igualdade e na perfeita semelhança dos cidadãos, cada um pretende possuir o direito de prática de autoridade por sua vez. Antes de mais nada, isto é uma coisa natural; vêem todos um direito nesta alternativa, e conferem a outro o poder de garantir os seus interesses, como eles mesmos asseguraram os deles. Hoje, contudo, os grandes benefícios que lhes outorgaram o poder e a orientação dos negócios em geral lhes fazem nascer o desejo de os conservar pra sempre, como se a continuidade do poder pudesse conceder a saúde aos magistrados que estão sofrendo de moléstias crônicas; pois então teriam talvez uma razão para ambicionar os cargos e as dignidades”.

⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis, livro VIII, cap. II*, op. cit., 1990.

⁸ NIESS, Pedro Henrique Távora, op. cit., 2000.

⁹ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1998, p.27.

num prazo mínimo, considerando-se que as eleições acontecem a cada quatro anos, o que finda por não atingir o infrator, porquanto, até que seja decidida a questão, já não mais terá tempo para realmente surtir eficácia a sanção e ele poderá se candidatar sem nenhum obstáculo. Ou seja, a norma é letra morta porque o trânsito em julgado muito provavelmente jamais se dará a tempo da sanção produzir os efeitos previstos.¹⁰

Nesse mesmo diapasão é o pensamento de Emerson Garcia ao registrar de forma bastante realista a ausência de resultados produzidos pela legislação eleitoral:

No Brasil, as exceções certamente existem, mas sua ocorrência é tão insignificante que dispensa comentários que desbordem do mero registro, motivo pelo qual nos limitaremos a ele. Para evitar esses efeitos deletérios, é imprescindível que seja conferida maior efetividade aos mecanismos de proteção à moralidade previstos na legislação eleitoral, os quais, infelizmente, são cuidadosamente preparados para que poucos efeitos possam gerar. Citando-se apenas um exemplo, pode mencionar o lapso de três anos de inelegibilidade previsto na Lei Complementar nº 64/90, a que estão sujeitos aqueles que incorrerem em abuso de poder político ou econômico praticado em detrimento do procedimento eletivo. Levando-se em conta que as eleições são quadrienais, não são necessárias maiores divagações para se concluir que caso o agente concorra sempre a determinado cargo, a sanção de inelegibilidade nunca será aplicada, pois os três anos começam a fluir a contar da eleição em que o abuso fora praticado, o que torna aplicação da sanção restrita às situações em que o agente pretende concorrer a cargo diverso, cuja eleição seja realizada no triênio.¹¹

9.5 Inelegibilidade por condenação criminal - Art. 1º, I, “e”

Essa norma cuida da inelegibilidade, para todos os cargos, daqueles que foram condenados criminalmente por sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena.

Conforme já assinalado, a inelegibilidade cominada por essa norma aplica-se após o cumprimento integral da sanção penal imposta, razão pela qual considera-se que, a rigor, é incorreto pensar que a inelegibilidade decorre do trânsito em julgado da decisão, tendo em vista que, a partir deste fato, a teor do art. 15, III, da CF, o condenado está com os direitos políticos suspensos, circunstância mais grave do que a inelegibilidade, posto englobar, diversamente desta, a capacidade eleitoral ativa e passiva.

¹⁰ GOMES, José Jairo, op. cit., 2008, p.149.

¹¹ GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições – Meios de coibição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.30.

Partindo desse pressuposto, conclui-se que a norma em referência apenas acrescenta um *plus* à condenação penal, não significando, de toda sorte, que esteja vedando a aplicação de qualquer ação preventiva de impedimento à elegibilidade, pois, estas são medidas acautelatórias¹² de natureza constitucional, erigidas em defesa da moralidade e da probidade para o exercício do mandato e da legitimidade das eleições – art. 14, § 9º. Demais disso, vale acrescentar que, o objeto jurídico protegido é a normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico e político, o que se mostra desconforme com a imposição de uma inelegibilidade para um pleito que se realizará após três anos do cumprimento da pena. Se essa sanção criminal for, *v. g.*, de 10 (dez) anos, certamente não cumprirá a norma com o objetivo pretendido pois, nenhum efeito será capaz de produzir.

O que se entende, sem metáforas, é que essa norma constante da alínea “e” reveste-se da mais absoluta inconstitucionalidade, não só por impedir o exame da vida pregressa – isso para os que entendem que ela tem essa substância -, e, empós, por conflitar com a norma do art. 15, III, da Constituição Federal, cujos comandos determinam a suspensão dos direitos políticos.

A análise da vida pregressa do candidato é obrigatória, sob pena de descumprimento do preceptivo constitucional, inserto no § 9º, do art. 14, que determina expressamente seja realizada essa medida como forma de aferir uma das condições de elegibilidade, eis que a probidade é requisito não só para a investidura no cargo, mas, sobretudo, para nele permanecer.

9.6 Inelegibilidade por indignidade do oficialato - Art. 1º, I, “f”

A inelegibilidade aqui tratada refere-se ao oficial das Forças Armadas que tenha sido declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, pelo prazo de 4 (quatro) anos. Tal regra se aplica aos oficiais das Forças Armadas, da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militares dos Estados e Distrito Federal.

O fundamento da medida radica no fato de que os oficiais ao atingirem este posto passam a refletir, mais que antes, a própria imagem ética da instituição, devendo servir de exemplo para os comandados. Se se mostrar indigno desse posto, naturalmente não merece confiança para logo representar os cidadãos exercendo um mandato eletivo. Porém, vale ressaltar, que a inelegibilidade só incidirá após o trânsito em julgado da decisão que julgou o

¹² Veja nesse sentido, RIBEIRO, Fávila, *op. cit.*, 2000, p.298.

militar indigno do oficialato, retirando-lhe o posto e a patente, julgamento este que compete ao Tribunal Militar de caráter permanente, de acordo com o art. 142, ^a 3º, VI, da Constituição Federal.

9.7 Inelegibilidade por rejeição de contas - Art. 1º, I, “g”

Todos os responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos devem prestar contas de sua administração. O parágrafo único do art. 70, da Constituição da República estabelece que compete ao Tribunal de Contas da União: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio eu deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; julgar as contas dos administradores, e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, I e II); O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, cabendo-lhes emitir parecer prévio sobre as contas apresentadas pelos Prefeitos que só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 31, §§ 1º e 2º, CF).

Da redação dos dispositivos constitucionais acima exsurge que os Tribunais de Contas são as únicas instituições competentes para fiscalizar a regularidade dos gastos públicos. Quer dizer, todas as contas públicas devem ser objeto de apreciação pelos respectivos órgãos de contas que, ora emitem um parecer prévio que servirá de orientação ao Poder Legislativo que irá julgar as contas do Chefe do Executivo, ora eles próprios julgam as contas, quando se trata de *contas de gestão*. Dizendo de outro modo, as *contas de governo*, que são as execuções orçamentárias, e cabe a execução privativamente ao respectivo Chefe (Presidente da República, Governador e Prefeito) enquanto *Governo*, são distintas das *contas de gestão*, que são aquelas realizadas pelos ordenadores de despesas, como *v. g.*, os Ministros, Secretários, etc, ou qualquer outro eu receba delegação para tanto.

As decisões dos órgãos de controle rejeitando as contas dos administradores públicos constituem causa de inelegibilidade, segundo a norma em comento, quando apuradas irregularidades insanáveis com caráter de improbidade e cuja decisão seja irreversível. Tais decisões submetem-se a um processo administrativo onde é exigida a observância do devido

processo legal e ampla defesa, e, esgotadas as fases e não mais cabendo recurso, somente uma decisão judicial poderá desconstituir a inelegibilidade.

A rejeição das contas pelo Tribunal de Contas ou pela Câmara Municipal pode ser objeto de questionamento junto ao juízo cível. Em face dessa circunstância e pelo fato das decisões ensejarem a impossibilidade de muitas candidaturas, as demandas judiciais se multiplicaram na tentativa de desconstituir tais decisões, o que levou o TSE a editar a Súmula nº 1, de 23.9.1992, pela qual firmou seu reconhecimento de que bastava o ajuizamento de uma ação cível anulatória para suspender a inelegibilidade, não carecendo de nenhum ato judicial, bastando o mero comprovante do protocolo de entrada da justiça. A consequência óbvia desse posicionamento foi o esvaziamento de todas as decisões dos Tribunais de Contas detectando irregularidade insanável com nota de improbidade, deixando, assim, de impedir que os maus gestores se candidatassem pela primeira vez ou se reelegerem, transformando a norma em letra morta. O texto da Súmula nº 1 do TSE, reza que: “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade.” (Súmula nº 1 do TSE).

Desde então o TSE continuou firme nessa posição, mantendo o entendimento de que bastava promover uma ação para ter afastada a inelegibilidade, não exigindo nenhum pronunciamento judicial quanto à viabilidade desta ação:

O ajuizamento de uma ação anulatória de deliberação da Câmara Municipal que rejeita as contas do candidato, suspende sua exigibilidade, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei nº 64/90 e do Enunciado nº 1 da Súmula do TSE, ainda que diga respeito aos aspectos formais de decisão legislativa (TSE, Resp., nº 12.936-TO, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU*, 7/11/1996).

Tempos depois, particularmente por ocasião das eleições de 2006, diante de inúmeros questionamentos chegados ao Tribunal Superior Eleitoral insurgindo-se quanto à desarrazoabilidade de uma medida desse jaez, a Corte decidiu reavaliar o teor da Súmula nº 1, chegando à conclusão de que o simples protocolo de uma petição inicial não poderia gerar a desconstituição da decisão de rejeição das contas, sendo necessário que haja uma tutela antecipada ou, pelo menos, uma decisão liminar revelando um mínimo de viabilidade da ação, para poder haver a suspensão da inelegibilidade. Demais, que essa decisão liminar tenha sido concedida antes do registro, isto é, por ocasião do registro o candidato deve estar com todas as condições de elegibilidade preenchidas.

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2006. IMPUGNAÇÃO. CANDIDATO. DEPUTADO ESTADUAL. REJEIÇÃO DE CONTAS. AÇÃO ANULATÓRIA.

BURLA. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 1 DA SÚMULA DO TSE. RECURSO DESPROVIDO.

A análise da idoneidade da ação anulatória é complementar e integrativa à aplicação da ressalva contida no Enunciado nº 1 da Súmula de TSE, pois a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º, CF/88) RO Nº 912-Classe 27ª- RO – Rel. Min. César Asfor Rocha. Decisão por maioria, vencido o Min. Arnaldo Versiani. Sessão do dia 24 de agosto de 2006.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL CONHECIDO COMO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATO. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. ART. 14, § 9º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AÇÃO DESCONSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO-PROVIMENTO.

1.O pedido de reconsideração ou de revisão de contas, bem como as ações ajuizadas na justiça comum, devem estar acompanhadas de liminar ou de antecipação de tutela, com deferimento anterior à solicitação do registro de candidatura, para que se afaste a inelegibilidade. 2. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, “(...) o recurso de revisão não afasta a inelegibilidade, salvo se a ele tiver sido concedido efeito suspensivo pela Corte, a quem incumbe seu julgamento (...)” e “(...) a insanabilidade das irregularidades que causaram a rejeição das contas pode ser aferida pela Justiça Eleitoral nos processos de registro de candidatura”.(RO 577, Rel. Min. Fernando neves, Sessão de 3.9.2002). 3. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.942 – Classe 22ª - Tocantins (Palmas). Rel. Min. José Delgado. Decisão unânime. Sessão de 29 de setembro de 2006.

Quanto à hipótese disposta na norma legal ressaltando que se a questão houver sido, ou, estiver sendo apreciada pelo Poder Judiciário fica suspensa a inelegibilidade, também tem gerado inúmeros problemas, considerando-se que o juiz não pode se substituir ao outro Poder e desfazer sua decisão, competindo-lhe tão-somente apreciar se houve ou não a observância do devido processo legal. Caso comprovado que houve vícios de procedimento como a violação dos princípios processuais da ampla defesa e do devido processo legal, poderá o magistrado anular a decisão, quer do Tribunal de Contas quer da Câmara Municipal, não podendo, contudo, descer ao mérito do *decisum*, porque aí estará substituindo um julgamento técnico ou político por um judicial. Na verdade, estará o Judiciário se substituindo ao outro Poder. É nesse sentido que a jurisprudência abaixo confirma.

Registro de candidatura. Candidato a Deputado Estadual. Contas Rejeitadas pelo Poder Legislativo Municipal. Ex-Prefeito. Recurso provido para se deferir o registro. 1. O dilatado tempo entre as decisões que rejeitaram as contas e a propositura das ações anulatórias evidencia o menosprezo da autoridade julgada para com os seus julgadores. 2. O ajuizamento da ação anulatória na undécima hora patenteia o propósito único de buscar o manto do enunciado sumular nº 1 deste Superior Eleitoral. Artificialização da incidência do verbete. 3. A ressalva contida na parte final da letra “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 há de ser entendida como a possibilidade, sim, de suspensão de inelegibilidade mediante ingresso em juízo, porém debaixo das seguintes coordenadas mentais: a) que esse bater às portas do Judiciário traduza a continuidade de uma ‘questão’ (no sentido de controvérsia ou lida) já iniciada na instância constitucional própria para o controle externo, que é, sabidamente, a instância formada pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas (art. 71 da Constituição); b) que a petição judicial se limite a

esgrimir tema ou temas de índole puramente processuais, sabido que os órgãos do Poder Judiciário não podem se substituir, quanto ao mérito desse tipo de demanda, a qualquer das duas instâncias de contas; c) que tal petição de ingresso venha ao menos obter provimento cautelar de explícita suspensão dos efeitos da decisão contra a qual se irresigne o autor. Provimento cautelar tanto mais necessário quanto se sabe que, em matéria de contas, ‘as decisões do tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo’ (§ 3º do art. 71 da Lei Constitucional). 4. Recurso ordinário provido. (TSE, RO nº 963, SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Sessão de 13.09.2006).

O Superior Tribunal de Justiça, por reiteradas vezes já decidiu no sentido de que ao Judiciário não cabe analisar senão o aspecto formal das decisões que desaprovaram as contas, não lhe competindo emitir juízo de valor sobre os motivos da rejeição, como *e. g.*, revela o seguinte excerto:

Administrativo. Ação de nulidade *c/c* declaratória de regularidade de prestação de contas. Ex-prefeito. Rejeição de contas pela Câmara Municipal. 1. Falta de prequestionamento do disposto nos arts. 165 e 458, II, do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Ausência da omissão apontada pelo recorrente. Inexistência de violação ao art. 535, II, do Código de Ritos. 3. Ao Poder Judiciário é permitida a análise da regularidade formal do procedimento adotado pelo Poder Legislativo para julgar as contas públicas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo Municipal, bem como a verificação da existência dos motivos ensejadores de sua rejeição. Por outro lado, não lhe cabe emitir juízo de valor a respeito dos motivos que levaram a Câmara Municipal à rejeição das contas. 4. Recurso especial improvido. (REsp 453504 / MG, Rel. Min. Castro Meira ; 16/12/2004, DJ 18.04.2005 p. 249, RSTJ vol. 191 p. 195)

Realmente, a jurisprudência tem se firmado nessa direção, como mais essa decisão confirma, devendo-se isto à evidente circunstância de que os Tribunais de Contas são os únicos órgãos legitimados constitucionalmente para fiscalizar e julgar as contas dos agentes públicos, daí decorrendo não competir ao Judiciário realizar essa tarefa, cabendo-lhe, sem qualquer dúvida, conhecer de toda e qualquer questão que se refira à regularidade e legitimidade das decisões adotadas, de acordo com o posicionamento jurisprudencial dominante.

