



TRE-CE

Suffragium

Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará

Volume 7 Número 11

Janeiro a Junho | 2015

LEI DA “FICHA LIMPA” E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS PELOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO, PROIBIDADE E MORALIDADE

ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Assessor Jurídico da Consultoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

RESUMO

Examina a trajetória do projeto de iniciativa popular que deu origem às alterações legislativas na Lei Complementar nº. 64/90 (Estatuto das Inelegibilidades), conhecida como lei da “ficha limpa” (LC nº. 135/2010). Estuda as inelegibilidades enquanto restrições indiretamente constitucionais ao direito fundamental consubstanciado no exercício passivo dos direitos políticos. Analisa a perigosa e frágil normatividade dos princípios que são invocados pela doutrina como fundamento das inelegibilidades estabelecidas no instrumento legal para restringir a eficácia de direitos fundamentais. Para a elaboração do trabalho, utilizou-se de uma metodologia descritiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos e dissertações acadêmicas. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e explicativa.

PALAVRAS-CHAVE: Ficha limpa. Direitos políticos fundamentais. Proteção. Proibidade. Moralidade

1. O ADVENTO DA LEI DA “FICHA LIMPA” (LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010)

O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) iniciou a Campanha Ficha Limpa em 2007 com o respaldo da sociedade pela crescente demanda de aumento no rigor dos critérios para se disputar um cargo eletivo e conferir efetividade ao art. 14, parágrafo 9º da Constituição da República.

Em 29 de setembro de 2009, foi entregue ao então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, o projeto de lei que resultaria na Lei da “Ficha Limpa” com o número necessário de assinaturas para deflagrar o projeto de iniciativa popular. Então, foi constituído um grupo de trabalho na esfera da Câmara dos Deputados, presidido pelo deputado Miguel Martini (PHS/MG) e relatado pelo deputado Índio da Costa (DEM/RJ), com a tarefa de buscar o consenso sobre a matéria a fim de ser levada à votação.

A alteração mais relevante proposta pelo grupo de trabalho no texto original foi que, para a ocorrência da inelegibilidade, a condenação houvesse partido de um órgão colegiado jurisdicional, ao contrário da redação originária, que considerava suficiente qualquer condenação oriunda do Poder Judiciário. Marlon Reis (2010, p. 25) explica que, para facilitar a aprovação da matéria, além da anuência quanto à alteração acima relatada, concordou-se em explicitar no texto que as ações penais privadas ou ações penais públicas relativas a crimes culposos ou de menor potencial ofensivo não seriam capazes de fazer incidir inelegibilidade, como medida a evitar denunciamentos ou interesses escusos como causas de restrição à capacidade eleitoral.

Incluiu-se, ainda, o art. 26-C, de autoria do relator do projeto na CCJ, deputado José Eduardo Cardozo (PT/SP), possibilitando a suspensão cautelar da inelegibilidade pelo tribunal *ad quem*. Na Câmara, 390 deputados dos 513 participaram da sessão que aprovou o projeto, com 388 votos favoráveis. O Presidente não votou por impedimento regimental e o deputado Marcelo Melo (PMDB/GO) votou contra a matéria, mas justificou, em seguida, ter se equivocado ao digitar o voto por cansaço (REIS, 2010, p. 26).

No Senado, a votação e aprovação se deram no dia 19 de maio, sendo a única alteração do projeto aprovado na Câmara o tempo verbal das hipóteses de inelegibilidade, causando dúvidas quanto a alcançar fatos passados.

O então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou, em 4 de junho de 2010, o projeto de iniciativa popular, convertido na Lei Complementar nº. 135, publicado no Diário Oficial da União no dia 7 de junho de 2010. Após o caminho percorrido nas casas legislativas até seu nascimento jurídico formal, o próximo obstáculo à consolidação da lei foi superado nos tribunais.

