

OS REFLEXOS NOS DIREITOS POLÍTICOS DA FIXAÇÃO DO MOMENTO DE AFERIÇÃO DOS PRAZOS DE INELEGIBILIDADE ELEITORAL PELA LEI E JURISPRUDÊNCIA

Rogério Carlos Born¹

Ana Claudia Santano²

Resumo: A Constituição remete ao legislador ordinário a fixação das hipóteses inelegibilidades relativas e a sua duração. A Lei Complementar 64/1990 fixa o momento de aferição das inelegibilidades na data das eleições e a Lei das Eleições no registro de candidatos. Tanto esta quanto aquela lei desconsidera que a fixação destas datas atinge os direitos políticos individuais, pois a inelegibilidade é contada por mandatos. As datas de posse nos cargos do Poder Legislativo da União são diferenciadas do Poder Executivo e dos cargos estaduais e do Distrito Federal. Por isso, na prática podem chegar até doze anos para deputado federal e vinte anos para senador. A importância deste problema se justifica na necessidade de se aferir a natureza jurídica da inelegibilidade como coerção com escopo de proteção do eleitor, sanção aos inelegíveis ou ambas. O objetivo será efetuar pelo método indutivo uma proposta de adequação das inelegibilidades a partir das hipóteses em concreto de modo para satisfazer tanto o interesse do eleitor e quanto aos direitos políticos individuais restringindo proporcionalmente os direitos políticos dos

¹ Mestre e doutorando em Direito Constitucional na linha de Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil. Professor Universitário da UniDomBosco e Uninter.

² Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pós-doutora em Direito Constitucional pela Universidad Externado de Colômbia e em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

inelegíveis.

Palavras-Chave: Inelegibilidade. Aferição. Proporcionalidade. Sanção. Coerção.

THE IMPACTS IN THE POLITICAL RIGHTS OF FIXATION OF THE BEGINNING OF ELECTORAL INELIGIBLE TERM BY LAW AND THE JURISPRUDENCE

Abstract: The Constitution directs the ordinary legislator to fix relative ineligibility and deadlines for compliance. The Ineligibility Law fixes the time of the election date and the Election Law in the candidate register. Both this and that law disregard that setting these dates affects individual political rights, as ineligibility is counted by mandates. At this point, there is also conflict in the dates of inauguration of the positions of the Union Legislature. The importance of this problem is justified by the need to assess the legal nature of ineligibility as coercion with the scope of protection of the voter, sanction to the ineligible or both. The objective will be to make a proposal to adjust the ineligibilities to suit the interest of the voter and to proportionally restrict the political rights of the ineligible.

Keywords: Ineligibility. Measurement. Proportionality. Sanction. Coercion.

1. INTRODUÇÃO



Constituição da República prevê que o Presidente da República que sofrer a perda do cargo em processo de *Impeachment* poderá, conforme seja decidido pelo Senado, ficar inabilitado para o exercício de função pública, dentre outras sanções.³

³ Artigo 52, parágrafo único. Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II,

Em relação aos demais cargos, a Constituição remete à Lei das Inelegibilidades o estabelecimento das consequências jurídicas da cassação dos chefes do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo (Lei Complementar 64/1990).

Os governadores e vice-governadores de estado ou do Distrito Federal, prefeitos e o vice-prefeitos ficam inelegíveis se, em processo regular de impedimento, perderem os seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, c).

Na mesma esteira, também serão inelegíveis os parlamentares de todas as unidades da federação que tenham sofrido a perda dos mandatos em processos por infringência do artigo 55, I e II, da Constituição da República ou de dispositivos simétricos previstos nas constituições dos estados ou nas Leis Orgânicas dos municípios ou do Distrito Federal (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, b).

A Constituição, em caso de impedimento do Presidente da República, em interpretação puramente gramatical, concebe a natureza jurídica de sanção para a inabilitação e, no preceito secundário, aplica a “inelegibilidade” absoluta de oito anos. Neste caso, o termo inicial se conta da decisão do *Impeachment*, quando o Senado responde a segunda pergunta, realizada logo após a decretação da perda do mandato, sobre “durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública” (Lei 1.079/1950, artigos 68, parágrafo único, e 70).

No entanto, a Lei que regulamenta as inelegibilidades, de maneira objetiva, fixa parâmetros díspares em relação à contagem dos prazos de início e de cessação e momento de aferição. A jurisprudência não reconhece o caráter sancionatório desta

funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

restrição parcial dos direitos políticos, o que alcança de forma desproporcional os atingidos pela inelegibilidade. Assim, a princípio, existe a necessidade de equiparar os modelos de contagem dos períodos de inelegibilidade para todos os cargos.

Nestas circunstâncias fáticas, é necessário perquirir se está presente uma justificação para que o direito formal ultrapasse os limites autorizados pela Constituição para restrição do gozo dos direitos políticos fundamentais. É sobre este objeto que este trabalho se fundamenta: afinal, a partir de uma visão constitucional, como devem ser fixados os prazos de inelegibilidade e quais os impactos disso?