INELEGIBILIDADE - REJEIÇÃO DE CONTAS – AÇÃO ANULATÓRIA – ABRANGÊNCIA – VÍCIO FORMAL DA DECISÃO DE REJEIÇÃO

[...] Inelegibilidade. Rejeição de contas por vício insanável. Submissão ao Judiciário. Causa de pedir. No sentido da expressão “salvo se houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário”, contida na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei nº 64/90, tem-se a compreensão da causa de pedir relativa ao vício formal do processo administrativo encaminhado pelo Tribunal de Contas à Câmara Municipal. (TSE, Acórdão nº 12.024, Classe 4ª, Rel. Min. Marco Aurélio, Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, vol. 6, n. 4, out/dez/1995, p.98)

Se não é dado ao juiz substituir os Vereadores e o Tribunal de Contas para aprovar as contas dos agentes públicos, parece lógico que também não poderá rever o mérito de suas decisões. Por outro lado, se não é conferido ao juiz o poder de decidir pela rejeição das contas

- não existe previsão legal de recurso contra a aprovação, ou seja, ninguém recorre quando há aprovação, neste caso, parece ser absoluta a presunção de que o interesse público restou protegido -, também não lhe cabe apreciar o mérito para aprovar o que foi rejeitado pelo órgão competente.

Relativamente aos *convênios* firmados pelo Município com entidades federadas o julgamento das contas apresentadas pelo Prefeito compete ao Tribunal de Contas, nisso a jurisprudência é uniforme. Ressalte-se, a propósito, que não prestar contas é mais grave do que prestá-las incorretamente. Por outro lado, a ação judicial impugnando a rejeição das contas, seja da Câmara seja do TCM, deve ser ajuizada antes do pedido de registro de candidatura, inclusive, havendo o TSE demonstrado repúdio ao uso da Justiça como instrumento para fins não nobres, precisamente na ocasião em que a Súmula nº 1 foi revisada, considerando não se mostrar razoável o candidato aguardar por vários anos e só às vésperas do pedido de registro protocolar uma ação pretendendo desconstituir a decisão do órgão administrativo ou legislativo. Se ele se sentiu prejudicado ou tinha certeza de sua inocência, porque esperar tanto tempo? Dessa forma, o entendimento que exsurge é no sentido de que a ação não tinha por objeto discutir seriamente os fundamentos da decisão, mas, somente obter a suspensão da inelegibilidade.

Registro de Candidato – Rejeição de Contas – Inelegibilidade – art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 – Ex-prefeito – Verba Federal – Tribunal de Contas da União – Competência. Recurso de reconsideração – Interposição após o prazo – Não-comprovação de admissão – Insuficiência – Irregularidades Insanáveis – Malversação do dinheiro público – Verificação pela Justiça Eleitoral.

Recurso a que se dá provimento.

1 – Compete ao Tribunal de Contas de União examinar as contas relativas à aplicação de recursos federais recebidos por prefeituras municipais em razão de convênios.

2 – A insanabilidade das irregularidades que causaram a rejeição das contas pode ser aferida pela Justiça Eleitoral nos processos de registro de candidatura. (TSE, Recurso Ordinário nº 681-GO, Classe 27ª, Rel. Min. Fernando Neves, DJU, Seção I, 17-10-2003, p. 129, unânime).

Cumprе lembrar um outro aspecto também bastante acolhido pela jurisprudência do TSE, que é aquele pertinente ao âmbito de impugnação que deve observar o pedido da ação. É dizer, o autor precisa questionar todas as irregularidades que foram apontadas na decisão impugnada, sob pena de não o fazendo, persistir a inelegibilidade, vez que basta a existência de apenas um fato para ensejar a restrição e o magistrado não pode decidir além do pedido.

Se a ação judicial intentada para desconstituir a decisão legislativa de rejeição de contas não ataca todos os fundamentos de decreto, está configurada a inelegibilidade. (TSE, Resp. nº 13.883, Rel. min. Francisco Rezek, *DJU*, 26.11.1996).

Urge registrar o fato ocorrido no Ceará agora neste período eleitoral de 2008, onde muitos dos administradores que tiveram suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios, por irregularidades insanáveis, com nota de improbidade, obtiveram nos juízos da Fazenda Pública decisões liminares suspendendo os efeitos da inelegibilidade, havendo casos em que o magistrado concedeu a liminar por considerar pequena, insignificante a multa aplicada, ou seja, analisando questões que fogem à sua competência, porquanto, multa é pena e não será seu valor que irá descaracterizar a conduta infratora. Demais disso, não lhe cabe, outrossim, descer ao mérito da decisão, posto que a competência do órgão de fiscalização não pode ser substituída, porque, se assim for, melhor será que o próprio Judiciário fiscalize e julgue as contas dos administradores, posto que assim se perderá menos tempo e ainda sairá mais econômico ao erário.

Porém, não só as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios foram suspensas sob os mais variados pretextos como também foram inúmeras decisões de Câmaras de Vereadores de diversos Municípios, pelos mesmos juízos da Fazenda Pública de Fortaleza, que aceitaram o argumento de que, pelo fato de ter emitido o parecer prévio, o TCM (leia-se Estado) seria parte legítima para compor o pólo passivo, deslocando-se, assim, a competência do juízo do respectivo Município.

O expediente é perceptível *prima facie*, porquanto, se, nos casos de contas orçamentárias o parecer do TC é considerado mera opinião, vez que a competência para o julgamento é do órgão legislativo, repentinamente esta “opinião” passa a ter mais peso do que o próprio julgamento político realizado pela Câmara, passando a sofrer impugnação, com atribuição de valor decisório definitivo. Parece que neste caso o Judiciário foi usado e não se apercebeu.

Um outro aspecto a ser considerado na questão da rejeição das contas diz respeito à situação do Prefeito enquanto Chefe do Executivo, mas, ao mesmo tempo ordenador de despesas. Neste caso cabe ao Tribunal de Contas dos Municípios julgar suas contas, e não meramente apresentar um parecer, como faz quando aprecia as contas orçamentárias, que são contas de governo, e, por esta razão, cabe à Câmara Municipal aprová-las ou rejeitá-las. É

dizer, quando o Tribunal de Contas analisa as contas orçamentárias, sua atuação é meramente opinativa, já que aprovar ou rejeitar é uma decisão política que somente ao órgão Legislativo compete emitir. Por seu turno, também cabe ao Tribunal julgar as contas oriundas de convênios firmados pelo município com outros entes federados.

José Jairo Gomes faz um esclarecedor resumo lembrando a quem compete julgar as contas do prefeito, mostrando as diversas hipóteses:

1) a *Câmara Municipal*, quanto às contas anualmente prestadas relativamente à execução orçamentária; 2) o *Tribunal de Contas* nas seguintes hipóteses: a) se o parecer *desfavorável* (i.e., pela rejeição) emitido por ele não for afastado por dois terços dos membros da Câmara Municipal; b) se o parecer não for apreciado no prazo legal; c) se a despesa questionada tiver sido ordenada diretamente pelo Prefeito; d) no caso de convênio firmado com outro ente da federação (destaques do autor).

Sem embargo dessas peculiaridades o Supremo Tribunal Federal tem firmado jurisprudência no sentido de que o Prefeito jamais deixa de ser Chefe do Executivo, nem mesmo quando age como ordenador de despesas, daí só poder ser julgado por outro Poder. Equipara o Prefeito ao Governador e ao Presidente da República, para os quais os respectivos Tribunais de Contas apenas têm função de auxiliar do Legislativo emitindo parecer prévio sobre as regularidades das contas, não lhes competindo emitir julgamentos. As decisões abaixo comprovam essa assertiva.

Recurso Especial. Inelegibilidade (art. 1º, i, "g" da LC 64/90). Órgão Competente para Rejeição das contas. Só com relação às contas dos Chefes do Executivo é que o pronunciamento do Tribunal de Contas constitui mero parecer prévio, sujeito à apreciação da Câmara Municipal, antes do qual não há inelegibilidade (STF, RE 132.747). As contas de todos os demais responsáveis por dinheiros e bens públicos são julgados pelos Tribunais de Contas e suas decisões a respeito geram inelegibilidade (CF, art. 71, I). Inconstitucionalidade dos arts. 95-II - "d" e seu § 1º *in fine*, da Constituição do Estado da Bahia, quando estende às contas das Mesas das Câmaras Municipais o regime do art. 31 - § 2º, da Constituição Federal, que é exclusivo das contas dos Prefeitos.

Precedentes do TSE (Acs. 12.645 e 12.694, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence). Recurso não conhecido (TSE - Respe nº 13.174-BA, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, Seção 1, 27.11.96, p. 46.721). Sessão de 1.10.1996.

[...] O órgão competente para julgar as contas de chefe do Poder Executivo Municipal é a Câmara Municipal, exercendo o Tribunal de Contas uma função meramente auxiliar, uma vez que o parecer que emite é passível de manutenção ou rejeição pelo Poder Legislativo Municipal [...] (TSE - REspe. Nº 23.235, Sessão de 18.09.2004).

Esse posicionamento da jurisprudência predominante não parece o mais acertado, *concessa venia*, visto que o Tribunal de Contas é dotado constitucionalmente de funções destinadas às atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas – art. 70, CF -, gozando seus membros das mesmas prerrogativas dos membros da magistratura. Ora, no caso em que o Prefeito age como ordenador de despesas, ou seja, *ordena as despesas, assina cheques e notas de empenho*, está equiparado a *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores* (art. 70, parágrafo único da CF), pelo que, as contas decorrentes dessas operações que realizar, devem ser analisadas pelo órgão técnico, que as julga como qualquer outra em situação semelhante. Ou melhor dizendo, quando o Prefeito assina cheques, notas de empenho, realiza compras, faz pagamentos diversos como qualquer ordenador de despesas, não é razoável considerar que tais atos se revistam de caráter político para merecer julgamento pelo Legislativo.

Por seu turno, também o outro argumento usado não se mostra forte para autorizar o entendimento esposado, vez que o Prefeito não se equipara ao Presidente da República e aos Governadores no pertinente à ordenação de despesas, haja vista que estes dois últimos *não detêm competência* para ordenar despesas, apenas cuidam da execução orçamentária, como também, por sua vez o faz o Chefe do Executivo Municipal, daí que não há similitude entre as situações apontadas.

9.8 Inelegibilidade por abuso de poder político - Art. 1º, I, “h”

Nesta hipótese cuida a lei dos agentes que exercem cargos na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si próprio ou a terceiros, mediante abuso do poder econômico ou político, que tenha sido apurado em processo com decisão transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo.

A situação prevista caracteriza abuso de poder político e não se vincula diretamente com uma determinada eleição, ou seja, durante uma campanha eleitoral, podendo ocorrer durante todo o período em que o agente ocupa o cargo, pois, se estiver vinculada a uma eleição específica, a hipótese será aquela prevista na alínea *d*, do mesmo dispositivo. A jurisprudência tem entendido nesse sentido, como ocorreu nessa decisão do TSE.

Inelegibilidade. Abuso de poder político. Para configurar-se a hipótese da letra h do item I do art. 1º da LC nº 64, o abuso deve vincular-se a finalidades eleitorais, embora não a um concreto processo eleitoral em curso, o que corresponde à previsão da letra ‘d’ do mesmo dispositivo. Para o cômputo do prazo de três anos, considera-

se o lapso de tempo correspondente a um ano e não o ano civil. Desse modo, começa a fluir tão logo finde o mandato. (TSE, Resp. Eleitoral nº 14.117-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU, 17.12.1996).

Para Emerson Garcia, o abuso do poder político consubstancia uma verdadeira ameaça ao regime democrático, é o que se colhe de suas palavras:

Comportamentos dessa natureza contribuem para debilitar a credibilidade das instituições democráticas, permitindo o surgimento daquilo que se pode denominar *'brecha de confiança'* (Lipset Schneider) entre os cidadãos e os seus representantes, terminando por ensejar o desenvolvimento de uma *'política da antipolítica'*, vale dizer, o aumento de uma atividade ostensiva e finalisticamente voltada à desarticulação dos mecanismos de representação democrática.¹³ (Grifo do autor)

Para Decomain, a situação desse item somente se configura na hipótese de ação popular, na qual não existe a suspensão dos direitos políticos como ocorre na ação de improbidade, daí ser cabível essa inelegibilidade, pois, entender diferente é inconciliável com o conteúdo da letra *d*, do mesmo artigo, por outro lado, também diverge da vinculação a uma finalidade eleitoral, porquanto isso já contempla este outro item. Posição esta bastante razoável, porque se mostra desnecessária dupla previsão para situações iguais.¹⁴

Djalma Pinto, discordando da posição que exige a vinculação do ato ímprobo com finalidades eleitorais, destaca que deve ser considerada é a comprovação da improbidade, o que desqualifica o candidato para o exercício do mandato, devendo a Justiça Eleitoral considerar mais criticamente este fato, como meio para proteger o interesse geral, e consigna:

Na verdade, a improbidade comprovada descredencia o candidato, independentemente de ter sido apurada em processo eleitoral ou não. Fundamental é sua demonstração, respeitada a ampla defesa. O processo eleitoral é apenas o meio para introduzir o cidadão no comando do poder político. Se, ao exercer a função pública, em qualquer nível, já fora ele flagrado em ação de improbidade, mostra-se totalmente desqualificado para o exercício do cargo político. É necessário que se tenha uma visão mais crítica do exercício do poder, cujo acesso se dá pela via do processo eleitoral. Na aplicação da lei, reafirme-se infinitas vezes, não deve o Magistrado levar em consideração apenas o interesse do candidato em ocupar um cargo em disputa. Deve sempre ser priorizado o interesse do grupo social, que não pode ser governado por pessoas não comprometidas com a probidade, ou que se recusam a submeter-se aos ditames da lei eleitoral disciplinadora do certame.¹⁵

O abuso do poder econômico ou do poder político é sempre um fator a desequilibrar a frágil balança do sistema democrático, onde os direitos de liberdades individuais costumam ser utilizados em detrimento das liberdades alheias, quebrando a paridade que necessariamente deve existir para que se tenha realmente uma democracia.

¹³ GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições – meios de coibição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 39.

¹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto, op. cit., 2004, p.192.

¹⁵ PINTO, Djalma. *Direito eleitoral – improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2008b, p. 63.

9.9 Inelegibilidade-cargos instituições de crédito... - Art. 1º, I, “i”

Consoante a LC 64/90, art. 1º, I, “i”, são inelegíveis, para todos os cargos, todo aquele que houver exercido em estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro, cargo ou função de direção administração ou representação, nos doze meses antes da respectiva liquidação judicial ou extrajudicial, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

Sustenta-se que o fundamento para essa disposição é o manifesto interesse público, face à real possibilidade de virem a ser liquidadas ditas instituições causando enormes prejuízos a número incontável de pessoas, além do grave risco para o sistema financeiro como um todo. Nesse contexto, enquanto não ficar esclarecido se o administrador concorreu culposa ou dolosamente para o resultado de insolvência da instituição de crédito, fica-lhe interdita qualquer pretensão de se candidatar a um cargo eletivo.

O Sistema Financeiro Nacional, cuja regulamentação se acha regradada pela Lei nº 4.595/64, define o que seja “Instituições Financeiras”, constando do seu art. 17 que são “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. E no parágrafo único, desse mesmo artigo, equipara às instituições financeira as pessoas físicas que exerçam quaisquer das atividades referidas, quer de forma eventual ou permanente.

Cotejando este dispositivo com os demais da LC nº 64/90, chega-se à surpreendente conclusão de que dita norma legal está ignorando a regra básica de que onde há situações fáticas iguais a mesma razão de direito deve prevalecer¹⁶. Ou seja, enquanto para outras infrações cuja potencialidade talvez seja até mais grave, considerando-se que, a rigor, naquelas outras hipóteses o agente atua ou pode atuar sozinho, devendo a este fato agregar-se a relevante circunstância de que não existe fiscalização preventiva - até mesmo porque não se está num Estado de Exceção -, para impedir o cometimento das infrações, no entanto, contrariamente, na hipótese sob exame todas as entidades e pessoas ali nominadas estão submetidas a permanente estado de vigilância oficial, em virtude da exigência legal que impõe seja operada severa fiscalização pelo Banco Central, órgão ao qual toda e qualquer instituição financeira está subordinada.

¹⁶ ALEXY, Robert, op. cit., 2005, p.283.