Embora o Tribunal Superior Eleitoral tenha respondido a consultas nos dias 10 (Consulta nº. 112026) e 17 (Consulta nº. 114709) de junho de 2010, no sentido de entender que a lei da “Ficha Limpa” já se aplicaria às eleições de 2010 e que atingiria os fatos anteriores à sua vigência, o Supremo Tribunal Federal foi encarregado de pacificar a interpretação sobre o tema.

Com a decisão do STF (REx nº. 630147) pela inaplicabilidade da LC nº. 135/2010 ao pleito que ocorreria naquele ano, persistiu o impasse acerca da irretroatividade da lei e da ofensa ao princípio da presunção de inocência nas hipóteses de inelegibilidade que dispensam o trânsito em julgado como condição para sua incidência. Apenas em 2012 estes pontos mais relevantes, além de outros, foram decididos na contextura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4578.

Por maioria apertada, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a nova lei se aplica aos fatos acontecidos antes de sua vigência, não se submetendo ao princípio da irretroatividade das leis penais, bem como que não macula o princípio da presunção de inocência a fixação de inelegibilidade com base em condenação antes do trânsito em julgado.

Um dos principais questionamentos judiciais se deu em relação à possibilidade de extensão dos prazos de inelegibilidades. O prazo das inelegibilidades foi estendido de cinco para oito anos e o Supremo Tribunal Federal discutiu se referida ampliação constituiria ofensa à coisa julgada. Como dito, a maioria do Tribunal decidiu pela constitucionalidade do novo regime eleitoral, inclusive quanto a alcançar os prazos ampliados a situações pretéritas, com base, principalmente, no voto do ministro Luiz Fux.

Luiz Viana Queiroz (2012, p. 34) aponta uma pertinente distinção entre a ampliação dos prazos que decorram de causa extrajudicial dos que resultam de decisão judicial, que teria sido ignorada pelo STF na formação de seu entendimento. Apenas as inelegibilidades cujos fatos geradores se fundamentam em decisão judicial cível-eleitoral (alíneas “d”, “h” e “e” do inciso I do art. 1º do LC nº. 64/90) estariam acobertadas pela garantia individual do respeito à coisa julgada.

Outras hipóteses de inelegibilidade envolvem circunstâncias estranhas ao Poder Judiciário e, por isso, não gozariam de direito adquirido ao prazo estabelecido anteriormente. Com efeito, há procedência na distinção dos fatos geradores de inelegibilidades calcados em decisões judiciais e extrajudiciais como determinantes no esclarecimento da possibilidade jurídica de extensão dos prazos de inelegibilidade. As decisões emanadas por órgãos alheios ao Judiciário não devem se submeter ao regime da coisa julgada judicial como óbice à extensão dos prazos de inelegibilidade. Somente as sentenças judiciais de natureza cível-eleitoral, estampadas no art. 1º, I, “d”, “h” e “e” da LC nº. 65/90, que tenham fixado inelegibilidade de três anos, traduzem o conteúdo da garantia da coisa julgada.

De toda forma, com a decisão do Supremo Tribunal Federal e o efeito vinculante implícito às decisões tomadas em controle concentrado, atualmente no Poder Judiciário está consolidada a constitucionalidade da ampliação dos prazos de inelegibilidades por força da LC nº. 135/2010.

2. DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS E INELEGIBILIDADES

Historicamente, os direitos políticos estão associados aos direitos fundamentais de primeira dimensão, eis que os primeiros a serem garantidos nos textos constitucionais, como resultado das revoluções francesa e estadunidense. Seu conteúdo são os direitos civis e políticos, na perspectiva de liberdades negativas, visto que visavam à limitação da intervenção estatal no domínio das liberdades individuais. Marcados pela ideia de oposição entre Estado e Sociedade, os direitos fundamentais de primeira geração representam as conquistas da burguesia em face do regime absolutista.