2. UM BREVE ESCLARECIMENTO: O CONFLITO DE DATAS DE POSSE DOS ELEITOS

A problemática envolve o fato de que a posse nas duas casas do Congresso Nacional ocorre em 1º de fevereiro do primeiro ano da legislatura (Constituição, artigo 57), enquanto para os demais cargos é realizada em 1º de janeiro do ano seguinte à eleição (Constituição, artigos 28, 29, III; 82 e constituições dos estados).

Na contagem da inelegibilidade pela perda do mandato por oito anos aplicados aos chefes do poder executivo e aos parlamentares é adicionado o tempo remanescente entre a decretação da perda e o final do mandato ou legislatura (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, b e c, partes finais). Assim, um governador, prefeito, deputado ou vereador que tenha sofrido a cassação do mandato ou da legislatura estadual, dependendo do período em tenha sido cassado, poderá ficar inelegível por até doze anos. Para um senador este período pode se estender aproximadamente aos dezesseis anos como consequência do mandato de oito anos para o cargo.

A não coincidência entre as datas de posse dos deputados federais, senadores e da Presidência da República,

provavelmente, foi idealizada pelo constituinte para preservar a soberania no sentido de que garantir que haja uma autoridade respondendo pelo do Estado brasileiro. É oportuno comparar que nos estados, municípios e no Distrito Federal a posse em ambos os poderes coincidem, haja vista que estes entes federativos são apenas autônomos e sujeitos a intervenção na forma das Constituição da República e das estaduais.

Isto ocorre se houver uma dupla vacância (Presidente e Vice-Presidente da República) antes da posse ou no curto período subsequente, ou seja, o Estado brasileiro deverá ser restituído ao povo brasileiro pelos seus representantes e exercido temporariamente pelo Presidente da Câmara dos Deputados e, sucessivamente, do Senado e do Supremo Tribunal Federal até uma nova eleição (Constituição, artigo 80). Neste caso, o constituinte supostamente presumiu que seria temerário confiar a chefia do Estado brasileiro ao novo Congresso, ainda não organizado e inexperiente.

Note-se que esta dúplice vacância e a assunção do Presidente da Câmara dos Deputados já ocorre atualmente, mas apenas por algumas horas. Assim se sucedeu no período que intermedeia o fim do mandato do ex-Presidente Michel Temer, às 23h59min., de 31 de dezembro de 2018 e a posse de Jair Bolsonaro, às 15h45min, de 1º de janeiro de 2019. Se a posse dos parlamentares ocorresse nesta data, haveria o risco de não existir o Congresso formado para empossar o chefe de Estado brasileiro e esta competência não está prevista para o presidente do Supremo Tribunal Federal que estaria exercendo interinamente a Presidência da República.

Em consequência, nos casos de perda de cargo de deputado federal ou senador, o fim do prazo octoanual de inelegibilidade se encerrará no primeiro dia de fevereiro, o que impede que o inelegível concorra aos cargos de Presidente ou Vice-Presidente da República, governador ou vice-governador; ou deputado estadual ou distrital, cuja posse é fixada para primeiro dia

do ano seguinte ao da eleição.

Desta forma, a restrição a esta espécie de direitos políticos passivos pode alcançar até doze anos para deputado federal e vinte anos para senador.

Para os deputados federais, se a cassação ocorrer nos primeiros dias do mandato, a soma da inelegibilidade será composta de até quatro anos até o final do mandato em 1º de fevereiro. Depois serão acrescidos oito anos da Lei das Inelegibilidades e, por fim, a adição de quatro anos para o mesmo cargo ou dois para as eleições municipais em razão do conflito de datas de aferição pela Justiça Eleitoral e fixação da data da posse.

No Senado, este prazo será ainda agravado em razão da legislatura de oito anos. Se a cassação ocorrer nos primeiros dias do mandato, a soma da inelegibilidade será de até oito anos até o final do mandato em 1º de fevereiro acrescidos de oito anos da Lei das Inelegibilidades. Por fim, haverá a adição de quatro anos para concorrer ao mesmo cargo ou dois para as eleições municipais em razão do conflito de datas de aferição pela Justiça Eleitoral e fixação da data da posse.

3. A VONTADE DO LEGISLADOR

O primeiro ponto a ser levantado consiste em averiguar se o legislador, ao regulamentar o dispositivo constitucional que autoriza a criação de inelegibilidades relativas⁴ pela Lei da “Ficha Limpa” (artigo 14, § 9º, Lei Complementar 135/2010), tinha consciência de que os prazos poderiam ser estendidos por exegese. Walter de Moura Agra explicita que “denomina-se inelegibilidade infraconstitucional porque previstas por intermédio de disposição que não está contida na lei maior, sendo sua regulamentação realizada por meio de lei complementar⁵”.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 390.

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p.56.

Ronald Dworkin, em crítica a metáfora de Hércules, afirma que a hermenêutica não resulta da crença dos magistrados de que aperfeiçoariam as leis, mas é fruto da interpretação do que realmente pretendiam os legisladores⁶. Nesse sentido, a redação originária da Lei Complementar 64/1990, na parte derrogada pela Lei Complementar 135/2010, trazia como consequências para os cassados, a inelegibilidade por três anos a partir do término do mandato ou da legislatura, mas esta restrição era inócua por ser cumprida um ano antes do pleito seguinte (artigo 1º, I, b e c). Assim, os governadores, vice-governadores, deputados e senadores que perderam o seu mandato ficariam inelegíveis apenas nas eleições para prefeito, vice-prefeito, vereador e, se houver, juiz de paz (Constituição, artigos 14, VI, c, parte final e 98, II).