Significa, à toda evidência, que o Sistema Financeiro é submetido a rigoroso controle, e as instituições se instalam e funcionam sob constante monitoramento oficial, daí parecer lógica a conclusão de que, se entram em insolvência causando enormes prejuízos de natureza difusa, posto atingir número incontável de investidores, não pode o poder público, responsável pela autorização, fiscalização constante e punição dos responsáveis, simplesmente transferir essa responsabilidade para os administradores de tais instituições. A sanção é severa para os administradores, seguramente como meio de intimidação com o intuito de poupar o órgão público responsável pela fiscalização.

Vale dizer, paradoxalmente, aqui, contrariando toda a lógica das demais causas de inelegibilidades, *a presunção de inocência* é invertida, prevalecendo a *presunção de culpabilidade*, acrescida da agravante de não haver prazo para cessar a restrição.

Deveras, a incoerência mostra-se indubitosa, desvendando, de forma clara e objetiva, que a LC nº 64/90 *não considera* as inelegibilidades com caráter de sanção penal, como está sendo interpretado, tendo-as como realmente são: *medidas cautelares* de natureza constitucional, aplicadas em defesa do regime democrático e da cidadania. E assim é que deve ser, mesmo, porquanto, a supremacia do interesse público tem que prevalecer sobre o privado. O que deve ser corrigido não é essa norma, pelo contrário, deve-se tê-la como referência para aplicar as demais causas de inelegibilidades, analisando-se, essencialmente, cada caso de per si. Esta é a única hipótese em que, verdadeiramente, a lei oferece os meios de atuação preventiva em defesa do bem coletivo, fazendo jus ao mandamento inserto no § 9º, do art. 14 da Magna Carta, daí ser recomendável uma urgente e séria reflexão sobre este aspecto.

9.10 Inelegibilidade decorrente de incompatibilidade - Art. 1º, II

Neste inciso II a Lei Complementar trata das inelegibilidades relativas, quer dizer, provocam impedimento somente em relação a alguns cargos, para determinadas pessoas que ocupam certos cargos ou funções na Administração Pública, disciplinando o prazo no qual tais pessoas podem se *desincompatibilizar*, isto é, se afastar da Administração para poder concorrer a um mandato político.

A desincompatibilização tem por escopo afastar as pessoas do cargo ou função que ocupam, para evitar que os mesmos sejam indevidamente usados em benefício de candidatura própria ou de outrem. O fundamento mostra-se bastante evidente, visto que o ocupante de

cargo ou função pode ser – e normalmente é – levado a se valer da estrutura administrativa da qual detém poder ou disponibilidade para obter vantagens eleitorais. Caso não se desincompatibilize no prazo legal surge a inelegibilidade e assim o impedimento à disputar um mandato eletivo. Esse afastamento pode se dar de forma definitiva ou temporária.

Necessidade de desincompatibilizar é exigida em todas as hipóteses em que há conflito entre o exercício do cargo ou função com uma candidatura política, daí que não alcança somente os ocupantes do Poder Executivo, querendo a legislação que todos que se encontrem nessa situação se afastem com antecedência razoável da data do pleito. Nesse sentido, a LC nº 64/90, em seu art. 1º e incisos, define os cargos e prazos de desincompatibilização.

Para todos os casos previstos há o prazo definido e as funções ou cargos cujo exercício se mostra incompatível, valendo para todos os entes da federação, incluindo todos os servidores públicos, por mais singelo que seja o posto que ocupe. O prazo varia entre seis a três meses, e, com exceção do cargo para Presidente e Vice-Presidente da República cuja circunscrição abrange todo território nacional, para os demais cargos restringe-se a limitação à esfera territorial na qual pretende candidatar-se o agente público.

Assim, dispõe a norma que precisam se afastar definitivamente dos cargos e funções seis meses antes da eleição, o agente público que pretender disputar cargo de Presidente ou Vice-Presidente da República.

O item *c* desse inciso II foi *vetado* pelo Presidente da República, sob o fundamento de que atentava contra o livre exercício do trabalho (inciso XIII, do art. 5º, c/c. o art. 6º, ambos da Carta Federal).

Como bem atenta André Luiz Nogueira Cunha, nada obstante tenha sido vetada essa norma, cujo objetivo seria prevenir abusos praticados por profissionais da área de comunicação, na verdade, essa mesma idéia já se acha inserta no § 1º, do art. 45, da Lei nº 9.504/97, o qual veda, a partir de 1º de agosto do ano da eleição, a transmissão de programa apresentado ou comentado por candidato.¹⁷

Acerca desse assunto Niess adverte, sustentando que:

Serão eles inelegíveis enquanto perdurar o abuso já devida e regularmente apurado e mesmo após ter cessado, salvo, neste caso, se provarem à Justiça Eleitoral, até seis

¹⁷ CUNHA, André Luiz Nogueira, op. cit., 2004, p.109.

meses antes do pleito, que o abuso, a essa época, não mais persiste em razão de iniciativa que tomaram, ou, no mesmo prazo, se demonstrarem que transferiram o controle da empresa ou grupo de empresas, na forma da lei.¹⁸

A hipótese da alínea “g” revela a preocupação quanto ao fato de alguém à frente de uma organização de classe, a qual recebe contribuições obrigatórias de seus associados, lance mão desses recursos em benefício de candidatura própria.

Seria impor um ônus a uma determinada categoria profissional o financiamento de campanhas políticas com as quais pode até nem concordar¹⁹. Tem-se entendido, outrossim, que os membros dos Conselhos profissionais, como, *v.g.*, o Conselho Regional de Medicina - CRM, o Conselho regional de Engenharia e Agronomia – CREA, o Conselho regional de Farmácia – CRF, Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, têm que se desincompatibilizar para poder concorrer a um mandato eletivo, eis que tais entidades recebem contribuições parafiscais, enquadrando-se, portanto, no dispositivo em análise.

Esses dois últimos itens excepcionam a inelegibilidade na hipótese de haver cláusulas uniformes. Por cláusulas uniformes compreenda-se *contratos de adesão*, que são aqueles em que a vontade da parte não tem qualquer influência, vez que estão previamente estabelecidas e o contratante aceita sem discutir.

São exemplos desse tipo de contrato os de prestação de serviços de telefonia, de energia elétrica, de água etc.

Na alínea *j*, cuida dos que, membros do Ministério Público, não se tenham afastado das suas funções até 6 (seis) meses anteriores ao pleito.

Contudo, relativamente aos membros do Ministério Público, resta superada a polêmica, haja vista que a Emenda Constitucional nº 45/2004 suprimiu a possibilidade de filiação partidária, exceto se se afastar definitivamente do cargo. Contudo, permanece a excepcional situação dos que ingressaram antes da 1988 e fizeram a opção pelo regime anterior, ou seja, podem advogar, se filiar a partido político, conforme permitiu o art. 29, § 3º, do ADCT.

O servidor público efetivo tem que se desincompatibilizar três meses antes da eleição. Percebe-se que, esse afastamento é provisório e o servidor não perde o direito à percepção da

¹⁸ NIESS, Pedro Henrique Távora, *op. cit.*, 2000, p.169.

¹⁹ NIESS, Pedro Henrique Távora, *op. cit.*, 2000, p.169.

remuneração. Distintamente ocorre quando se trata de ocupante de cargo comissionado em que o afastamento tem que ser definitivo.

III - para Governador e Vice-Governador de Estado, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, ou seja, aqueles todos elencados na alínea anterior, devendo a desincompatibilização se processar no prazo de 6 (seis) meses antes do pleito, sendo que o afastamento é em caráter definitivo.

Cumprе lembrar que as situações relacionadas nas alíneas “b” a “l” do inciso II acima expressado, só produzirão a inelegibilidade para a hipótese aqui versada quando as respectivas entidades se localizarem no território do Estado ou do Distrito Federal, aí deverá haver o afastamento do interessado no prazo de 6 (seis) meses antes das eleições. Isso decorre, logicamente, do fato de que o “poder de influenciar” está, na verdade, na pessoa jurídica à qual pertence o futuro candidato, vez que não mais se duvida da existência real do grande poder que uma empresa ou outro tipo de associação detém e que pode ser manipulado em benefício de interesses próprios, desequilibrando a igualdade que deve permear a disputa eletiva.

Outrossim, também são inelegíveis para os cargos referidos neste item, devendo se afastar definitivamente no prazo de 6 (seis) meses dos cargos ou funções, as seguintes autoridades: 1) os chefes dos Gabinetes Civil e Militar do Governador o Estado ou do Distrito Federal; 2) os Comandantes do Distrito Naval, Região Militar e Zona Aérea; 3) os Diretores de órgãos estaduais ou sociedades de assistência aos Municípios; 4) os Secretários de administração municipal ou membros de órgãos congêneres.

IV – para Prefeito e Vice-Prefeito, por identidade de situações, aplicam-se as mesmas regras pertinentes aos cargos de Presidente Vice-Presidente da República, em virtude de expressa determinação contida na alínea “a” deste inciso II, devendo ser observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização, inclusive mais os seguintes: “1) os membros do Ministério Público e Defensoria Pública, em exercício na comarca, sem prejuízo dos vencimentos integrais; 2) as autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município.”

Relativamente aos membros do Ministério Público já se viu que hoje não pode mais haver filiação partidária, e, por conseguinte, candidatura, restando excepcionada aquela

hipótese atualmente muito rara, de ter havido a opção pelo regime anterior, proporcionada pelo art. 29, § 3º, do ADCT.

V – para o Senado Federal, aplica-se as mesmas regras destinadas à Presidência da República estatuídas na alínea “a”, do inciso II, supracitado, e, no que diz respeito às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresa que opere no território do Estado, observados os mesmos prazos; e, também, em cada Estado e no Distrito Federal, os inelegíveis para os cargos de Governador e Vice-Governador, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos.

VI – para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa, no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos.

VII – para a Câmara Municipal, serão considerados inelegíveis, no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização. Nesta hipótese, aplicam-se as regras destinadas para Prefeito e Vice-Prefeito, contudo, exigindo-se o prazo de 6 (seis) meses, ao invés de 4 (quatro), como se dá na alínea “a” do inciso IV, também excepcionando o prazo de desincompatibilização dos servidores públicos, para os quais o prazo será sempre de três meses, em virtude de permanecerem percebendo integralmente sua remuneração. Tendo, neste sentido, se posicionado o TSE, por meio da Resolução²⁰ nº 18.019, de na qual mandou aplicar a alínea “I”, do inciso II, do art. 1º, da LC nº 64/90.

No pertinente aos §§ 1º, 2º e 3º, da LC nº 64/90, por repetirem as mesmas regras constantes da Carta Federal e já abordadas anteriormente, sobre elas deixa-se de tecer outras considerações, lembrando, apenas, que para disputar outros cargos o Presidente da República, os Governadores e Prefeitos precisam se desincompatibilizar, renunciando aos

²⁰ Mendes registra que, a busca de solução para a contradição entre a “letra” e o “fim” visado pela Lei das Inelegibilidades, conduziu o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que restou assim redigido: “Dobro-me, pois, à evidência de que o absurdo das conseqüências, apenas esboçadas, da interpretação precedente, impõe a redução teleológica do sentido a emprestar, nos dispositivos atinentes ao pleito municipal (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, IV, “a” e VII, “a”), a prazos de desincompatibilização, de modo a restringi-lhe a aplicação aos casos em que se reclama dos candidatos o afastamento definitivo do posto gerador da inelegibilidade. Daí decorre que o prazo de afastamento remunerado do servidor público candidato, compreendido no art. 1º, II, “I”, da Lei Complementar nº 64/90, será sempre de três meses anteriores ao pleito, seja qual for o pleito considerado: federal, estadual ou municipal; majoritário ou proporcional; em conseqüência, a data-limite para o afastamento, com vistas à eleição de 3.10.92, é o dia 2 de julho próximo. (TSE, RESOLUÇÃO nº 18.019, Rel. Min., Sepúlveda Pertence). MENDES, Antônio Carlos, op. cit., 1994, p.148.

mandatos até seis meses antes da eleição, enquanto que para os Vices não existe a restrição, desde que não tenham sucedido ou substituído o titular nos últimos seis meses antes do pleito.

Vê-se, pois, que essas inelegibilidades relativas, tanto quanto as absolutas, têm por objetivo a proteção da moralidade e probidade administrativas, a preservação da normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico, do exercício de cargo, emprego ou função, vez que procuram inibir a prática de condutas por pessoas cuja situação fática revela segura probabilidade de serem obsequiadas com a posição privilegiada que ora ocupam, e, com isso, venham a produzir deletérios danos aos princípios democráticos, com a agravante de, potencialmente, praticarem as condutas ilícitas utilizando-se dos bens e recursos públicos.

CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs é possível afirmar que o homem conquistou, com sua extraordinária e obstinada luta por liberdade e igualdade, os mais importantes direitos fundamentais destinados à proteção de sua dignidade de pessoa humana, representando garantias contra a tirania, o arbítrio e o abuso dos fortes e poderosos que, sempre que tiveram oportunidade cuidaram de se sobrepor ao outro, desprezando sua dimensão de ser humano e tratando-o como inferior ou coisificando-o como qualquer objeto descartável e sem valor.

O princípio da presunção de inocência – ou da não culpabilidade – é um dos mais importantes desses direitos, apresentando-se como corolário do direito fundamental à liberdade, e. g., do direito de ir e vir, considerando que a restrição da liberdade poderá vir a se mostrar tão injusta, causando danos individuais irreparáveis, se a final restar demonstrado que a pessoa é inocente da acusação que lhe fora imputada. É dizer, fez-se a escolha: prioriza-se a liberdade, por ser preferível deixar um criminoso livre do que encarcerar um inocente. Contudo, essa premissa parte da idéia de que os processos têm começo, meio e fim, dentro de um espaço temporal razoável o suficiente para não tornar inútil a repressão, esvaziando o objetivo do Estado impor a sanção devida em defesa da sociedade e preservação da ordem jurídica.

A partir das conquistas do liberalismo e com a expansão da democracia, regime cujo fundamento essencial é o governo do povo pelo povo, garantindo a presença dos governados no exercício do poder estatal, isto é, no qual é admitida uma dialética entre governantes e governados e não somente assegurar a fictícia liberdade no momento do voto permitindo o imediato retorno do eleitor à servidão, foi necessário criar regras e mecanismos para proporcionar a participação popular na escolha dos representantes, face à impossibilidade de todos exercerem simultaneamente o poder. E assim, por ser considerado o melhor dentre todos os regimes políticos, a democracia avançou de forma exponencial e globalizada, que hoje é difícil encontrar um governo que não se diga democrático, mesmo quando seus atos e a realidade demonstram o contrário.

A razão de ser a democracia considerada o melhor regime de governo radica no pressuposto de que o homem é o melhor juiz de seu próprio interesse, e que, mesmo não conseguindo fazer a melhor escolha dos representantes, conta com a oportunidade de substituí-los no próximo pleito. Daí que, para garantir esse princípio, não basta declarar que o regime político é democrático, é mister fornecer os instrumentos para o efetivo exercício da cidadania, garantindo aos eleitores a livre manifestação, para que sua escolha seja a mais legítima possível.

Com efeito, na base da idéia de democracia sempre esteve a noção de que o governo é exercido pelo povo soberano, povo este escolhido dentre os cidadãos virtuosos e comprometidos com os interesses da comunidade. Jamais a democracia foi pensada como uma forma de governo cuja amplitude seria capaz de permitir que qualquer um que se oferecesse, mesmo que desprovido de requisitos de honestidade e dignidade pudesse representar o povo. Na verdade, é absolutamente inconciliável por sua visível desarrazoabilidade, o pensar que a democracia comportaria a idéia de que o poder fosse retirado da tirania dos nobres para entregá-lo à tirania dos criminosos.

O resultado evidente da decisão de conferir efeito ilimitado ao princípio da presunção de inocência para fins eleitorais é a transposição da criminalidade como “poder invisível” para a esfera do “poder visível”, superando o estado paralelo e trazendo-o à superfície de forma legalizada - não legitimada -, visto não haver mais razão nenhuma para disfarces ou dissimulações, não mais precisando se ocultar por trás de interpostas pessoas no exercício de mandatos políticos, porquanto, podem agora se apresentar sem qualquer receio, pois, estão chancelados pela mais alta Corte Judiciária. Esse enorme e autêntico risco à democracia parece não ter sido apercebido quando dos julgamentos que firmaram tal jurisprudência.