George Marlmstein (2004, p. 178) adverte para a noção de que a invisibilidade dos direitos fundamentais não permite sua fragmentação em gerações ou dimensões, uma vez que todo direito fundamental pode ser analisado e

compreendido com base em múltiplas dimensões, eis que fazem parte da mesma realidade dinâmica. Tanto é assim que o direito à propriedade pode se associar à primeira dimensão, em uma perspectiva privatista, a teor do Código Civil, mas também a uma concepção social, com base em sua função social prevista no art. 5º, XIII da CF/88 (segundo dimensão), ao mesmo tempo em que deverá obedecer a uma função ambiental (quarta geração). Por isso, Marlmstein (2004, p. 178) sugere a compreensão dos direitos fundamentais segundo uma dimensão individual liberal (primeira dimensão), dimensão social (segundo dimensão), dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e dimensão democrática (quarta dimensão).

Embora a própria noção de direitos políticos confirme sua natureza de direitos fundamentais, a topografia do atual Texto Constitucional reforça essa compreensão. No Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, subdividem-se os capítulos: I) Dos direitos e deveres individuais e coletivos; II) Dos direitos sociais; III) Da nacionalidade; IV) Dos direitos políticos; V) Dos partidos políticos.

A Constituição Federal de 1988, sob o aspecto normativo, restringiu os direitos políticos ao artigo 14, com base no qual seu núcleo se assentaria nos direitos de votar e ser votado nas eleições para cargos públicos eletivos, o direito de votar em referendos e plebiscitos e o direito de propor projetos de lei de iniciativa popular. Joel Cândido (2003, p. 25) inclui no rol dos direitos políticos a Lei nº. 818, de 18 de setembro de 1949, mesmo que sensivelmente derogada, que regulamenta a perda e a aquisição da nacionalidade, bem assim a perda dos direitos políticos. Pedro Niess (1994, p. 1) sustenta uma concepção mais ampla, “indo além do sufrágio para alcançar o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos”, ou seja, somando-se ao capítulo IV o capítulo V do Título II e o art. 5º, LXXIII. A referência ao direito de propor ação popular se explica pelo fato de a cidadania ser pressuposto para seu ajuizamento.

Com efeito, os direitos políticos traduzem a lógica do regime democrático, que, para Bonavides (1999, p. 515), é direito fundamental de quarta geração, e é cristalizado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O sentido de democracia muito se aproxima ao de república, na medida em que indica a possibilidade de participação do povo no governo, com base no reconhecimento da soberania popular, sendo o exercício dos direitos políticos o caminho pelo qual o cidadão participa das deliberações estatais.

Por isso, não se deve vislumbrar os direitos políticos na dimensão estrita do art. 14 da CF/88, na medida em que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a cidadania (art. 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que torna o rol previsto no referido dispositivo constitucional não exaustivo. Isso porque a concepção destes fundamentos oferece consequências jurídicas que repercutem no exercício dos direitos políticos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 93), os direitos fundamentais constituem, via de regra, explicitações da dignidade da pessoa humana, pois em cada direito fundamental se afigura alguma projeção da dignidade humana. Vislumbrando sua acepção no pensamento kantiano de autonomia da vontade, a liberdade política expressada pela possibilidade concreta de participação na tomada das decisões estatais bem evidencia a esta interseção.

Em relação à cidadania, é preciso distingui-la dos direitos políticos, ainda que possuam estreita conexão. Cidadania é um conceito mais elástico do que os direitos políticos, pois engloba a participação da pessoa cidadã na esfera estatal não apenas sob o enfoque político, mas também econômico e social. O cidadão, além de poder participar ativamente da vida política, é também sujeito de prestações estatais. Tiago Menezes Conceição (2012, p. 86) esclarece:

Eis aí o ponto: os direitos (e deveres) de cidadania vão além dos direitos políticos, porquanto abrangem a participação popular, coletiva ou individual, no seio da sociedade civil, nas relações de trabalho (CF/88, art. 11, por exemplo), de consumo, de preservação ambiental e do patrimônio histórico etc., desde que não representem intervenção nas questões de governo e estado, quando, então, serão exercício de direitos políticos. Por isso, é possível que alguém tenha seus direitos políticos suspensos e continue tendo outros direitos e deveres de cidadania.