O mesmo acontecia com os detentores de cargos municipais que ficavam impedidos de ser eleitos apenas para as eleições gerais. Na legislatura entre 2005 e 2008, para exemplificar, Dix Sept Rosado, no Rio Grande do Norte, foi o município que contou com a maior proporção de inelegíveis. Houve a cassação e inelegibilidade por corrupção eleitoral da prefeita e vice-prefeito, cinco dos nove vereadores e dezessete suplentes. Destes inelegíveis, nove concorreram e venceram na eleição seguinte porque o prazo de inelegibilidade de três anos, então vigente, foi cumprido antes da eleição⁷.

Sucedede que, em regra, os políticos que ocupam cargos públicos possuem uma vocação de sempre buscarem a reeleição e, no caso de parlamentares, o triênio aplicado não lhes atingia pelo desinteresse nas eleições municipais. Isto também ocorria com vereadores tradicionais que não tinham estrutura para galgar um cargo no Legislativo estadual ou federal, ficando ilesos para concorrer a reeleição para a câmara municipal.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.378.

⁷ SCOLESE, Eduardo; CORREA, Hudson. *Eleições na estrada: jornalismo e realidade nos grotões do país*. São Paulo: Publifolha, 2009, p.17.

A extensão temporal da inelegibilidade na redação atual desconsidera as datas de posse para os cargos e considera apenas o dia da realização dos pleitos como marco, tal como explicitado no início deste ensaio. Nesta situação, no entanto, a desproporcionalidade é transferida para o tempo de inelegibilidade que decorre do remanescente do mandato.

No escopo de entender o que levou o legislador originário a fixar prazos tão inócuos, será necessário buscar os motivos que inspiraram o legislador a criar a norma que afasta os inelegíveis do poder.

Na gênese da Lei da “ficha limpa” não havia interesse individual de parlamentar em se fixar um prazo maior de inelegibilidade, uma vez que, presumidamente, a ampliação atingiria o próprio proponente do projeto cujo estado de espírito não estava devotado a uma autorrestrrição política.

Ronald Dworkin frisa que é necessário uma interpretação conversacional no modelo da conversação habitual, para cumprir a necessidade dos magistrados de, na obscuridade legal, voltar-se para história para desvendar o estado de espírito e mental que o legislador tentou comunicar por meio da votação da lei⁸.

O estado de espírito do legislador para a ampliação do prazo de inelegibilidade para oito anos foi estimulado e não espontâneo. Isto porque teve em sua gênese a pressão de iniciativa popular idealizada por Márlon Reis com o apoio de movimentos e instituição da sociedade civil que questionavam a ineficácia das sanções previstas na redação originária da Lei das Inelegibilidades, embora a tramitação tenha sido formalmente de iniciativa parlamentar (Projeto de Lei Complementar 168/1993).

Para Jon Elster, as assembleias vacilam em mostrar os seus interesses egoístas e às vezes expressam desaprovação simplesmente porque o outro membro o aprova. Isto porque querem enganar os outros de sua motivação real e a persuadir aos outros

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.379.

a crer que são tendentes a serem influenciados por um argumento imparcial. No primeiro caso a justificação imparcial coincide perfeitamente com o interesse do orador que o apresenta com demasiada transparência. No último caso, somente pode existir a crença se os outros membros poderia estar motivados por preocupações semelhantes⁹.

Assim, a primeira hipótese que evidencia a aprovação de forma objetiva e sem a observância dos efeitos da contagem das inelegibilidades pode ser uma provável desatenção do legislador. Nas palavras de Hans Kelsen, surgiu como uma “consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica”

Ronaldo Porto Macedo Junior afirma que “seria possível considerar, ainda, a existência de situações nas quais a perspectiva externa leva em consideração a perspectiva interna de apenas considerar a perspectiva externa¹⁰”.

Este elemento indutor interno negativo também pode ter sido motivado também pelo desinteresse do legislador em analisar os aspectos técnicos e as consequências e, dentre estas, a ultratividade indesejada antes da votação da lei.

Segundo Jürgen Habermas, no nível pós-tradicional de justificação, a legitimidade do direito depende de uma composição discursiva de opinião e vontade unânime por todos os integrantes do direito. Arremata, ainda, que é o vínculo do direito legitimamente estatuído e não a forma do direito que legitima o poder político.¹¹ No processo legislativo da Lei da “ficha limpa”, o que tudo indica, é que não houve uma discussão, nem mesmo no nível das comissões, para apreciar este excesso fático de

⁹ ELSTER, Jon. *La deliberación y los procesos de creación constitucional*. In: ELSTER, Jon (ed.). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001, p.134-135.

¹⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.129.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Volume I. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.172.

aplicação dos prazos de inelegibilidade.

A segunda hipótese é a de que havia a intenção de efetuar a contagem por pleitos e a fixação de tempo serviria apenas para estabelecer um marco.

As evidências se encontram no trecho da regra que delimita a inelegibilidade “para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura” (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, I, b e c, grifado).