Os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito exigem rigorosa observância, como forma de assegurar os direitos de liberdade e igualdade de todos os membros da comunidade nacional, aos quais todas as instituições e pessoas devem render homenagem, disso decorrendo que, carrear o princípio da presunção de inocência para o âmbito eleitoral e aplicá-lo de forma amplíssima como se não existissem limites a impor, configura grave violação aos direitos fundamentais da coletividade individualmente considerada, assim como aos superiores interesses do próprio Estado enquanto instituição, cujo objetivo essencial é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Trazer para a esfera eleitoral o princípio da presunção de inocência e conferir-lhe um caráter de exponencial amplitude, não existente nem mesmo no âmbito criminal, produz resultados negativos em desfavor da sociedade vezes sem conta superior aos que eventualmente possam ocasionar naquele, considerando-se que, a rigor, enquanto apenas um único indivíduo criminoso pode deixar de ser devidamente sancionado, no outro, criminosos e ímprobos vão comandar o parlamento ou a gestão administrativa, influenciando e tomando decisões que repercutirão sobre todos os membros da coletividade, atingindo suas vidas, seus bens e valores, circunstâncias deveras preocupantes e inconcebíveis em uma verdadeira democracia.

As mitigações ao princípio da presunção de inocência estão dispersas por todos os espaços onde se faz necessária sua aplicação, mormente na área penal, v. g., com as medidas restritivas do direito de liberdade antes da condenação, haja vista a completa e indiscutível necessidade de conciliar os direitos e interesses de todos os membros da comunidade, assim, não pode ser acolhida à pretensão de atribuir-lhe valor absoluto, porquanto isso implicará em agressão a outros valores igualmente protegidos, especialmente no que pertine ao processo eleitoral que é, sem qualquer dúvida, o instrumento através do qual a democracia e a cidadania se realizam.

À Justiça Eleitoral cabe o importante papel de fazer cumprir a Constituição Federal depurando o processo de representação política, cujo objetivo é a garantia de que sejam respeitados os princípios da legalidade, da moralidade, da probidade, da fidelidade à administração pública, os quais são atributos indispensáveis para conferir legitimidade aos atos administrativos, do seu nascimento ao seu desenvolvimento, e, para tanto, deve impedir o acesso aos cargos eletivos de condenados criminalmente, por improbidade ou, de qualquer forma, desprovidos de conduta moral ilibada, a fim de garantir que o pleito seja uma disputa digna e honesta e os eleitos saiam aptos e legitimados à representação do povo.

As medidas constitucionais e infraconstitucionais acautelatórias previstas têm por objetivo a proteção da probidade e da moralidade para o exercício do mandato, não se revestindo do caráter de sanção penal, razão pela qual não resiste o argumento de que a Constituição abrigue ou acolha o crime, a improbidade e permita que indivíduos infratores possam legislar ou administrar o País. Tal raciocínio amesquinha a Constituição, tornando-a indigna da cidadania que ela tanto procura proteger.

Decididamente, as medidas cautelares de proteção à higidez do processo eleitoral democrático não implicam em considerar que alguém seja culpado por responder a inquéritos ou ações penais, daí que o princípio da presunção de inocência não está sendo vulnerado, significando tão-somente que a exigência se destina à comprovação dos requisitos de idoneidade moral indispensáveis à proteção dos valores constitucionais da Administração, para que o exercício do mandato aconteça de forma legítima e isento de qualquer afetação espúria.

O Judiciário possui responsabilidade social, mormente quando a Constituição não é cumprida por si só, por carecer da aceitação real (sentimento constitucional) de toda a comunidade, mas, com maior razão ainda pelos que detêm o poder de fazê-la concreta, de dar-lhe efetividade, conferindo-lhe a máxima eficácia. Ou seja, ao Judiciário cabe dizer o que é, de verdade, a Constituição e as leis, o que elas valem, pois, das suas decisões depende o cumprimento ou não do que nelas se contém, nisto residindo a sua imensa responsabilidade com o Estado Democrático de Direito. Ou seja, esse excepcional poder-dever conferido ao Judiciário não se destina à mera atribuição de prestígio, muito pelo contrário, implica em extremado encargo, do qual lhe é defeso renunciar, de nenhum modo e sob qualquer hipótese, de tornar as normas eficazes de forma a atender aos superiores objetivos perseguidos.

A tese a favor da amplíssima abrangência do princípio em comento, com esteio unicamente na interpretação literal do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90, rompe com toda a lógica da interpretação sistemática e teleológica, na medida em que desconsidera a força normativa da Constituição e a unidade do sistema para privilegiar um direito fundamental isoladamente, deixando de fazer a necessária ponderação entre o seu *peso* e o dos demais direitos em conflito, para encontrar a proporcionalidade que fornecerá o equilíbrio entre os bens jurídicos antagônicos, em razão do que, produz resultados que negam a vinculação do Judiciário com os direitos fundamentais, e, por conseguinte, com a própria democracia cuja proteção lhe cabe por dever.

Conforme já se disse antes, a sobredita LC nº 64/90 não comporta essa interpretação, quer pela sistemática constitucional vigente, quer pelos seus próprios fundamentos, pois, se se considerar que a citada norma legal é dotada de conteúdo capaz de impedir o exame da vida pregressa, não há como lhe negar o vício da inconstitucionalidade, face ao imperativo comando do § 9º, do art. 14, da Constituição Federal. De outra banda, interpretando-a corretamente, extraindo de seus próprios dispositivos a *mens legis*, conclui-se rapidamente

pela sua harmonia com o preceito constitucional, vez que, inexistente em qualquer de seus dispositivos proibição vedando sejam aferidas as condições de elegibilidade dos candidatos, e, dentre estas, se acha a probidade, cuja aferição somente pode ser realizada por meio da análise da vida pregressa.

Em um país onde ainda impera o voto clientelista em prejuízo do voto de opinião, a crise se agrava cada vez mais com o incentivo concedido pela liberação de criminosos ocuparem o poder, já que não tendo sanção também não haverá inibição ao uso de meios ilícitos para atingir os fins políticos pretendidos. Nessa vertente, as práticas infracionais se repetirão à exaustão, porquanto, nada obstante várias condenações, inclusive por violação à legislação eleitoral, nenhum reflexo sofrerão os indivíduos que poderão continuar indefinidamente no exercício de cargos e funções públicas.

É niilista o processo eleitoral repressivo, haja vista que se pode cassar o mandato em virtude de fraude eleitoral, em seguida, o indivíduo se candidata e ocupa outra vez o mesmo cargo, por conta daquela decisão anterior não haver transitado em julgado, podendo repetir essa façanha por vezes sem conta, já que os recursos processuais dão ensejo à excessiva demora impedindo que se chegue à decisão final. É a completa, total e absoluta desmoralização da Justiça Eleitoral, que se vê forçada a reconhecer um mandato de quem ela própria acabara de afastar do poder por inidoneidade eleitoral praticada anteriormente.

É, assim, como se o Judiciário Eleitoral dissesse: pode cometer todas as fraudes que quiser e puder que você só vai ser incomodado um pouquinho com um processo, e isto é somente para dar uma satisfação à sociedade, porque, no final, nenhuma consequência gravosa lhe resultará. Verdadeiramente, é uma situação patética!

Ora, à Justiça Eleitoral, cuja missão é velar pela regularidade do processo das eleições, cabe lutar firmemente para superar o insustentável casuísmo da legislação, como também, agigantar-se não aceitando os artifícios e atalhos construídos para driblar a correta e jurídica aplicação das normas, não permitindo, assim, seja frustrado o objetivo inibitório previsto como proteção dos superiores valores democráticos, e, por conseguinte, não legitimando mandatos adquiridos de forma espúria.

A punição dos corruptos fará desse país um lugar melhor. Fará com que homens e mulheres de bem se sintam confortados pelo fato de se perceberem melhor que eles. Até porque, na verdade o são, e é injusto que sejam tratados como iguais. Não há Democracia

apenas com solenes e formais declarações de direitos. E direitos fundamentais devem ser assegurados a todos e não apenas aos que cometem crimes.

Já passou da hora de se fazer uma reflexão sobre os frutos colhidos dessa política excessivamente condescendente com os infratores. Certamente o Brasil, com a excessiva tolerância que vem demonstrando para com os criminosos, não está em melhor situação do que os países ditos de primeiro mundo que são extremamente rigorosos, onde a presunção de inocência não cobra o trânsito em julgado de sentença. Sabidamente lá não há mais violações de direitos humanos do que aqui, conforme atestam os relatórios de organismos internacionais freqüentemente divulgados. Então, isso mostra que no Brasil precisa-se repensar urgentemente a posição de dispensar tanto desprezo aos direitos fundamentais das vítimas enquanto se constrói um escudo de proteção ao criminoso.

A probidade é pré-requisito para o exercício de qualquer cargo ou função pública e a sua aferição só poderá se dar por meio da análise da vida pregressa do candidato, que não se confunde com antecedentes criminais, posto que estes se inserem naquela, daí não constituir nenhuma ofensa à dignidade do indivíduo, pois, quem se habilita e coloca seu nome à disposição do eleitorado tem o dever de se mostrar e comprovar ser digno da confiança que espera receber do povo, cabendo à Justiça Eleitoral o poder-dever de fazer essa aferição, valorar e decidir se os requisitos estão preenchidos, declarando o concorrente habilitado ou não à disputa.

Em verdade, ainda que não existisse o § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, ordenando, com o propósito de proteger a moralidade e a probidade administrativa para o exercício do mandato, que seja averiguada a vida pregressa do candidato para a concessão do registro, ou, ainda que, por absurdo, existisse uma norma afirmando que não deveria ser levado em consideração o caráter do candidato, mesmo assim, não haveria como dispensar tais requisitos em homenagem à prevalência dos princípios constitucionais da moralidade, da probidade, da supremacia do interesse público, e, sobretudo, do direito fundamental a um governo honesto, valores estes que jamais se compadecem com uma organização estatal desprovida de dignidade e de justiça.

A cidadania precisa sair do papel e se fazer efetiva, porém, o povo não é capaz de, sozinho, vencer os enormes obstáculos, carece de normas eficientes e do Judiciário, como instituição vocacionada à defesa da ordem constitucional para, com firmeza, fazê-las

cumpridas e garantir-lhe a salvaguarda dos valores fundamentais de liberdade e de igualdade, contra as agressões que habitualmente lhes são dirigidas. E para isso, é preciso dizer não à banalização do princípio da presunção de inocência, não tolerando sua transformação em escudo da impunidade que apequena a Constituição da República e desmoraliza o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Estado, soberania e projeto nacional de desenvolvimento: breves*

indagações sobre a Constituição de 1988. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BICUDO, Hélio. *Candidatos e idoneidade moral e ética*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1997.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *O filósofo e a política – antologia*. Organizado por José Fernández Santllán. Tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

_____. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 2-10-1941. Ministro da Justiça Francisco Campos. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Resolução nº 42, de 11 de setembro de 2007 - Conselho Nacional De Justiça. Dá nova redação ao art. 6º da Resolução nº 13, de 21 de março de 2006; revoga a letra k do art. 2º da Resolução nº 14, de 21 de março de 2006, e acrescenta ao referido artigo um parágrafo único. *Diário de Justiça*, seção 1, página 149, do dia 20/9/07.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 279*. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. 3. ed. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1991.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de direito eleitoral – direito material*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Livro I, XXV. 85. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Ética – direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

CORDEIRO, Paulo Machado. *A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais*. Salvador/BA: Podivm, 2007.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, José Rubens. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 680, p.40, jun. 1992. (Doutrina Cível).

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madri: Civitas, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.I.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.I.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Democracia e o princípio constitucional da precaução: o Estado como guardião das presentes e futuras gerações*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições – meios de coibição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a interpretação da constituição e a democracia do sufrágio. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-66.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- _____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HÄBERLE, Peter. A Comunidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneich-ler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.I.
- _____. _____. Tradução Flávio Beno Siebeneich-ler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.II.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. Campinas/SP: UNICAMP, 1998.

JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

_____. *Direito eleitoral positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. In: *Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 204-205.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001a.

_____. *O resgate dos valores na interpretação Constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001b.

_____. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA Francisco Gérson M. de; BEDÊ Fayga Silveira (Org.). *Constituição e democracia - estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARMELSTEIN, George. Políticos corruptos, políticos bandidos e políticos perseguidos: a presunção de não-culpabilidade e a moralidade eleitoral. *Boletim dos Procuradores da República*, ano X, p.18.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das Inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. – direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2000. t.IV.

_____. *Manual de direito constitucional* – constituição. Coimbra: Almedina, 2003. t.II.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Prólogo aos comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis, livro II, cap. II*. São Paulo: Martins Claret, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOTA, Aroldo. *Direito eleitoral* – na constituição, na jurisprudência e na legislação. Fortaleza: ABC, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito*. Tradução Viviane Galdes Ferreira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais*. Bauru/SP: Edipro, 1998.

_____. *Direitos políticos* – elegibilidade, inelegibilidade – ações eleitorais. Bauru/SP: Edipro, 2000.

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

_____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006a.

_____. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Almedina, 2006b.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* Revista dos Tribunais, São Paulo, v.770, 1988, dez.1999.

_____. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade*. In: CLÈVE,

Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008a.

_____. *Direito eleitoral – improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2008b.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Niterói/RJ: Impetus, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Abuso do poder no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. A reforma do poder judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n.137, jan./mar. 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. *Direito eleitoral – para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos- análise à luz dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Des-democratização. C e D – *Constituição e democracia*. *Jornal da Faculdade de Direito – UNB*, p.24, jan./fev. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Coordenação de José Adércio L. Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHREIBER, Simone. *O princípio da presunção de inocência*. Jus Navigandi, Teresina, Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 25 abr. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003.

SOUZA, Eliseu Fernandes de. Escudo da impunidade – a presunção de inocência não pode ser usada por candidatos. *Consultor Jurídico: Anuário da Justiça*, 2008. Disponível em: <conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.I.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O sentimento constitucional*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Padre Antônio. *Sermões escolhidos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ANEXO

ANEXO

Jurisprudência Selecionada

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

Princípio da presunção de inocência. Atendimento ao princípio da veracidade. Violação inexistente – STJ - Recurso especial - Administrativo – Recurso em Mandado de Segurança – Certidão fornecida por magistrado – Registro de condenação em sentença e da anulação desta pelo tribunal – Processo-crime ainda em curso – Princípio constitucional da presunção de inocência – art. 5º, LVII, CF – Pretensão de ver não constar registro da sentença – impossibilidade – princípio da veracidade. 1. Se, na certidão requerida ao juiz, está registrado o processo-crime em curso, bem como a existência de sentença condenatória cassada pelo Tribunal, não há falar em inexatidão. 2. Inexiste violação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) se a certidão atende ao princípio da veracidade. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS 15477/RS 2002/0141648-5 Rel. Min. Humberto Martins; 24/10/2006, DJ 07.11.2006 p. 281).

Prisão por sentença condenatória sem trânsito em julgado – STF – O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” é obstáculo, apenas, a que se lance o nome no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal” (1ª T. – HC Nº 72.171/SP – Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, Seção I, 27/out./1995, p. 36.332). Em igual sentido: STF – 2ª T. – HC Nº 71.401-3/MS – Rel. Min. Maurício Correa, DJ, Seção I, 8/set./1995, p. 28.355.