Daí se pode concluir que os direitos políticos são uma espécie dentro do gênero cidadania, ao abranger um plexo maior de direitos fundamentais. Para o desenvolvimento deste experimento acadêmico, importa destacar o aspecto passivo dos direitos políticos: o direito de ser votado, também denominado capacidade eleitoral passiva (GOMES, 2012, p. 139), uma vez que será examinada sua restrição por meio dos princípios que fundamentariam a aplicação da lei da “ficha limpa”.

O conceito de inelegibilidade não carrega maiores dificuldades, constituindo-se, em termos amplos, como restrição do direito de ser votado para determinado cargo público. A ideia de inelegibilidade também pode ser entendida como perda da elegibilidade, ou a elegibilidade em seu aspecto negativo. Carlos Velloso e Walber Agra (2009, p. 56) caracterizam a inelegibilidade como a impossibilidade de ser eleito para o exercício de cargos públicos, em razão do impedimento de ser votado, sem prejuízo da sua capacidade eleitoral ativa. Eis definição de Adriano Soares da Costa (1998, p. 37):

Todo eleitor que não atenda aos pressupostos legais de elegibilidade, deixando de obter registro de candidato, é inelegível, vale dizer, não possui o *ius honorum*. A inelegibilidade, de conseguinte, não é a perda dos direitos políticos, posto que direitos políticos (*ius suffragii*) se tem. A inelegibilidade é a ausência do direito de ser votado (*ius honorum*), ou porque não se obteve o registro de candidato, ou porque a elegibilidade (direito de ser votado), que se tinha, foi retirada. Dessarte, há a inelegibilidade inata (original), natural aos que

não providenciaram os meios para adquirir a elegibilidade; e a inelegibilidade cominada (ocasional) provocada pela ocorrência de algum fato ilícito sob a óptica eleitoral.

Não obstante existam diversas categorias de classificações das inelegibilidades, merece destaque, para fins didáticos, salientar apenas suas distinções quanto à origem (constitucionais e infraconstitucionais) e quanto à natureza inata ou cominada, nos termos há pouco transcritos. Em relação à origem, facilmente se percebe que a distinção se justifica pela origem da previsão legal da inelegibilidade, que pode estar estabelecida diretamente no Texto Constitucional ou em lei complementar, conforme comando autorizativo do art. 14, § 9º da CF/88. Ademais, pode a inelegibilidade se expressar como inata, na medida em que se configura pelo não preenchimento das condições de elegibilidade, classificada como inelegibilidade imprópria por Niess (1994, p. 8), ou cominada, quando caracterizada em virtude da prática de algum ilícito eleitoral como sanção imposta pelo ordenamento jurídico.

Assim, é possível, segundo a classificação há instantes exposta, enquadrar as hipóteses de inelegibilidade descritas na lei da “ficha limpa” como inelegibilidades infraconstitucionais cominadas, porquanto estipuladas na Lei Complementar nº. 64/90, bem como representam a ocorrência de um fato ilícito.

Conclui-se, então, que o conceito e a natureza da inelegibilidade significam, em última instância, a restrição indiretamente constitucional ao direito fundamental consubstanciado no exercício passivo dos direitos políticos, razão pela qual se aplica o pensamento de Robert Alexy. Na perspectiva do autor (ALEXY, 2012, p. 281-282), uma restrição a direitos fundamentais somente pode ocorrer por normas compatíveis com a Constituição, seja por meio de sua positivação diretamente no Texto Constitucional (restrição diretamente constitucional), seja por intermédio da autorização para o legislador infraconstitucional o fazer (restrições indiretamente constitucionais).

No caso das inelegibilidades previstas no art. 1º, I, da Lei Complementar nº. 64/90, seu fundamento constitucional é o art. 14, § 9º da Constituição Federal de 1988, que autoriza por meio de lei complementar o estabelecimento de outras inelegibilidades além das criadas no Texto Constitucional. Cuida-se, pois, de restrição indiretamente constitucional, que, na verdade, não restringe de imediato os direitos fundamentais, mas apenas fundamenta sua restringibilidade (ALEXY, 2012, p. 282). Não existe, ainda, restrição, pois se trata apenas da sua possibilidade jurídica.