É possível imaginar uma situação, ainda que hipotética, em que, no mesmo dia, em várias unidades de Federação, vários parlamentares e chefes do Poder Executivo perdessem seus mandatos. Em 1º de março de 2019, foram cassados o governador, um prefeito, um vereador, um deputado estadual, um deputado federal e um senador no início do mandato. Aos oito anos de inelegibilidade em que o cumprimento tem início no final do mandato ou legislatura, somar-se-ão três anos e dez meses para o ex-governador; dois anos e dez meses o prefeito e o vereador; três anos e dez meses para o deputado estadual; três anos e onze meses para deputado federal e sete anos e onze meses para senador.

Aqui, o princípio da justiça formal na tomada de decisão referida por Neil MacCormick parece ter sido criada de forma invertida pelo legislador, haja vista que prescreve consequências diferentes a partir de um tipo genérico objetivo quem impõe standards sem textura aberta e sem considerar o cargo ocupado e o período em que foi declarada a inelegibilidade.¹²

Em consequência, a Lei das Inelegibilidades parece que objetivamente hierarquiza cargos que ostentam o mesmo nível. O exemplo idealizado induz a ideia de que há uma escada entre os cargos e transmite a imagem de que no patamar estaria uma cadeira no Senado em detrimento do assento de um deputado

¹² MACCORMICK, Neil. *H.L.A.Hart*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elviesier, 2010, p.174 e 175.

federal e demais cargos eletivos. Por isso, nos degraus maiores deveriam receber maior proteção com a fixação um prazo mais extenso de inelegibilidade.

4. A NATUREZA JURÍDICA DA INELEGIBILIDADE

No campo subjetivo, parece ocorrer que os prazos estabelecidos pelo legislador ainda não considerou os sujeitos passivos da norma, uma vez que os inelegíveis são portadores de direitos políticos fundamentais. Assim, a distinção no tempo de imposição de restrições aos direitos políticos de forma diferenciada em razão da ocupação de cargos de mesmo nível e autônomos (deputado federal e senador), em tese, violaria as garantias de proteção dos direitos fundamentais.

Ronaldo Porto Macedo Junior frisa que a justificação da regra é cíclica. A regra, para ser aceita, depende de objetividade que, por sua vez, depende do concerto de subjetividades que partilham de uma mesma situação lógica.¹³

Nesta seara, surge a discussão se a inelegibilidade é uma sanção subjetiva aplicada aquele que descumpriu as regras para inibir novos cometimentos ou é uma mera precaução objetiva que visa apenas proteger o eleitor do mau político.

Hans Kelsen explica a natureza dos atos coercitivos que não tem o caráter de sanção:

Ato de coerção apenas pode, como sanção (no sentido de consequência de um ato ilícito), distinguir-se de outros atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica na medida em que o fato condicionante ou pressuposto deste ato de coerção é uma determinada ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente prefixada, ao passo que os atos de coerção não qualificados como sanções, no sentido de consequências do ilícito, são condicionados por outros fatos¹⁴.

¹³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.133.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.45.

Para Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho:

A fundamentalidade dos direitos políticos todavia, não impede que haja limites legais e constitucionais ao seu pleno exercício”. Há muito a construção teórica dos direitos fundamentais tem admitido espécies de restrições, destacando-se a clássica distinção entre a) restrições diretamente realizadas pela Constituição, b) restrições expressamente autorizadas pela Constituição e operadas por meio de leis e c) restrições feitas por meio de lei, mas não expressamente autorizadas pela Constituição ou, ainda, d) restrições sujeitas à reserva legal de ponderação, podendo ceder no caso concreto.¹⁵

A Constituição, embora tenha deixado um indício de que a natureza jurídica da inelegibilidade é meramente coercitiva pela expressão “a fim de proteger” contida no artigo 14, § 9º, no mesmo dispositivo também cita a expressão “considerada vida pregressa do candidato” que é um dos elementos que caracteriza a dosimetria da aplicação de uma sanção.

No entanto, quando o constituinte fixou a inabilitação de Presidente da República para o exercício de função pública por oito anos como consequência da perda do cargo por Impeachment, faz a ressalva “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (Constituição, artigo 52, parágrafo único)

O Supremo Tribunal Federal busca a justificativa para atribuir o caráter meramente coercitivo na premissa de que a “inelegibilidade não é pena” (...) “não constitui uma repercussão prática da culpa ou do dolo do agente político, mas apenas a reprovação prévia, anterior e prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política¹⁶” (Ações declaratórias de

¹⁵ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito fundamental ao sufrágio passivo e princípios democrático, da probidade e da moralidade: análise constitucionalmente adequada das leis complementares nº. 64/1990 e nº. 135/2010. *Revista Eletrônica Direito e Política*: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10 dez. 2019.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade 29 e

constitucionalidade 29 e 30: 2012).

Na realidade, a inelegibilidade é um instituto que visa primeiramente garantir o acesso de cidadãos que tenham as qualidades morais para gerir os interesses públicos e o bem comum e o afastamento dos candidatos que não preenchem estes requisitos é uma medida de proteção do eleitor. Não contém os elementos de uma sanção como a proporcionalidade da aplicação, uma vez que a Lei Complementar 64/1990 engessa formalmente em oito anos o afastamento da vida pública.