O art. 594 do Código de Processo Penal é norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. – STF - Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar. (Tribunal Pleno - HC 72366 / SP - Relator Min. Néri da Silveira - DJ 26-11-1999)

Presunção de inocência. Constitucionalidade do artigo 594 do CPP - STF. Habeas Corpus. Presunção de inocência. Direito de apelar em liberdade. 1. Não há discutir a constitucionalidade da exigência contida no artigo 594 do Código de Processo Penal quando a sentença condenatória recorrível apresenta fundamentos de ordem cautelar suficientes para autorizar a prisão do réu. 2. O pedido formulado no writ é para que seja revogado o mandado de prisão, não para que seja superada condição de procedibilidade recursal. 3. Ordem denegada. (HC 93564 / SP – Rel. Min. MENEZES DIREITO, 18/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 – ement. vol-02316-07 PP-01412 - Coator: STJ)

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal – STF - Habeas Corpus. Constitucional. Decreto de prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Ausência de fundamentação idônea: não-ocorrência. Paciente preso durante toda instrução. Precedentes. Habeas Corpus indeferido. (HC 91470/sc – rel. Min. Marco Aurélio – rel. P/ acórdão min.

Cármen Lúcia 04/09/2007 dje-142 divulg 13-11-2007 public 14-11-2007 - dj 14-11-2007 pp-00052 ement vol-02299-02 pp-00281).

Pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena – STF - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. Habeas corpus indeferido.(Primeira Turma - **HC 90645/PE** – Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227)

Custódia preventiva não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição – STF - Código de processo penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da constituição. De acordo com o par. 2º do art. 27 da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido.(**Tribunal Pleno HC n 68726/DF – Rel. Min. Néri da Silveira** - DJ 26-11-1992 pp-21612 ement vol-01685-01 pp-00209) - votação: unânime. **No mesmo sentido** Turma-02 - HC 71089-RJ - Min. Néri da Silveira - DJ 06-12-1996; Turma-01 - HC 074880/RS - DJ 01-08-1997)

Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte Penal. Processual Penal. Procedimento dos crimes da competência do Júri. Idicium acusationis. In dubio pro societate. – **STF** - Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. 5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário. 6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula nº 279/STF. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 540999 / SP - SÃO PAULO – Recurso Extraordinário, Rel. Min. Menezes Direito; 22/04/2008 DJ-112 19-06-2008 Public. 20-06-2008- ement vol-02324-06 pp-01139).

Apelar em liberdade. Efeitos da sentença condenatória. Permanecer preso – STJ - Recurso em Habeas Corpus. Penal e Processo Penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art.157 § 3º do código penal. Direito de apelar em liberdade. Vedação legal. Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido

durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes. Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o latrocínio é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, caput, da Lei 8.072/90. Recurso desprovido. (RHC 14835 / RJ - 2003/0149222-1 Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 21/10/2003 DJ 24.11.2003 p. 328).

Sentença condenatória. Liberdade para apelar. Permanecer preso. Primário e de bons antecedentes. – STJ - Processual penal. Sentença condenatória pendente de recurso. Apelo em liberdade. 1. O acusado preso em flagrante delito e que nesta condição permanece durante toda a instrução criminal, mesmo primário e de bons antecedentes, não tem direito de apelar em liberdade, haja vista que "um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão".2. Precedentes do STF (hc 69.667-8/rj) e do stj (hc 3.474-4/sp).3. Recurso improvido.(RHC 5675/SP – Rel. Min. Fernando Gonçalves; 16/09/1996, DJ 21.10.1996 p. 40274 - RSTJ vol. 89 p. 428).

Processual Penal. Habeas Corpus. Duplo homicídio duplamente qualificado. Crime hediondo. Apelo em liberdade. Sentença condenatória. Liberdade para apelar. Permanecer preso. Primário e de bons antecedentes. – STJ - I - A primariedade e os antecedentes não ensejam, por si, automaticamente, o direito de apelar em liberdade se o réu, que fora preso preventivamente, solto só em virtude do excesso de prazo, é considerado, no decurso, como de elevada periculosidade. (Precedentes). II - Diante de tais dados, mormente em se tratando de crime hediondo, só por excesso de formalismo, poder-se-ia exigir repetição dos fundamentos que estão evidenciados no corpo do r. decisório de primeiro grau. A objetiva conclusão obstativa do apelo em liberdade teve, no caso, o seu suporte explicitado. Writ indeferido.(HC 15881/BA; Habeas Corpus 2001/0010405-3; Rel. Min. Felix Fischer; 07/08/2001 DJ 10.09.2001 p. 403).

PRESTAÇÃO DE CONTAS

Ação rescisória. Acórdão. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. Deputada estadual. Rejeição de contas (art. 1º, I, g, da LC nº 64/90). Indeferimento. Descumprimento da lei de licitação. Irregularidade insanável. Ação judicial. Não-propositura. Inelegibilidade. Configuração. Alegação. Violação literal de dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC). Ofensa aos arts. 24 da Lei nº 8.666/93 e 1º, I, g, da LC nº 64/90. Ausência de ilicitude. Juntada de documentos. 1. Argumentos que se voltam contra a decisão do Tribunal de Contas. 2. O órgão competente para apreciar as contas decidiu por rejeitá-las, em razão das irregularidades detectadas. Este Tribunal apenas apreciou a natureza da falta. O descumprimento da lei de licitações importa irregularidade insanável, fazendo incidir o disposto na letra g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90. 3. Pretensão de rediscutir a causa do indeferimento do registro de candidatura, impossível na via excepcional eleita. 4. A juntada do acórdão do Tribunal de Contas Municipal, que acolheu o recurso de revisão da autora, não tem o condão de afastar o decidido por esta Corte. Não há como permitir efeito retro-operante. 5. As causas de inelegibilidade devem ser verificadas no momento do requerimento do registro, conforme remansosa jurisprudência do TSE. 6. Pedido que se julga improcedente.(258 AR - AÇÃO RESCISÓRIA/CE, Rel. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira; DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 01/02/2008, Página 34).

Administrativo. Ação de nulidade c/c declaratória de regularidade de prestação de contas. Ex-prefeito. Rejeição de contas pela Câmara Municipal. 1. Falta de prequestionamento do disposto nos arts. 165 e 458, II, do Código de Processo Civil.

Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Ausência da omissão apontada pelo recorrente. Inexistência de violação ao art. 535, II, do Código de Ritos. 3. Ao Poder Judiciário é permitida a análise da regularidade formal do procedimento adotado pelo Poder Legislativo para julgar as contas públicas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo Municipal, bem como a verificação da existência dos motivos ensejadores de sua rejeição. Por outro lado, não lhe cabe emitir juízo de valor a respeito dos motivos que levaram a Câmara Municipal à rejeição das contas. 4. Recurso especial improvido. (REsp 453504 / MG, Rel. Min. Castro Meira ; 16/12/2004, DJ 18.04.2005 p. 249, RSTJ vol. 191 p. 195)

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado Estadual. Pedido indeferido. Rejeição de contas. Ação sem eficácia suspensiva. Pendência, ademais, de multa relativa à propaganda eleitoral irregular. Provimento do recurso ordinário. Agravo regimental improvido. 1. Para se aplicar a súmula 1 do TSE, é mister que tenha sido concedida eficácia à ação proposta contra a decisão que rejeitou as contas, ainda que por meio de tutela antecipada. (RO nº 912). 2. Quitação eleitoral significa o pagamento integral de multa decorrente de decisão transitada em julgado da Justiça Eleitoral. (TSE, Ag. Reg. em RO nº 1.067, Rel. Min. Antônio Cezar Peluso, *DJ* de 4/12/2006).

Julgamento de Contas pelo Tribunal. Inexistência de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal – TJ/CE - Apelação Cível - Ação Ordinária - Prefeito Municipal - Julgamento de Contas pelo Tribunal de Contas dos Municípios e pela Câmara Municipal - Inexistência de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal - Recurso conhecido e provido. (Apelação Cível nº 2003.0004.5844-4, 28/11/2007 – TJ/CE – Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa).

Ação Anulatória - Desconstituição de Ato da Câmara Municipal - Prestação de Contas - Prefeito - Ausência de Motivação - Não ocorrência apreciação do Poder Judiciário limitada ao aspecto formal. A motivação do julgamento que rejeitou as contas prestadas pelo Prefeito, com base em parecer do Tribunal de Contas Estadual, está contida no referido Parecer, inexistindo qualquer nulidade."Se prevaleceu, portanto, o parecer aludido, por certo que os fundamentos da deliberação legislativa são os mesmos consignados em tal parecer, revelando-se descabida a alegação de ausência de motivação."Ao apreciar as contas do Chefe do Executivo, o Poder Legislativo exercita sua atribuição fiscalizadora, em controle externo da execução orçamentária (CF, art. 31). Não emite qualquer julgamento do Prefeito, tão-somente delibera e emite Resolução de aprovação ou rejeição das contas. Ao Judiciário falece competência para examinar o mérito da prestação de contas, tarefa que, constitucionalmente, cabe ao Poder Legislativo, cingindo-se apenas ao controle do aspecto formal, sob pena de contrariar o princípio da independência dos Poderes consagrado no art. 2º, da Constituição Federal."O Poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios, no que diz respeito ao exame de contas, não competindo a esta Corte analisar a motivação da imputação do débito." (Número do processo: 1.0319.96.000545-6/001(1) , Rel. Gouvêa Rios; 22/03/2005, Publ. 29/04/2005).

Ação Anulatória de ato Legislativo - Julgamento de prestação de contas de ex-Prefeito Ajuizada contra a Câmara Municipal - Legitimidade Passiva - Inobservância do contraditório e ampla defesa - Sua necessidade também nos julgamentos políticos - Falta de regularidade formal do processo - Conseqüente ineficácia do ato. - A Câmara Municipal, apesar de não possuir capacidade jurídica, tem legitimidade para estar em juízo quando atuar em defesa de suas prerrogativas institucionais, ocasião em que lhe é conferida a chamada personalidade judiciária. - Embora caiba ao Legislativo julgar e fiscalizar as ações do Executivo, ao fazê-lo, no procedimento de julgamento das contas apresentadas pelo Prefeito,

não pode dispensar a instalação do contraditório administrativo, nem de possibilitar ao interessado os meios de defesa que lhe são constitucionalmente garantidos. O art. 5º, inciso LX, da CF, é, aliás, expresso no sentido de que, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", não mais prevalecendo o princípio da "verdade sabida", a possibilitar a aplicação imediata de pena. - Não observado o princípio do contraditório, ao Poder Judiciário permite a lei apenas examinar o aspecto formal da sessão convocada para a apreciação das contas do Chefe do Executivo Municipal, sendo-lhe defeso sobrepor-se ao Poder Legislativo, examinando o mérito da decisão tomada pelo órgão fiscalizador, a quem compete exercitar o controle externo do Executivo. (Número do processo: 1.0133.04.018397-1/001(1) Rel. Wander Marotta; 11/12/2007; Publicação: 26/02/2008).

Prefeito Municipal. Contas. Controle. Não cabe ao judiciário julgar as contas do alcaide, sob pena de violação ao princípio da autonomia dos poderes. Às câmaras municipais compete o exercício do controle sobre as contas do prefeito, observado o parecer do tribunal de contas. Recurso apelatório improvido. (Número do processo: 1.0000.00.096808-1/000(1) Rel. Isalino Lisboa; 26/10/2000).

Tribunal de Contas. Irregularidade de contas. Julgamento de contas da câmara municipal pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ação anulatória. Preliminar de ofício. Ilegitimidade passiva. Mérito. Irregularidades das contas. Remuneração dos vereadores. Despesa sem prévio empenho. Falta de estágio de liquidação de notas de empenho. Falta de comprovantes legais das despesas relativas a notas de empenho. Julgamento regular das contas. Competência do judiciário. Restrição ao exame dos aspectos formais. Independência entre os poderes. (Número: 1.0000.00.252500-4/000(1); Rel. Brandão Teixeira; 18/03/2003, Publicação 25/04/2003).

Registro de candidatura. Candidato a deputado federal. Ex-presidente de câmara municipal. Contas rejeitadas pelo tribunal de contas do estado. Recurso provido para indeferir o registro. 1. A ressalva contida na parte final da letra g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 há de ser entendida como a possibilidade, sim, de suspensão de inelegibilidade mediante ingresso em juízo, porém debaixo das seguintes coordenadas mentais: a) que esse bater às portas do Judiciário traduza a continuidade de uma "questão" (no sentido de controvérsia ou lide) já iniciada na instância constitucional própria para o controle externo, que é, sabidamente, a instância formada pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas (art. 71 da Constituição); b) que a petição judicial se limite a versar tema ou temas de índole puramente processual, sabido que os órgãos do Poder Judiciário não podem se substituir, quanto ao mérito desse tipo de demanda, a qualquer das duas instâncias de controle externo; c) que tal petição de ingresso venha ao menos a obter provimento cautelar de explícita suspensão dos efeitos da decisão contra a qual se irrisigne o autor. 2. Inexiste, nos autos, notícia de provimento judicial acautelatório que suspenda os efeitos da decisão proferida pela Corte de Contas. Provimento cautelar tanto mais necessário quanto se sabe que, em matéria de contas, as decisões do tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo" (§ 3º do art. 71 da Lei Constitucional). 3. Os Tribunais de Contas detêm competência constitucional para julgar as contas das Casas Legislativas. 4. Recurso ordinário provido. (1130 RO – SP, Rel. CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS BRITTO 25/09/2006).

Processual e Administrativo. Resolução do Tribunal de Contas do Município. Imputação de débito por pagamento indevido.- Não há como reconhecer a ilegitimidade de resolução do Tribunal de Contas para imputação de débito por pagamento realizado a maior pelo

Presidente da Câmara de Vereadores aos seus pares, sem prévio exame da resolução, sobre a qual se fundaram os atos praticados pelo recorrente, bem como sua legitimidade e adequação dos fatos ao seu conteúdo. - O Poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios, no que diz respeito ao exame de contas, não competindo a esta Corte analisar a motivação da imputação do débito. - Recurso improvido. (RMS 12487 / GO. Rel. Min. Francisco Falcão; 22/05/2001; DJ 01.10.2001 p. 162, RSTJ vol. 159 p. 116).

ANALFABETISMO

Recurso eleitoral em registro de candidatura. CF/88, art. 14, § 4º. Analfabetismo. Não-comprovação. Ofensa ao art. 5º, II, da CF/88. Inocorrência. Teste de escolaridade. Desempenho insatisfatório. Excessivo rigor não demonstrado. Inelegibilidade. 1. A aferição da condição de alfabetizado, por meio de teste elementar de verificação, não ofende ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, porquanto condição de elegibilidade prevista na própria Lei Maior (art. 14, § 4º, da CF/88). 2. Verificando-se que o teste de alfabetização não extrapolou as regras atinentes à espécie, consistindo em leitura e ditado de texto simples, sem emprego de palavras ininteligíveis ao aprendiz primário, e que o sopesamento do juízo a quo foi razoável, impõe-se a manutenção da inelegibilidade constitucional detectada. 3. Recurso desprovido. Indeferimento do registro mantido. (TRE/CE13613 - Recurso Eleitoral/CE; Rel. Gizela Nunes da Costa, 11/08/2008).

Inelegibilidade. Analfabetismo. Não se admite o registro de candidato que, embora já tenha ocupado a vereança, declarou-se analfabeto, não tendo sucesso na prova a que se submeteu, na presença de juiz. É inelegível para qualquer cargo o analfabeto (Constituição, art. 14, § 4º, e Lei Complementar n. 64/90, art. 1º, I, *a*). Recurso especial não conhecido. (TSE, Resp. Eleitoral nº 13.069-SP, Rel. Min. Nilson Naves, *DJU* 5/11/96).

Recurso Eleitoral - Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - Fraude - Documento de escolaridade - Inelegibilidade - Provas - Ausência - Improvimento.

1) A fraude apurada na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo pode ser efetivada antes da votação, cabendo a parte impugnante relatar fatos e demonstrar provas que robusteçam a tese esboçada. 2) In casu, os fatos contidos nos autos não corroboram para a hipótese de fraude, pois o candidato Impugnado demonstrou por meios de documentos hábeis ser alfabetizado e que não praticou nenhum artifício ensejador de ser questionado por AIME. 3) Recurso improvido. (11095 – RAIME/CE – Rel. Maria Nailde Pinheiro Nogueira 23/07/2007, DJ, Tomo 150, 08/08/2007, Página 111).

Alfabetização. Não há ilegalidade em procurar o juiz averiguar se quem pretende registro como candidato atende a esse requisito de elegibilidade, mediante a realização de teste, dispensado se trazida prova suficiente. (TSE, Resp. Eleitoral nº 13.000-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* 5/11/96).

Reclamação. Eleições de 2004. Prova de alfabetização. Resolução de tribunal regional. Caráter ampliativo a Resolução do TSE. Procedimento atentatório à dignidade da pessoa humana. Suspensão definitiva. da comprovação da condição de alfabetizado, para obtenção de registro como candidato, obedece à norma do art. 28 da Resolução-TSE nº 21.608/2004 faz-se pelo comprovante de escolaridade e, à falta deste, pela declaração de próprio punho do interessado exame elementar de alfabetização ou teste de escolaridade, em audiência pública, pode comprometer a reputação dos pré-candidatos, que acabam expostos a situação

degradante ritual constrangedor, quando não vexatório, que afronta a dignidade dos pretendentes, o que não se coaduna com um dos fundamentos da república, como previsto no inciso iii do art. 1º da constituição federal. violação ao inciso III do art. 5º da carta maior, ao art. 5º da declaração universal dos direitos humanos e ao art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Nas hipóteses de dúvida fundada sobre a condição de alfabetizado, a aferição se fará individualmente, caso a caso, sem constrangimentos, as resoluções dos tribunais regionais não podem estreitar resoluções do TSE que tenham caráter restritivo.(TSE - acórdão 318 – Jaguaribe/CE, rel. Luiz Carlos Lopes Madeira, 17/09/2004).

Agravo Regimental. Recurso Especial. Registro de candidato. Indeferimento. Analfabetismo. Comprovante de escolaridade. Ausência. TSE- 1- Não é lícito ao juiz eleitoral realizar teste coletivo, no entanto o candidato deve comprovar sua alfabetização mediante a apresentação de documento idôneo de escolaridade ou de declaração de próprio punho, a teor do art. 28 da Res.-TSE no 21.608/2004. 2- Caso o juiz não conceda prazo para o suprimento de falha, o documento pode ser apresentado com o recurso para o TRE (Súmula-TSE no 3). Agravo regimental não provido.(Acórdão 23050, Tabocas do Brejo Velho – BA; Rel. Carlos Mário da Silva Velloso, 23/09/2004).

VIDA PREGRESSA – CONCURSOS

Concurso Público - Inscrição - Vida Pgressa - Contraditório e Ampla Defesa. – STF - O que se contem no inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal, a pressupor litígio ou acusação, não tem pertinência a hipótese em que analisado o atendimento de requisitos referentes a inscrição de candidato a concurso público. O levantamento etico-social dispensa o contraditório, não se podendo cogitar quer da existência de litígio, quer de acusação que vise a determinada sanção.(RE 156400/SP Rel. Min. Marco Aurélio; 05/06/1995;**DJ 15-09-1995 pp-29520** - ement vol-01800-06 PP-01016).

Investigação sobre a vida pgressa. Ausência de contraditório – STF - Concurso público. Investigação sobre a vida pgressa. Ausência de contraditório. Investigação sumária. Precedente da Suprema Corte. 1. Precedente da Suprema Corte afasta a aplicação do art. 5º, LV, da Constituição Federal quando se trate de investigação sumária sobre a vida pgressa para efeito de inscrição em concurso público. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.(RE 233303/CE – CEARÁ, Rel. Min. Menezes Direito, 27/05/2008, 31-07-2008).

Investigação social. Violação do art. 5º, LVII da CF - STF- Constitucional. Administrativo. Concurso público. Polícia militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Art. 5º, LVII, da CF. Violação. I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.(RE-AgR 559135/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski; 20/05/2008, DJe-107 divulg 12-06-2008 public 13-06-2008, ement vol-02323-06 pp-01131).

Concurso Público. Indeferimento de pedido de inscrição em face do exame da vida pgressa do candidato. Exigência constante da legislação estadual e do edital. Mandado de segurança indeferido. Não conhecimento do recurso extraordinário.(RE 82715 / GO – Rel. Min. Soares Munhoz, 28/02/1978 RTJ VOL-00085-03 PP-00916).

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado: "DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSPETOR DE POLÍCIA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO PROCESSADO POR PORTE DE ENTORPECENTE. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. Princípio da presunção da inocência, que torna impossível a quebra do conceito de idoneidade ante a apreciação mais comezinha que se queira ter. Não se trata de pretender exercer controle jurisdicional do ato administrativo, mas de sua interpretação diante os direitos fundamentais do cidadão" Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, "a", ", ter havido violação aos arts. 5º, LVII, e 37, caput, da Constituição Federal de 1988. 2. Inconsistente o recurso. É antigo o entendimento da Corte no sentido da impossibilidade de exclusão de candidato de concurso público apenas por não preencher os requisitos sociais, leia-se a propósito: "MÉDICO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. APROVADO EM SEGUNDO LUGAR NO CONCURSO, NÃO PODIA DEIXAR DE SER NOMEADO APENAS POR ANTECEDENTES SOCIAIS. SEGURANCA CONCEDIDA. APELO EXTREMO NAO CONHECIDO." RE 37.438, rel. Min. BARROS BARRETO, DJ 28.08.58. No mesmo sentido RE 194.872, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 02.02.01 "CONCURSO PÚBLICO - CAPACITAÇÃO MORAL - PROCESSO-CRIME EM ANDAMENTO. Surge motivado de forma contrária à garantia constitucional que encerra a presunção da não-culpabilidade ato administrativo, conclusivo quanto à ausência de capacitação moral, baseado, unicamente, na acusação e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal." 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int.. Brasília, 17 de agosto de 2004. Ministro CEZAR PELUSO Relator (RE 427378/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; 17/08/2004, DJ 04/10/2004 PP-00070).

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementada (fls. 78):

"EMENTA: ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - INVESTIGAÇÃO SOCIAL - ELIMINAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO PROVIDO. 1 - Se do edital do concurso consta a submissão dos candidatos a uma investigação social, de caráter eliminatório, e esta cláusula não foi previamente questionada, os resultados dessa fase não podem ser considerados ilegais, passíveis de reparação por mandado de segurança, a minguia de direito líquido e certo e proteger. Precedentes do STF e do STJ. 2 - A irrepreensibilidade da conduta, condições psíquicas adequadas e comportamento compatível com a função, são elementos indispensáveis, cuja ausência implica a eliminação do candidato. 3 - Recurso provido e remessa prejudicada." 2. Aduz o recorrente que o acórdão impugnado violou os artigos 5º, LVII, e 37, da Constituição do Brasil. 3. Verifica-se que para dissentir do aresto recorrido seria necessária a análise da matéria infraconstitucional que disciplina a espécie. Eventual ofensa à Constituição somente se daria de forma indireta, circunstância que impede a admissão do extraordinário (RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 2.8.96; AI n. 157.906-AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 9.12.94; AI n. 145.680-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 30.4.93). Ante o exposto, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2005. Ministro Eros Grau – Relator.(RE 247318 / ES DJ 03/08/2005 PP-00060).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Militar. Investigação social. Fatos que configuram crime. Apuração na via criminal. Exclusão do certame. Possibilidade.I - A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha

praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes. II - As condutas apuradas pela Comissão de Investigação Social do concurso, as quais foram devidamente apuradas na esfera penal, tendo, algumas, sentença condenatória com trânsito em julgado, são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social. III - O direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual, na espécie, não foi interposto pelo recorrente. Recurso ordinário desprovido. (RMS 22089 / MS, Rel. Min. Felix Fischer; 26/06/2007; DJ 13.08.2007 p. 390).

Princípio da Presunção de inocência. Administrativo. Servidor público. Concurso público. Investigação Social. Exclusão de candidato em razão de processo criminal já Extinto pela prescrição retroativa. Impossibilidade. Princípio da Presunção de inocência. Recurso especial conhecido e improvido. 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 414929 / PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 12/06/2006 DJ 01.08.2006 p. 510).

INELEGÍVEIS/INALISTÁVEIS

Inelegibilidade. Configura-se na espécie eis que são inelegíveis os inalistáveis (art. 1, inciso I, letra 'a' da lei complementar n. 5). Ademais, o registrando responde a processo judicial, por delito contra a fé pública (letra 'n', do inciso i, do art. 1, da lei complementar n. 5). Recurso ordinário desprovido. (3418 RESPE - Acórdão 4636 - SP 10/10/1970, Rel. Min. Esdras da Silva Gueiros, BEL - Volume 00231, Tomo 01, Página 232).

Candidata. Analfabetismo. Inelegibilidade. Adoção. Procedimento. Previsão. Art. 28, § 4º, da Res.-TSE nº 21.608. Impossibilidade. Reexame de prova. Não-recepção. Art. 5º, inciso I, do Código Eleitoral. Alistamento e voto. Facultativo. Analfabeto. Art. 14, § 1º, inciso II, alínea a, da CF/88. 1- O art. 5º, inciso I, do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que resta consagrado no art. 14, § 1º, inciso II, alínea a, do texto constitucional, que o alistamento e o voto dos analfabetos são facultativos. Agravo regimental desprovido. (23291 ARESPE - ACÓRDÃO 23291 – GO, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos Publicação PSESS - 04/10/2004).

Condição de elegibilidade. Registro de candidato. Condenação criminal transitada em julgado. Direitos políticos suspensos. Condição de elegibilidade satisfeita depois de encerrados o período de alistamento e o prazo para deferimento de filiação partidária. Ausência de condições de elegibilidade. Hipótese na qual o candidato, apesar de estar em pleno gozo de seus direitos políticos à data do pedido de registro de candidatura, não cumpriu os requisitos exigidos pelos arts. 9º e 11, § 1º, III e V, da Lei nº 9.504/97 e pelo art. 16 da Lei nº 9.096/95, uma vez que, na fluência dos prazos especificados nos dispositivos referidos, estava com os direitos políticos suspensos em virtude de condenação criminal com trânsito em julgado (art. 15, III, da Constituição Federal). Indefere-se o registro de candidato que, à época em que formulado o pedido, não comprovou a regular inscrição eleitoral e o deferimento de sua filiação partidária. Recurso desprovido. (Ac. 22611 – RS, Rel. Min. Gilmar Ferreira

Mendes; Publicação PSESS - 24/09/2004, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 4, Página 162).

NACIONALIDADE BRASILEIRA

Alistamento eleitoral. Opção pela nacionalidade brasileira. Documentação comprobatória. Inexigibilidade. 1. A competência para exame e julgamento das causas referentes à nacionalidade é da Justiça Federal (art. 109, X, da Constituição Federal). 2. Somente se exigirá no ato do alistamento eleitoral a documentação prevista na legislação pertinente (Código Eleitoral, art. 44, e Res./TSE 20.132/98, art. 11). (19020 PA - DF 22/04/2003, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, DJ - 06/05/2003, Página 147, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 2, Página 345).

Elegibilidade para o Congresso Nacional. Observância do art. 38 parágrafo Único da Constituição. Exclusão dos que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos dos incisos 3 e 4 do art. 129 também da constituição. (2951 RESPE - Acórdão 4018 – SP, 26/10/1966, Rel. Min. Oscar Saraiva, BEL - Boletim Eleitoral, Volume 00187, Tomo 01, Página 388).

ALISTAMENTO ELEITORAL

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado estadual. Alistamento eleitoral. Prazo. Condição de elegibilidade. Ausência. Fundamentos não afastados. 1. O domicílio e a inscrição eleitoral são requisitos que devem ser preenchidos há pelo menos um ano antes do pleito. 2. O agravo regimental, para que obtenha êxito, deve atacar especificamente os fundamentos da decisão impugnada. Agravo regimental a que se nega provimento. (26825 Arespe – MT, Rel. Carlos Eduardo Caputo Bastos, PSESS 10/10/2006).

Alistamento eleitoral. Exigências. São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa. (18391 PA - Processo Administrativo - AP Relator(a) Jacy Garcia Vieira, 15/05/2001, DJ Volume 1, 24/08/2001, Página 173, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 1, Página 283).

PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

“(…) Registro de candidatura. Inabilitação Direitos políticos. Restrição. Art. 14, § 3º, II, CF. 1. Uma das conseqüências da inabilitação é que se impõe a restrição ao pleno exercício dos direitos políticos. **2.** Entre os requisitos necessários à elegibilidade, encontra-se o pleno exercício dos direitos políticos; assim, restringidos estes, não há como se dar guarida a pedido de registro. (...) Candidato ex-presidente da República, condenado pelo Senado por crime de responsabilidade à inabilitação para o exercício de funções públicas, por oito anos. O fato desse prazo vencer antes da posse não favorece o candidato, uma vez que as condições de elegibilidade devem ser comprovadas até a data fixada pela lei, como limite para a protocolização do pedido de registro. Até o último dia é possível comprovar esse requisito. (Ac. nº 16.684, de 26/9/2000, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

Suspensão dos direitos políticos – Condenação penal irrecurável – Subsistência de seus efeitos – Auto-aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição. A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto-aplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata aplicação, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legítima

as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irreversível – e enquanto durarem seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* -, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE n. 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves. (Agravo Regimental no RMSA – 22470/SP, julgado em 11/6/1996, Rel. Min. Celso de Mello).

Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 15, inciso III, da Constituição. Término de cumprimento da pena posterior ao pedido de registro e anterior às eleições. É inelegível o candidato que à época do pedido de sua candidatura encontrava-se com seus direitos políticos suspensos, não importando que a causa da inelegibilidade tenha cessado antes da realização das eleições. (TSE Pleno, Rec. Especial nº 13.324/BA, Acórdão 13.324, de 11/3/1997, rel. Min. Ilmar Galvão).

Registro de candidato. Inelegibilidade do art. 1º, I, letra e, da Lei Complementar nº 64/90. Crime contra a fé pública. Indulto. O indulto não equivale à reabilitação para afastar a inelegibilidade resultante de condenação criminal (...) (Ac. nº 15.482, Sessão de 16/9/1998, Rel. Min. Néri da Silveira).

Embargos de declaração. Omissões. Não-ocorrência. 1 - Não ocorre deficiência de fundamentação quando na retificação do voto adota o entendimento lançado em voto-vista, devidamente fundamentado. 2 - Não existe omissão quando esta Corte entende ser a Justiça Comum (Estadual ou Federal) a competente para apreciar ação desconstitutiva ou anulatória de decisão de corte de contas. 3 - Não há usurpação de competência do Poder Legislativo quando este Tribunal der interpretação aos dispositivos legais eleitorais. 4 - O pleno exercício dos direitos políticos não se apresenta de forma absoluta sobre o princípio da moralidade. A própria Constituição traz exceções, bem como autoriza a edição de leis com outras hipóteses. 5 - Não ocorre cerceamento de defesa ou violação ao princípio do juiz natural, havendo confirmação dos integrantes da Corte no julgamento quanto a estarem aptos a proferir voto sobre o caso. 6 - Embargos Declaratórios conhecidos, mas desprovidos. (TSE - 965 ERO - ACÓRDÃO 965 – DF, Rel. Min. José Gerardo Grossi, PSESS - Publicado em Sessão - 31/10/2006).

Registro de candidatura. Condenação criminal com trânsito em julgado. Concessão de sursis Suspensão dos direitos políticos. Estando em curso o período de suspensão condicional da pena, continuam suspensos os direitos políticos, a inviabilizar o registro da candidatura. (...) (Ac. nº 16.432, de 22/8/2000, Rel. Min. Garcia Vieira).