No entanto, é necessário também considerar que os direitos políticos fundamentais também deverão ser protegidos. Há uma desproporção nas medidas sofridas pelos inelegíveis em relação ao cargo ocupado e o período em que tiveram ceifados os seus mandatos. Isto evidencia, na prática, a aplicação indireta de uma medida sancionatória sem o respeito do princípio da proporcionalidade, uma vez que a Lei das Inelegibilidades aplica a mesma restrição de oito a cassados que ocupam cargos diferentes sem considerar a gravidade. Por outro lado, no período que intermedeia a cassação e o fim do mandato ou legislatura, os indivíduos sofrem períodos diferenciados de inelegibilidade meramente em razão do cargo e se desconsidera as motivações pessoais.

Por fim, note-se que, na aplicação da inelegibilidade, não há um devido processo legal, uma vez que o inelegível exerce a ampla defesa e o contraditório apenas na defesa da causa de inelegibilidade e não da inelegibilidade em sentido estrito. Isto porque a inelegibilidade é um efeito da condenação e somente é possível atacar a causa que é a perda do cargo.

5. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A Lei prevê que “as causas de inelegibilidade devem ser

aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade” (Lei 9.504/1997, artigo 11, § 10, grifada).

Neste caso há uma presunção de inconstitucionalidade da lei ordinária, uma vez que a Constituição prevê que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação” (artigo 14, § 9º, grifado) e a Lei regulamentadora prevê “para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes” (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, I, b e c, grifado).

Para Robert Alexy, as decisões judiciais refletem o pensamento do julgador sobre o que deve ou não deve ser feito, sem considerar o nível de justificação a que alcançou¹⁷. Na jurisprudência da Justiça eleitoral é estabelecida uma preferência entre ações e comportamentos esperados dos indivíduos que são destinatários de uma proposição singular normativa (sentença) que contempla uma proibição ou permissão de determinadas condutas. No entanto, afirma o Autor que a preferência “exige um julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é melhor que a outra e, neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor¹⁸”.

Assim, será necessário identificar qual a alternativa selecionada para o juízo de valor adotado pela Justiça Eleitoral para a justificação da escolha entre lei complementar ou a ordinária que disciplinam o processo eleitoral quanto ao momento de aferição da inelegibilidade.

Os conflitos em relação a contagem dos prazos de inelegibilidade foram analisadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que fixou a aferição na data do primeiro turno das eleições como

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.20.

¹⁸ Idem.

o momento judicial para se reconhecer ou afastar a inelegibilidade (Súmula: Verbete 70, de 24 de junho de 2016).

Nesta escolha, o julgador eleitoral, ao criar um standard, desconsiderou os possíveis efeitos no exercício dos direitos políticos dos atingidos pela inelegibilidade. O juízo de valor aplicado foi positivado e objetivo, o que Giorgio Agamben explica como que “a aplicação da norma seria, assim, um caso de juízo determinante, em que o geral (a regra) é dado e trata-se de subsumir o caso particular¹⁹”.

Primeiramente, será necessário analisar a força com que esta decisão do Tribunal Superior Eleitoral exerce, na prática, na hierarquia de leis e atos normativos.

Giorgio Agamben diferencia a eficácia da lei e a força da lei. Na sua concepção, a eficácia da lei é absoluta e tem origem nos atos legislativos, além de possuir a capacidade de produção de efeitos jurídicos. A força de lei é relativa e expressa a postura de atos assimilados a lei em relação ao ordenamento jurídico superior ou inferior, exemplificando com a frase muito invocada no regime nazista de que “as palavras do Führer têm força de lei”²⁰.

Nesta esteira, surge a discussão em relação a eficácia e a força de lei da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, Joel Cândido ensina que “ainda como fontes diretas do direito eleitoral, aparece a lei, exclusivamente federal, assim como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que têm força de lei ordinária²¹”.

O Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, manifestou-se “no que concerne às resoluções referidas do Tribunal Superior Eleitoral, em respostas a consultas, não possuem a

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003, p.60.

²⁰ *Ibidem*, p.61.

²¹ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 8ª edição. Bauru: Edipro, 2000, p.20-21.

natureza de atos normativos, nem caráter vinculativo²²”.

O Tribunal Superior Eleitoral, em posição adversa entende que “as resoluções do TSE têm força de lei geral e a ofensa a sua letra expressa motiva recurso especial, nos termos do art. 167 do Código²³”.

A justificação da equiparação das resoluções à lei decorre da discutível interpretação do Código Eleitoral quando dispõe que compete ao Tribunal Superior Eleitoral “expedir instruções que julgar convenientes para a fiel execução do Código Eleitoral” (Artigos 1º, parágrafo único, e 23, IX).

Quanto à fixação do dia da eleição para se aferir a inelegibilidade, cabe agora avaliar qual é o julgamento de valor que o Tribunal Superior Eleitoral se socorreu ao editar o verbete, perquirindo se tem força de lei se os critérios foram objetivos, preservando o interesse do eleitor, ou foram subjetivos, levando em conta os direitos políticos.

O Verbetes 70, da Súmula do Tribunal Superior Eleitoral foi editado a partir de reiterados julgados não convertidos em resolução. Conseqüentemente, a princípio, traduz-se em meras recomendações aos magistrados quanto ao entendimento da Corte Superior sem força de lei e nem mesmo de ato normativo²⁴. Em consequência, embora esteja em consonância com a Lei das Ilegibilidades, não tem o poder suficiente para decretar a ilegalidade do dispositivo preciso da Lei das Eleições.

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.805/DF. Relator ministro Néri da Silveira, Diário da justiça da União 14 nov. 2003, página 00011 ementário vol.2.132-12 página 2.272.

²³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso especial eleitoral 1.943/Iraí- RS. Relator ministro Pedro Paulo Pena e Costa. Publicado em Sessão: 10 jul.1952. Recurso em mandado de segurança 167/Montes Claros – MG. Relator ministro Waldemar Zveiter. Diário de justiça, volume 1, 27 abr. 2001, página 236.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de descumprimento de preceito fundamental 80/DF. Relator ministro Eros Grau. Diário de justiça da União, 12 jun. 2006. Informativo 431. Brasília, 12 a 16 de junho de 2006. “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes”.

O Tribunal Superior Eleitoral, em julgados, considerou em parte, a aferição extemporânea das inelegibilidades em relação a Lei das Eleições Segundo a Corte, com os candidatos que concorrem sub judice o exame da inelegibilidade poderá ocorrer no período que intermedeia o pleito e a diplomação precária ou definitiva. Isto depende do desaparecimento da causa que deu origem como, por exemplo, a anulação da cassação de parlamentar por falta de decoro pela própria casa prolatora ou pelo Poder Judiciário²⁵.

Neste caso, a justificação da Corte é a própria Lei 9.504/1997 que ressalva que é possível a aferição “as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade” (artigo 11, § 10).

Em suma, o Tribunal Superior Eleitoral optou pela aferição das inelegibilidades do momento previsto pela Lei Complementar 64/1990 – na data das eleições – e não pelo artigo 10, § 11, primeira parte, da Lei 9.504/1997 que prevê a data do registro de candidatos.

6. O LIMITE DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS POLÍTICOS

Os conflitos das normas que regem a contagem dos prazos de inelegibilidade intermedeiam, de um lado, a proteção dos eleitores contra a investidura de administradores e legisladores que não ostentem a idoneidade moral e legal para assunção do cargo e, de outro, sanciona por reflexo os políticos que incidiram nas causas de inelegibilidade.

No entanto, esta aplicação secundária é geradora de prazos desproporcionais de inelegibilidade, uma vez que não considera a natureza e a gravidade da causa, bem como o momento

²⁵ *TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL*. Agravo regimental no recurso especial eleitoral 120-25. 201 6.6.05.0102/Bahia. Relator: ministro Luiz Fux. Publicado em sessão, 15 ago. 2017.

da cassação do mandato. Nesse sentido, Jacques Derrida entende que, na sua teoria, como uma segunda aporia, há a “desconstrução de toda presunção à certeza determinante a uma justiça presente”. No desconstrucionismo teorizado pelo autor, o conceito de justiça não deve ser reformado ou emendado em razão de suas falhas ou obsolescências, mas desmontado e com as mesmas peças reconstruído em um novo projeto²⁶.

Nesta linha, é prudente a desconstrução da aplicação das inelegibilidades justificadas exclusivamente no direito coletivo para promover a reconstrução legislativa motivada no equilíbrio entre o direito de proteção dos eleitores e o direito político individual à elegibilidade para alcançar a justiça.

Para que esta Justiça seja efetivada dentro do Direito, será necessário uma readequação legislativa do texto do artigo 1º, b e c, da Lei Complementar 64/2010, fixando claramente o termo inicial e final da contagem da inelegibilidade.

Em relação a extensão dos prazos, a proposta de contagem será, pelo processo legislativo, fixar a inelegibilidade por mandatos e legislaturas e não por eleições. Isto porque, a atual redação não estabelece um parâmetro de contagem, porque a inelegibilidade tem o seu termo inicial contado a partir período remanescente do mandato e o fim na data da eleição. Estes critérios diferenciados tem o efeito de estender as restrições aos direitos políticos fundamentais agravando o afastamento de pretenso candidato ao pleno por cálculo matemático e sem uma justificação lógica.

Uma proposta seria retirar a contagem dos prazos a partir da data da cassação ou da perda do mandato se efetivar por mandatos do mesmo cargo com reflexo nas eleições intermediárias. O prazo para os senadores cassados também seria diferenciado em razão do tempo de mandato.

A nova redação do artigo 1º, alíneas b e c substituiriam “eleições” por “mandatos” para Câmara dos Deputados,

²⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.49.

assembleias legislativas, câmaras municipais e Câmara Legislativa do Distrito Federal. No caso do Senado, pelo princípio da igualdade, o prazo de “oito anos” seria substituído para “um mandato” do mesmo cargo.