Agravo Regimental. Registro de candidatura. Deputado Estadual. Eleições 2006. Indeferimento pelo TRE/SP. Multa inadimplida. Quitação eleitoral. Ausência. Alegação. Regularidade. Prova indireta. Parcelamento do débito. Reexame. Impossibilidade. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Não-caracterização. Recurso ordinário recebido como especial e desprovido. Decisão agravada. Mérito. Prerrogativa. Relator. RITSE. Fundamentos não impugnados. - O conceito de quitação eleitoral abrange, além da plenitude do gozo dos direitos políticos, a regularidade do exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a eventuais convocações da Justiça Eleitoral, inexistência de multas aplicadas por esta Justiça Especializada e a regular prestação de contas de campanha, caso se trate de candidatos (Res.-TSE nº 21.823/2004). - A jurisprudência do TSE posiciona-se no sentido de que as inelegibilidades e as condições de elegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro. - Para se concluir de forma diversa do acórdão regional, quanto à ausência de quitação eleitoral, demandaria o reexame de provas, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor dos Enunciados nos 7 e 279 das Súmulas do STJ e STF,

respectivamente.- A inovação legal introduzida no art. 36, § 6º, do RITSE, em consonância com a alteração do art. 557 do CPC, conferiu ao relator a prerrogativa de apreciar, isoladamente, não só a admissibilidade de qualquer pedido ou recurso, mas o seu próprio mérito. Precedente. - Para que o agravo obtenha êxito, é necessário que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões. - Agravo Regimental a que se nega provimento. (1256 ARO - Acórdão – SP, Rel. José Gerardo Grossi, Publ.PSESS - 29/9/2006).

FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

STF - Direito Constitucional, Eleitoral e Processual Civil. Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, sobre filiação partidária e registro de candidatura. Alegação de ofensa ao art. 14, § 3º, inc. 5º, da C.F. e à coisa julgada. 1. Não conseguiu o agravante abalar os fundamentos da decisão que, na instância de origem, indeferiu o processamento do Recurso Extraordinário, nem os da ora agravada, que negou seguimento ao Agravo de Instrumento. 2. Na verdade, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, como são as que regulam o direito eleitoral material e processual, inclusive a Lei de Inelegibilidade. 3. Agravo improvido.(AI-AgR 352496 / TO; Rel. Min. Sydney Sanches; DJ 21-02-2003 Pp-00032 Ement Vol-02099-07 pp-01288).

TSE - Filiação Partidária. Direitos Políticos suspensos. Registro de candidatura. Vereador. Condenação criminal. Suspensão de direitos políticos. Óbice. Filiação partidária. - Se o candidato estava com os direitos políticos suspensos um ano antes da eleição, não poderia ele atender ao requisito de filiação partidária, de modo a concorrer ao pleito vindouro.Agravo regimental a que se nega provimento.(TSE - 29224 AgR-REspe - Ac – SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares 04/09/2008).

DOMICILIO ELEITORAL

Alistamento eleitoral. Residência ou moradia. Ação penal pelo crime do art. 289 do Cod. Eleitoral. Falta de justa causa. Em sendo certo o entendimento, na espécie, de que a alistanda tinha mais de uma residência ou moradia, poderia ela, licitamente, optar entre a capital e o interior, quando do seu alistamento eleitoral. Recurso ordinário provido. (8 RHC - Acórdão 8 – SE, Rel. Min. Nilson Vital Naves, 05/08/1997 DJ - 22/08/1997, Página 38864. RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 9, Tomo 3, Página 11).

Administrativo. Recurso especial. Agravo regimental. Policial Civil do Distrito Federal. Licença remunerada para disputa de cargo eletivo. Vereador municipal. Art. 86 e parágrafos da lei n.º 8.112/90. Cabimento da licença. Discussão sobre o local onde o servidor exerce suas atividades. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido. 1. Deferido o registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral, o servidor público integrante do quadro funcional da Polícia Civil do Distrito Federal fará jus à licença para concorrer a cargo eletivo em município diverso daquele em que exerce suas funções, com vencimentos integrais, sem a necessidade de desincompatibilização do cargo. 2. Consoante interpretação do § 1º do artigo 86 da Lei 8112/90, a desincompatibilização do cargo público apenas é exigida na hipótese de o servidor concorrer a cargo eletivo na localidade na qual desempenha suas funções e, ainda assim, quando exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização. Em momento algum a norma faz referência a impedimentos visando a cargos políticos em domicílio eleitoral diverso da localidade onde o servidor exerça

as atribuições funcionais. (Precedente) 3. In casu, o recorrido, policial civil do Distrito Federal, pleiteia candidatar-se ao cargo de vereador do Município de São Gonçalo de Gurguéia/PI. Nessa hipótese, inaplicável o § 1º do art. 86 da Lei 8.213/91. 4. Agravo regimental a que se nega o provimento. (AgRg no REsp 906679/DF. Rel. Min. JANE SILVA (Desa. convocada do TJ/MG) 29/11/2007, DJ 17.12.2007 p. 314).

IDADE MÍNIMA

Alistamento eleitoral. Idade mínima. Constituição federal, artigo 14, par 1., II, c. Faculdade a ser exercida nos termos da lei. A resolução n. 15.339 do tribunal superior eleitoral fixou o termo final do prazo de alistamento no dia 6 de agosto. Não podia o menor de 16 anos, nessa data, alistar-se. Muito menos poderia requerer alistamento antes dessa data, quando não tinha capacidade especial para tanto. Recurso não conhecido. (RE 121135/DF – Rel. Min. Carlos Madeira; 26/10/1989; DJ 10-04-1992 PP-04800 ement. vol-01657-03 PP-00467, RTJ vol-00136-03 PP-01324).

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado estadual. Condição de elegibilidade. Art. 14, § 3º, VI, da Constituição Federal. Idade mínima. Ausência. Decisão regional. Indeferimento. Recurso ordinário. Recebimento. Recurso especial. Pressupostos específicos de admissibilidade. Não-atendimento. Pedido de reconsideração. Exame. Agravo regimental. Art. 36, § 8º, do Regimento Interno do Tribunal. 1. Manifestado inconformismo pela parte, por meio de pedido de reconsideração, com relação à decisão monocrática proferida pelo relator, não é possível a interposição de sucessivos recursos contra o mesmo decisum, em face da preclusão consumativa. 2. Nos termos do art. 36, § 8º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, da decisão do relator cabe agravo regimental. 3. A ausência de indicação de ofensa a dispositivo de lei ou da Constituição Federal, ou mesmo divergência jurisprudencial impede o conhecimento de recurso especial, em face do não-atendimento dos pressupostos específicos de admissibilidade. 4. Indefere-se pedido de registro de candidato que não possui, na data da posse, a idade mínima para o cargo que pretende disputar, por ausência da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, VI, da Constituição Federal. Agravo regimental improvido. (911 ARO – PB, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, 29/08/2006).

Alistamento. Idade mínima. Faculdade dada ao menor de 18 e maior de 16 anos. Exercício nos termos da lei (cf, art. 14). Vedação de alistamento nos cem (100) dias anteriores à data da eleição (ce, art. 67). Desde 6 de agosto de 1988 está vedado o alistamento. Inexistência de norma constitucional transitória aplicável imediatamente. (9573 cta – df, rel. Min. Roberto Ferreira Rosas, 06/10/1988 bel - boletim eleitoral, volume 455, tomo 1, página 496, DJ - 15/02/1989, página 832).

A ELEGIBILIDADE DO MILITAR

Recurso especial. Registro de candidatura. Condição de elegibilidade. Filiação partidária de militar da ativa. Inexigência. A condição de elegibilidade relativa à filiação partidária contida no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura, após prévia escolha em convenção partidária (Res./TSE 20.993/2002, art. 12, § 2º). Recurso especial a que se dá provimento para deferir o registro. (20285 RESPE – AM, Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence; 19/09/2002, PSESS - Publicado em Sessão - 20/09/2002).

Militar: elegibilidade (CF, art. 14, § 8º, e Res./TSE 20.993/2002), independentemente da desincompatibilização reclamada pelo art. 1º, II, 1, da LC 64/90, pois só com o deferimento do registro de candidatura é que se dará, conforme o caso, a transferência para a inatividade ou a agregação (cf. RESpe 8.963). (20169 RESPE - MT – Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence; Publicado em Sessão, 10/09/2002RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 4, Página 385).

Recurso especial. Registro. Militar da reserva remunerada. Filiação partidária. Exigência. Situação de inatividade. Art. 12, § 2º, da Res./TSE nº 20.993. Art. 142, V, da Constituição da República - Não-aplicação. 1. O militar da reserva remunerada encontra-se em situação de inatividade, motivo por que lhe é exigida a filiação partidária, não se aplicando o disposto no art. 12, § 2º, da Res./TSE nº 20.993, que se refere à militar da ativa. Recurso não conhecido. (20052 RESPE – DF. Rel. Fernando Neves da Silva; 11/09/2002, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 1, Página 339).

REPUTAÇÃO ILIBADA PARA EXERCÍCIO DE MANDATOS

Recurso ordinário. Eleição 2006. Impugnação. Candidato. Deputado estadual. Rejeição de contas. Ação anulatória. Burla. Inaplicabilidade do enunciado nº 1 da súmula do TSE. Recurso desprovido.- A análise da idoneidade da ação anulatória é complementar e integrativa à aplicação da ressalva contida no Enunciado nº 1 da Súmula do TSE, pois a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º, CF/88). - Recurso desprovido. (912 RO - RR, Rel. Min. Francisco César Asfor Rocha 24/08/2006).

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado federal. Inelegibilidade. Idoneidade moral. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 1. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral). 2. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro.(069 RO – RJ, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, 20/09/2006).

(...) Assim, entendo não prosperar a alegação do agravante no sentido de que a condenação criminal transitada em julgado por crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal) não trai a inelegibilidade. A moralidade administrativa, que se visa a assegurar, é incompatível com o uso de documento falso por aquele que pretende estar à frente da gestão da coisa pública ou no exercício do poder de legislar. (...) (TSE, Ag. Reg. no Resp. nº 23.939/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Ac. nº 23.939, de 13/120004).

Embargos de declaração. Recurso ordinário. Registro. Candidato. Eleição 2006. Rejeição de contas. (art. 1º, I, g, da LC nº 64/90). Incidência de causa de inelegibilidade. Enunciado nº 1º Súmula/TSE. Contradição. Omissão. Inexistência. Rejeição.(912 ERO - RR 14/09/2006 rel. Francisco Cesar Asfor Rocha, 14/09/2006).

QUITAÇÃO ELEITORAL

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2006. Quitação eleitoral. Condições de elegibilidade e inelegibilidade. Aferição no momento da apresentação do pedido de registro de candidatura.

1. Para o deferimento do pedido de registro, torna-se imprescindível que o requerente esteja quite com a Justiça Eleitoral no momento do requerimento de seu registro de candidatura. 2. Precedentes: REspe nº 23.851/GO, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, DJ de 26.8.2005; REspe nº 22.611/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 24.9.2004; REspe nº 22.676/GO, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 22.9.2004 e REspe nº 18.313/CE, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 5.12.2000. 3. In casu, o pagamento da multa eleitoral ocorreu após o indeferimento do pedido de registro. Tal adimplemento não tem o condão de sanar a irregularidade. 4. Decisão que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido.(26821 ARESPE/ES 29/09/2006 Rel. José Augusto Delgado, 29/09/2006).

Administrativo - Cargo Publico - Investidura - Cidadão Português - Quitação Eleitoral - Inexigibilidade. O art. 7. do Código Eleitoral foi concebido para dar eficácia ao princípio constitucional do voto obrigatório, no Brasil. Não faz sentido sua utilização, para fiscalizar o cumprimento de tal dever, perante outro país. Não é lícito condicionar-se a posse de estrangeiro, aprovado em curso público, a prova de quitação eleitoral com seus pais de nacionalidade.(RMS 1179/rs – rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 08/09/1993, DJ 04.10.1993 p. 20500 - RSTJ vol. 52 p. 264-rt vol. 702 p. 177).

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2008. Razões. Reiteração. Impossibilidade. Registro. Quitação eleitoral. Prestação de contas de campanha. Omissão. Intempestividade. Registro indeferido. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Não-caracterização. Não-provimento. 1. A reiteração das razões do recurso ao qual se negou seguimento no agravo regimental indica o seu não-provimento. 2. A jurisprudência desta c. Corte evoluiu para que a omissão na prestação de contas de campanha ou o dilatado tempo entre as eleições e a apresentação das respectivas contas acarretassem o não-cumprimento do requisito de quitação eleitoral, previsto no art. 11, § 1º, VI, da Lei nº 9.504/97. (Precedentes: AgRg em RO 1227, Rel. Min. Gerardo Grossi, PSESS 29.9.2006; REspe nº 26.348/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, publicado em sessão em 21.9.2006). 3. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, há de se proceder ao devido cotejo analítico entre a tese da decisão tida por paradigma e o entendimento adotado pela decisão impugnada. (Precedentes: AI nº 7634/RJ, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 21.9.2007; AI nº 8398/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ de 14.9.2007) 4. Agravo regimental desprovido. (9157 AgR-REspe – PB, Relator Felix Fischer 04/09/2008).

Agravo Regimental. Registro de candidatura. Deputado Federal. Eleições 2006. Deferimento pelo TRE/RS. Contas de campanha das eleições de 2002 prestadas somente em 2006. Ausência de quitação eleitoral. Divergência jurisprudencial caracterizada. Recurso ordinário recebido como especial e provido, para indeferir o registro. - O conceito de quitação eleitoral abrange a regular prestação de contas de campanha, caso se trate de candidatos (Res.-TSE nº 21.823/2004). - A ausência de prestação de contas de campanha ou a apresentação fora do prazo estabelecido pelo art. 29, III, da Lei nº 9.504/97, após o pedido de registro de candidatura, em eleição posterior, acarreta o não-cumprimento do requisito de quitação eleitoral, previsto no art. 11, § 1º, VI, da Lei nº 9.504/97. Precedente: RCPPr nº 127/2006. - Para que o agravo obtenha êxito, é necessário que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões. - Agravo Regimental a que se nega provimento.(1227 ARO/RS; 29/09/2006; Rel. José Gerardo Grossi).

Despacho na ADPF

AMB. Candidatos. Vida Progressa. Inelegibilidade. Constitucionalidade - STF. A Associação dos Magistrados Brasileiros questiona, na presente sede processual, a validade

constitucional das interpretações emanadas do E. Tribunal Superior Eleitoral em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos (fls. 14/22 e 24/26), ao mesmo tempo em que sustenta, por incompatibilidade com o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação que lhe deu a ECR nº 4/94, a não-recepção de certos textos normativos inscritos na Lei Complementar nº 64/90. Embora não se revele obrigatória, em sede cautelar, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a prévia audiência dos órgãos e/ou autoridades de que emanou o ato estatal questionado no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental (GILMAR FERREIRA MENDES, “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, p. 123, item n. 2.3, 2007, IDP/Saraiva), torna-se recomendável, no entanto, não ocorrendo situação de extrema urgência ou de perigo de grave lesão, que se ouçam “(...) os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 05 (cinco) dias” (Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 2º). Assinalo, por oportuno, considerado o que estabelece o Calendário Eleitoral para as Eleições de 2008 (Resolução TSE nº 22.579), que “(...) todos os pedidos de registro de candidatos a prefeito, a vice-prefeito e a vereador, mesmo os impugnados (...)” deverão estar julgados, pelo juiz eleitoral, até 16/08/2008, o que afasta, presente o contexto ora em exame, a situação de extrema urgência ou de grave lesão a que se refere a legislação pertinente ao processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso significa, portanto, que se mostra prudente proceder à prévia audiência do E. Tribunal Superior Eleitoral (cujas interpretações estão sendo ora questionadas nesta sede processual) e dos Senhores Presidentes da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (eis que pretendido, pela AMB, o reconhecimento de que determinados preceitos da Lei Complementar nº 64/90 não teriam sido recebidos pela ECR nº 4/94). (...). Publique-se. Brasília, 30 de junho de 2008. Ministro CELSO DE MELLO Relator (ADPF 144 MC / DF – Rel. Min. CELSO DE MELLO; 30/06/2008, Publicação: DJe-142 Divulg 31/07/2008 Public 01/08/2008).

ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO

Abuso de poder de autoridade. A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista no art. 14, § 10, Constituição Federal, não se destina a apurar as hipóteses previstas no art. 73 da Lei Eleitoral. Abuso de poder de autoridade não configurado ante a ausência de potencialidade necessária para influir nas eleições. Agravo não provido. (Precedentes: RESPE Nº: 21291 (RESPE) - SP, AC. Nº 21291, DE 19/08/2003, Rel.: Fernando Neves da Silva ; AG Nº: 4171 (AG) - MG, AC. Nº 4171, DE 29/05/2003, Rel.: Francisco Peçanha Martins; RESPE Nº: 21151 (RESPE) - PR, AC. Nº 21151, DE 27/03/2003, Rel.: Fernando Neves da Silva) (4311 AAG - Agravo regimental em agravo de instrumento.- CE 12/08/2004 Rel. Gilmar Ferreira Mendes, DJ - Diário de Justiça, Volume 1, 29/10/2004, Página 02 - RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 3, Página 186).

Abuso de poder. Potencialidade para interferir no pleito. Julgamento antecipado. Verdade demonstrada sem necessidade de outras provas. Cerceamento de defesa. Inexistência. Captação ilícita de sufrágio. Pedido expresso de voto. Desnecessário. Precedentes. Para caracterizar a conduta ilícita é desnecessário o pedido expresso de voto. (TSE, AG n. 7530, de 29/08/2008, Rel. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, DJ - 03/09/2008, Página 3-4).

Recurso especial. Prova. Abuso de poder econômico. Captação ilícita de sufrágio. Práticas reconhecidas pelo TER. Gravação ambiental. Desconhecimento por um dos interlocutores. Ilicitude. Inexistência. Precedentes. O desconhecimento da gravação de conversa por um dos interlocutores não enseja ilicitude da prova colhida. 2. Abuso de poder

econômico. Captação ilícita de sufrágio. Práticas reconhecidas pelo TRE. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Incidência da Súmula 279/STF. Recurso especial não se presta a reexame de prova. 3. Captação ilícita de sufrágio apurada em sede de AIJE. Exame da potencialidade. Prescindibilidade. Tratando-se de ação de investigação judicial eleitoral fundada no art. 41-A da Lei das Eleições, é dispensável a análise da potencialidade lesiva do ato ilícito no resultado do pleito. 4. Abuso de poder econômico. Sanção. Inelegibilidade. Termo inicial. Data da realização do pleito. Inteligência do art. 22, XIV, da LC nº 64/90. Decurso. Prazo. Três anos. Perda do objeto. Recurso a que se nega seguimento. Transcorridos mais de três anos desde as eleições de 2004, perde objeto a ação de investigação judicial eleitoral na parte referente à sanção de inelegibilidade. Do exposto, nego seguimento ao recurso especial (§ 6º do art. 36 do RITSE). (REspe 28438 - Recurso Especial Eleitoral; Rel. Joaquim Benedito Barbosa Gomes; 04/08/2008 - DJ - 08/08/2008, Página 14-15).

Recurso especial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder político e econômico. 1. Existe, no ordenamento jurídico eleitoral, no campo do direito formal, a possibilidade de o abuso do poder político e econômico ser apurado pela via de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, desde que o princípio do devido processo legal seja respeitado. 2. Fatos determinantes de captação ilícita de sufrágio, de abuso do poder econômico e político comprovados exaustivamente nos autos. 3. Inexistência de prazo decadencial alegado. Ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF. 4. Cassação dos diplomas expedidos e multa confirmadas de acordo com as disposições legais. 5. Infringência dos arts. 41-A da Lei nº 9.504/97 e 22 da LC nº 64/90 reconhecida pelo acórdão de segundo grau. 6. Harmonia entre as provas analisadas pelo Tribunal a quo, confirmando sentença, e as conclusões assentadas. 7. Recurso especial não conhecido. (RESPE 25985 - Recurso Especial Eleitoral – RR; Rel. Min. José Augusto Delgado, 05/10/2006 DJ 27/10/2006, 204).

Ação de impugnação de mandato eletivo. Corrupção. Caracteriza corrupção a promessa de, caso os candidatos se elejam, assegurar a permanência de pessoas em cargos na Prefeitura Municipal, certamente em troca de votos ou de apoio político-eleitoral. Reconhecidas a potencialidade e a gravidade da conduta, devem ser cassados os mandatos do Prefeito e do Vice-Prefeito, com a posse da chapa segunda colocada. Recurso especial, em parte, conhecido e, nessa parte, provido.(28396 RESPE/PR, Rel. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJ 26/02/2008, Página 05).

Abuso de poder político. Fato incontroverso. Desnecessidade de testemunhas. Cassação de registro. Possibilidade. Investigação judicial - Prefeito candidato à reeleição - Uso de caracteres pessoais em bens públicos - Cores - Iniciais do nome - Slogans de campanha - Princípio da impessoalidade - Art. 37, § 1º, da Constituição da República - Desobediência - Abuso do poder político - Art. 74 da Lei nº 9.504/97. Fatos ocorridos no período de campanha eleitoral - Competência da Justiça Eleitoral. Fatos incontroversos - Testemunhas - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência. Sentença proferida e reformada pelo Tribunal Regional antes do pleito - Competência da Justiça Eleitoral assentada por decisão do TSE - Nova decisão da Corte Regional confirmando a sentença - Cassação do registro - Possibilidade - Art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/90.(4271 AG/SP. Rel. Fernando Neves da Silva - DJ 20/06/2003, Página 178).

Investigação judicial. Art. 22 da LC nº 64/90. Abuso do poder político. Prefeito. Candidata a deputada estadual. Máquina administrativa. Utilização. Cartazes. Convites. Eventos. Municipalidade. Patrocínio. Mochilas escolares. Distribuição. Posto médico. Jalecos. Nome e número da deputada. Divulgação. Abuso do poder político. Configuração. Cálculos

matemáticos. Nexos de causalidade. Comprovação da influência no pleito. Não-cabimento. Potencialidade. Caracterização. 1. Para a configuração de abuso de poder, não se exige nexos de causalidade, entendido esse como a comprovação de que o candidato foi eleito efetivamente devido ao ilícito ocorrido, mas que fique demonstrado que as práticas irregulares teriam capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o resultado do pleito. 2. Se fossem necessários cálculos matemáticos, seria impossível que a representação fosse julgada antes da eleição do candidato, que é, aliás, o mais recomendável, visto que, como disposto no inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/90, somente neste caso poderá a investigação judicial surtir os efeitos de cassação do registro e aplicação da sanção de inelegibilidade. (752 RO - RECURSO ORDINÁRIO/ES; Rel. Fernando Neves da Silva, DJ 06/08/2004, Página 163-RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 2, Página 111).

Recurso Eleitoral. Ação de investigação judicial. Abuso de poder político. Preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral. Transferência para o mérito. Preliminares de intempestividade do recurso impetrado por terceiros interessados e carência de ação rejeitadas. Mérito: art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Propaganda institucional caracterizada como promoção pessoal, que se confunde como propaganda partidária. Abuso de poder político demonstrado. Sanção de inelegibilidade por 03 (três) anos e multa. Não cabimento da cassação do mandato, uma vez já ocorrida a diplomação. Conhecimento e improvemento do recurso. (REspe 25476 - Recurso Especial Eleitoral, IPANGUAÇU/RN; Rel. Min. EROS ROBERTO GRAU 26/08/2008; DJ 1/9/2008, Página 9).

Abuso do poder econômico. Sendo a normalidade do pleito o valor a ser resguardado, a cassação do registro poderá ocorrer, ainda que, para a ilicitude, não concorra o candidato. Necessidade, em tal hipótese, da demonstração de que fortemente provável haja a prática abusiva distorcida a manifestação popular, com reflexos no resultado das eleições. Imputável ao próprio candidato o procedimento ilícito, além da cassação do registro resultará a inelegibilidade. Em tal caso, bastará a potencialidade de ser afetada a normalidade das eleições, não se exigindo fique evidenciado o forte vínculo da probabilidade que faz mister quando a prática é de responsabilidade de terceiro. Havendo abuso, mas desacompanhado de risco de perturbar-se a normalidade do pleito, poderá a conduta levar à aplicação de pena pecuniária. (...) (Ac. nº 1.136, de 31/8/1998, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Abuso de poder. Ação de investigação judicial eleitoral ajuizada em face do representado, em razão de suposta utilização indevida de veículo de comunicação contratado pelo representado e distribuído na localidade, atribuída ao então candidato, a autoria de obras e serviços custeados pela administração pública municipal. Aplicada a pena de inelegibilidade por três anos."(RO 1455 - RJ 14/08/2008; Rel. Eros Roberto Grau; DJ 22/08/2008, Página 3).

Recurso especial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo proposta pelo Ministério Público. Abuso de poder político e econômico. Cassação de mandato, inelegibilidade e multas mantidas. (Respe 25986 - recurso especial eleitoral - Caracarái – RR; rel. José Augusto Delgado, 05/10/2006 DJ - 27/10/2006, página 204).

Recurso especial. Pleito municipal. Concessão de benefícios a servidores públicos estaduais. Proximidade da eleição. Favorecimento a candidato a prefeito. Abuso do poder político. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 22 da LC nº 64/90. Procedência. Inelegibilidade. Conduta vedada. Art. 73 da lei nº 9.504/97. Multa. Inexistência de omissão e de nulidade dos acórdãos do tre. Impossibilidade de reexame de prova. Aplicação de multa em investigação judicial. Falta de prequestionamento. Candidato não eleito. Abuso do poder.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. I - Não há o que se falar em afronta aos arts. 275, II, do CE e 535, II, do CPC, quando a decisão regional enfrenta todas as matérias pontuadas no recurso. II - Se as instâncias ordinárias assentaram estar configurado abuso de poder político, por serem os fatos incontroversos e potencialmente capazes de influir no pleito, não se pode rever esta conclusão sem o reexame do quadro fático. Incidência das Súmulas nos 7/STJ e 279/STF. III - A concessão de benefícios a servidores públicos estaduais nas proximidades das eleições municipais podem caracterizar abuso do poder político, desde que evidenciada, como na hipótese, a possibilidade de haver reflexos na circunscrição do pleito municipal, diante da coincidência de eleitores. IV - Inexistência de nulidade da decisão proferida em investigação judicial que apure, em eleições municipais, abuso do poder e contrariedade a dispositivos da Lei Eleitoral, por ser o juiz eleitoral competente para ambas as ações e por ser o rito do art. 22 da LC nº 64/90 mais benéfico para as partes que o procedimento previsto no art. 96 da Lei nº 9.504/97. V - Não é fator suficiente para desconfigurar o abuso do poder político de que cuida o art. 22 da LC nº 64/90, o fato de o candidato por ele beneficiado não ter sido eleito, pois o que se leva em consideração na caracterização do abuso do poder são suas características e as circunstâncias em que ocorrido. VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. Precedentes: RESPE Nº: 15263 (RESPE) - SP, AC. Nº 15263, DE 25/05/1999, Rel. Nelson Azevedo Jobim; RO Nº: 593 (RO) - AC, AC. Nº 593, DE 03/09/2002, Rel.: Sálvio de Figueiredo Teixeira; RP Nº: 628 (RP) - DF, AC. Nº 628, DE 17/12/2002, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira; RO Nº: 752 (RO) - ES, AC. Nº 752, DE 15/06/2004, Rel.: Fernando Neves da Silva (26054 RESPE/AL; Rel. Francisco César Asfor Rocha; DJ 25/08/2006, Página 169).

Recurso ordinário. Eleição 2006. Procedência. Representação. Investigação judicial. Abuso de poder econômico. Distribuição. Sopão. População carente. Candidato. Reeleição. Deputado estadual. Cassação. Registro. Declaração. Inelegibilidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. - Em sede de ação de investigação judicial eleitoral, não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito. Precedentes.- Hipótese em que as provas carreadas para os autos são irrefutáveis, no sentido de que, efetivamente, houve abuso de poder econômico, em prol do recorrente, capaz de influenciar no resultado do pleito. - Recurso a que se nega provimento. (1350 RO/RR; Rel. Francisco César Asfor Rocha, DJ 20/04/2007, Pg 224.

Recurso contra a diplomação, fundado apenas em abuso de poder econômico. Cabimento. Incoerência, no caso, do referido abuso. I - e cabível o recurso contra a diplomação fundado em abuso do poder econômico, segundo se depreende dos arts. 262, IV, 222 e 237 do código eleitoral. II - na hipótese dos autos, a distribuição de aproximadamente 400 (quatrocentas) cestas básicas, que caracterizaria, sem dúvida, a interferência econômica abusiva, não ocorreu, em razão da apreensão do caminhão que as transportava. Se o abuso não aconteceu, mesmo que por motivos não desejados pelo candidato responsável pela conduta ilícita, logicamente não há falar-se em fato capaz de influenciar no resultado do pleito. III - recurso especial conhecido, mas improvido.(Acórdão 11519 - pa 14/06/1994 Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 01/07/1994, página 17535-RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, volume 6, tomo 3, página 61).

A penalidade de perda do mandato, decorrente da procedência da ação de impugnação de mandato eletivo, não possui natureza criminal, sendo mera consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vício de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Configurado o abuso do poder econômico por meio do exame das

provas, é irrelevante para a procedência da AIME a comprovação da participação direta dos beneficiários nos atos e fatos caracterizadores da prática ilícita. (TSE, Resp. nº 154.891/BA, rel. Min. Maurício Corrêa, em 11/11/1999).

Recurso ordinário. Eleição 2006. Deputado federal. Uso indevido de meios de comunicação social. Caracterização. Potencialidade da conduta. Provimento. 1. Publicações em jornais locais: não demonstrado o tratamento privilegiado ou o suposto benefício decorrente de publicações escritas, as matérias impugnadas não são suficientes ao alegado desequilíbrio do pleito. 2. Reprime-se o uso indevido dos meios de comunicação social e o abuso de poder quando o candidato manifesta-se sobre sua candidatura, em entrevista concedida a emissora (de rádio ou tv). Precedente: REspe 16.184, Rel. e. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 30.6.2000. Na espécie, a manifestação do recorrido, em entrevista à TV Sudoeste, foi contextualizada e não extrapolou os objetivos de seminário sobre Projeto de Lei (Micro e Pequenas Empresas). Além disso, ocorreu apenas uma vez no período vedado. 3. O destaque ao recorrido, na divulgação de resultado de pesquisa, por meio de programa televisivo, a despeito de não recomendável, não se constitui, por si só, como suficiente a macular a legitimidade do pleito. Ademais, o recorrente não se desobrigou do ônus de demonstrar irregularidades formais na divulgação da pesquisa eleitoral (art. 33 da Lei das Eleições). 4. O e. TSE consagrou o entendimento de que para se reconhecer o uso indevido de meios de comunicação social é necessário verificar sua potencialidade para prejudicar a lisura das eleições e o equilíbrio da disputa eleitoral (RO 763, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 3.5.2005; RO nº 781, Rel. e. Min. Peçanha Martins, DJ de 24.9.2004; RO nº 692, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 4.3.2005). Nesse sentido, a potencialidade somente se revela quando demonstrado que as dimensões das práticas abusivas são suficientes à quebra do princípio da isonomia, em desfavor dos candidatos que não se utilizam dos mesmos recursos. Na hipótese dos autos, configura-se o potencial prejuízo à lisura e ao equilíbrio entre os candidatos nas eleições 2006. Vinhetas institucionais da TV Sudoeste transmitiram, de 5 (cinco) a 10 (dez) vezes por dia, nos meses que antecederam às eleições (período vedado), a imagem do recorrido, juntamente com outras personalidades locais, em municípios nos quais o beneficiado obteve expressiva votação. O mesmo benefício não foi concedido a outros candidatos. 5. "Em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito" (RO nº 1.350, Rel. e. Min. César Asfor Rocha, DJ de 20.4.2007). In casu, mostra-se desnecessário um liame preciso e indene de dúvidas entre o recorrido e os meios de comunicação social para configuração do alegado uso indevido dos meios de comunicação social, especialmente porque a imagem do candidato foi veiculada mediante TV, de modo intenso no período que antecedeu ao certame, tornando-se notória a prática, até mesmo para o candidato ora recorrido. Prevalece, portanto, a culpa in re ipsa. 6. Recurso ordinário provido para declarar a inelegibilidade do recorrido pelo período de três anos, contados a partir das eleições de 2006. (1537 RO - MG 19/08/2008; Rel. Felix Fischer, DJ - 29/8/2008, Pg 14).