Um novo texto da Lei Complementar 64/1990 seria proposto com a seguinte redação:

Artigo 1º. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

b) os membros da Câmara dos Deputados, das assembleias legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto no artigo 55, I e II, da Constituição da República, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal, para as legislaturas que se realizarem durante o período remanescente da que exerciam o mandato e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura;

b1) os membros do Senado Federal que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto no artigo 55, I e II, da Constituição da República, para as legislaturas que se realizarem durante o período remanescente do mandato em curso na data em que foram cassados e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura;

c) o governador e o vice-governador de estado e do Distrito Federal e o prefeito e o vice-prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da lei orgânica do município, para os mandatos que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleito;

Se esta norma estivesse vigente, também seria necessária a alteração quanto ao momento da aferição da inelegibilidade pela Lei 9.504/1997, com o acréscimo do § 11-A, no artigo 10: “as causas de inelegibilidade decorrentes do artigo 1º, b e c, da Lei Complementar 64/1990 devem ser aferidas, em perspectiva para o momento da posse no cargo para o qual foi eleito, suspendendo o trânsito em julgado entre o registro de candidatura até diplomação, devendo as alterações, fáticas ou jurídicas, que

impeçam a inelegibilidade superveniente à diplomação e anteriores a posse serem na forma do artigo 14, § 10 e 11, da Constituição da República”.

Numa concepção mais ousada, é possível estabelecer os limites em que a coerção pela inelegibilidade objetiva (direito coletivo protetivo do eleitor) resvala nas restrições dos direitos políticos subjetivos passivos do eleitor autorizadas pelo constituinte.

Nesta seara, a justiça da imposição de sanção depende do reconhecimento das inelegibilidades não somente como medida de coerção, mas como sanção para que o indivíduo responda estritamente nos limites da infração política praticada.

Hans Kelsen afirma que existe uma independência da norma positivada em relação à norma de justiça. Os atos legislativos firmam no direito positivo um dever-ser na convicção ou visão daqueles que criaram a norma. A justiça e a injustiça da norma dependem do juízo de valor positivo ou negativo do legislador²⁷.

O reconhecimento das inelegibilidades como sanção permitirá um tratamento dos direitos políticos individuais que mais se aproxima da justiça, desde que o ordenamento jurídico contemple alguma forma de dosimetria da aplicação das inelegibilidades.

Na Lei de Improbidade Administrativa, de forma comparativa e analógica, concebe a suspensão dos direitos políticos como sanção aplicando de oito a dez anos para os condenados pela prática de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; de cinco a oito anos de atos que causam prejuízo ao erário ou decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e, por fim, três a cinco anos por atos que atentam contra os princípios da administração pública (Constituição, artigo 15, V e Lei 8.429/1992,

²⁷ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.45.

artigo 12). O interessante desta lei é que o condenado por improbidade sofre uma sanção de suspensão de direitos políticos proporcional aos seus atos e somente após o cumprimento é atingido por uma medida de coerção que é a inelegibilidade por oito anos (Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, I, g). Nos casos de condenação penal, diferentemente da improbidade, a suspensão dos direitos políticos é tratada como efeitos da condenação (Constituição artigo 15, IV).

Como exemplo disso, e apenas para um comparativo descritivo, norma semelhante e mais rigorosa prevê a legislação eleitoral da Bélgica, onde, para qualquer crime, a duração da suspensão é de seis anos, se a pena for entre quatro meses e três anos, e de doze anos se for mais de três anos, não sendo aplicada aos condenados sob o regime de *sursis*²⁸.

²⁸ *BÉLGICA*. Código Eleitoral. Artigo 6º: São definitivamente excluídos do eleitorado e não podem ser admitidos a votar, aqueles que foram condenados a uma pena criminal. Artigo 7º. São atingidos pela suspensão dos direitos eleitorais e não podem ser admitidos a votar, enquanto durar a incapacidade: 1º aqueles que estão em estado de interdição judiciária...à penas sob o estado de menoridade prolongada pela aplicação da lei de 29 de junho de 1973 e aqueles que são internados pela aplicação dos dispostos nos capítulos I à VI da lei de 09 de abril de 1930 de defesa social que trata dos anormais e dos delinquentes habituais, substituído (revogado) pelo artigo 1 da Lei de 1º de julho de 1964: a incapacidade eleitoral equivale a interdição (...), a menoridade prolongada ou a colocação em liberdade definitiva do internado; artigo 3º, Lei de 30.07.1991 (aqueles que foram condenados a uma pena até 4 meses, exceção daqueles que foram condenados com base nos artigos 418 e 420 do Código Penal, a duração da incapacidade é de 6 anos, se a pena é maior que 4 meses e menor que 3 anos, é de doze anos, se a pena for de mais de 3 anos. Artigo 9º. Se a pena é pronunciada com *sursis*, a incapacidade prevista no artigo 7º, 2º, é suspensa enquanto durar o *sursis*, se a condenação é pronunciada parcialmente com *sursis*, somente a parte referente a pena pronunciada sem *sursis* é tomada em consideração para a aplicação do dispositivo do artigo 7º, 2º. Se a condenação é executável, a suspensão dos direito de voto que decorre é tomado a partir da data da nova condenação ou da decisão que revoga o *sursis*. Texto original: Code Electoral da Bélgica. Art. 6. Sont définitivement exclus de l'électorat et ne peuvent être admis au vote, ceux qui ont été condamnés à une peine criminelle. (...)Art. 7. Sont frappés de la suspension des droits > électoraux et ne peuvent être admis au vote pendant la durée de l'incapacité: 1º ceux qui sont en état d'interdiction judiciaire, (...) les personnes sous statut de minorité prolongée par application de la loi du 29 juin 1973 et ceux qui sont internés par application des dispositions des chapitres I à VI de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et

Destarte, na linha do legislador dos casos de suspensão, as inelegibilidades, como restrições parciais dos direitos políticos poderiam se amoldar com a natureza de sanção, prevendo períodos diferentes de inelegibilidade proporcional a causa que provocou a condenação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O histórico brasileiro de investidura de políticos inidôneos em decorrência da prática de atos que lesam o erário e a moralidade pública tem motivado a formação de movimentos sociais e um acompanhamento e fiscalização direto dos meios de comunicação social.

A pressão exercida na esfera pública, indiretamente, tem incentivado o aperfeiçoamento dos mecanismos legais que impedem a investidura de candidatos que não preenchem os requisitos mínimos para merecer a confiança do eleitor.

Esta evolução tem se intensificado a partir da Constituição de 1988 que previu as inelegibilidades absolutas e, em eficácia limitada, abriu a oportunidade para que o legislador ordinário criasse inelegibilidades relativas para, em textura aberta, identificar as hipóteses não vislumbradas pelo constituinte.

A Lei Complementar 64/1990, de maneira abrangente,

des délinquants d'habitude, remplacée par l'article 1 de la loi du 1er juillet 1964. <L 1990-06-26/32, art. 38, § 13, b L'incapacité électorale prend fin en même temps que l'interdiction, (...) la minorité prolongée ou à la mise en liberté définitive de l'interné; <L 30-07-1991, art. 3, 1^o> 2^o (ceux qui ont été condamnés à ne peine d'emprisonnement de plus de quatre mois, à l'exception de ceux qui ont été condamnés sur la base des articles 419 et 420 du Code pénal. La durée de l'incapacité est de six ans si la peine est de plus de quatre mois à moins de trois ans, et de douze ans si la peine est de trois ans au moins;) <L 1994-12-21/31, art. 149 > Art. 9. <L 05-07-1976, art. 6> Si la condamnation est prononcée avec sursis, l'incapacité prévue à l'article 7, 2^o, est suspendue pendant la durée du sursis. Si la condamnation est prononcée partiellement avec sursis, seule la partie de la peine prononcée sans sursis est à prendre en considération pour l'application des dispositions de l'article 7, 2^o. Si la condamnation devient exécutoire, la suspension du droit de vote qui en résulte prend cours à dater de la nouvelle condamnation ou de la décision révoquant le sursis.

contemplou um grande número de situações em que o cidadão poderá ser impedido de concorrer a um cargo público por oferecer riscos ao interesse público ou não ostentar idoneidade suficiente para a investidura em um mandato.

Pode-se afirmar que muitos consideram um avanço no campo das inelegibilidades a edição da Lei Complementar 135/2010 que teve como motivação o aperfeiçoamento a correção e o aumento do rigor na aferição das qualificações necessárias para que uma pessoa concorra a um cargo público.

No entanto, a jurisprudência afirmou uma nítida divisão quanto à natureza jurídica meramente coercitiva das inelegibilidades como medida de proteção da sociedade, deixando em escopo secundário o caráter sancionatório.

Desta forma, são necessários ajustes para que a esta lei não venha a violar os direitos políticos de quem a alcança, pois já se trata de uma norma polêmica do ponto de vista constitucional. Deve-se, assim, adequá-la ao marco da Constituição Federal de 1988.



REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.
- AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei Complementar 168/1993. Convertida na Lei Complementar 135/2010. Apresentação: 22 out.1993.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 8ª edição.

- Bauru: Edipro, 2000.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELSTER, Jon. *La deliberación y los procesos de creación constitucional*. In: ELSTER, Jon (ed.). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Volume I. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACCORMICK, Neil. *H.L.A.Hart*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elviesier, 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito fundamental ao sufrágio passivo e princípios democrático, da probidade e da moralidade: análise constitucionalmente adequada das leis complementares nº. 64/1990 e nº. 135/2010. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direito-politica. Acesso em 10 dez. 2019.
- SCOLESE, Eduardo.; CORREA, Hudson. *Eleições na estrada: jornalismo e realidade nos grotões do país*. São Paulo: Publifolha, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade 29 e 30/Distrito Federal. Relator

ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônico: 29 jun. 2012.

_____. Ação de descumprimento de preceito fundamental 80/DF. Relator ministro Eros Grau. Diário de justiça da União, 12 jun. 2006. Informativo 431. Brasília, 12 a 16 de junho de 2006.

_____. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.805/DF. Relator ministro Néri da Silveira, Diário da justiça da União 14 nov. 2003, página 00011 ementário vol.2.132-12 página 2.272.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo regimental no recurso especial eleitoral 120-25. 201 6.6.05.0102/Bahia. Relator: ministro Luiz Fux. Publicado em sessão, 15 ago. 2017.

_____. Recurso especial eleitoral 1.943/Iraí- RS. Relator ministro Pedro Paulo Pena e Costa. Publicado em Sessão: 10 jul.1952.

_____. Recurso em mandado de segurança 167/Montes Claros – MG. Relator ministro Waldemar Zveiter. Diário de justiça, volume 1, 27 abr. 2001, página 236.