Por isso, não existe colisão de direitos fundamentais suscitada por José Armando Pontes Dias Junior (2010, p. 97) entre o direito fundamental à elegibilidade e o direito fundamental à moralidade das candidaturas, cujo fundamento seria o art. 14, § 9º da Constituição Federal de 1988, visto que, como dito, tal

dispositivo não importa em restrição em direitos fundamentais, apenas na sua possibilidade. Assim, como o princípio à elegibilidade é restringido pelas regras do art. 1º, I, da Lei Complementar nº. 64/90, e não pelo princípio do art. 14, § 9º da CF/88, não há que se falar em ponderação.

Outro aspecto importante apontado por Alexy é a possível restrição de direitos fundamentais tanto por normas que denotam a estrutura de regras quanto de princípios. No caso das inelegibilidades infraconstitucionais em análise, a norma se estrutura no formato de regra, cuja conclusão se extrai tanto pelo grau de decidibilidade quanto pela ausência do aspecto de peso ou importância. Nesse sentido, Alexy (2012, p. 283) explica que uma regra é “uma restrição a um direito fundamental, se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”. A inelegibilidade deve ser entendida, então, como o não direito definitivo de postular a eleição a um cargo eletivo, na perspectiva da restrição ao direito fundamental político *prima facie* passivo.

3. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO, MORALIDADE E PROIBIDADE

Em sua redação original, o art. 14, § 9º da Constituição Federal permitia ao legislador ordinário, por meio de lei complementar, criar hipóteses de inelegibilidade cuja finalidade seria proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta e indireta.

Por força da Emenda de Revisão nº. 4 de 1994, acrescentou-se no dispositivo legal a redação segundo a qual lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato. Antes, apenas a normalidade e a legitimidades das eleições eram resguardadas pela Constituição, mas doravante também se facultou ao legislador estabelecer regras visando à proteção à probidade e à moralidade, tendo como parâmetro a vida pregressa dos postulantes a mandato eletivo.

Ocorre que, em razão da inexistência de legislação específica que regulamentasse com precisão como se daria a proteção à moralidade e à probidade do pleito, o Tribunal Superior Eleitoral editou o Enunciado nº. 13, segundo o qual “não é autoaplicável o § 9º, art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº. 4/1994”¹, reforçando seu caráter de norma constitucional de eficácia limitada. Nesse sentido, a Lei Complementar nº. 135/2010 regulamentou tal dispositivo constitucional, especificando como seria considerada a vida pregressa dos candidatos a fim de proteger os valores há pouco aludidos.

Assim, a doutrina invoca o princípio da proteção como fundamento das inelegibilidades, enunciado no art. 14, parágrafo 9º da Constituição Federal. De acordo com Márlon Reis (2010, p. 29), “o texto contém o enunciado do princípio constitucional da proteção, ponto de onde se origina toda a reflexão jurídica no campo das inelegibilidades”. José Jairo Gomes (2011, p. 55-56) faz referência aos princípios da moralidade e da probidade com fundamento no mesmo dispositivo legal, que, apesar da diferença terminológica, traduz, em suma, a mesma ideia exposta por Márlon Reis. Segundo Dias (2010, 114), “não se trata aqui, propriamente, de dar significado à moralidade ou à probidade, por exemplo, mas tão somente de identificar que a probidade se insere no gênero da moralidade [...]”. Embora não se visualize com clareza a conceituação do princípio da proteção, dessume-se que, para Reis (2010, p. 31), seu conteúdo reside na seguinte dimensão:

Com efeito, toda e qualquer norma que restrinja o direito à elegibilidade para cargos públicos tem essa mesma finalidade de estabelecer o “mínimo” esperado dos postulantes. Por seu intermédio, delinea-se negativamente o perfil dos candidatos, aspirando-se a evitar que o futuro posto venha a ser alcançado por quem se enquadre em uma das hipóteses de exclusão. Não se trata, de qualquer modo, de uma medida de caráter punitivo-criminal. Tampouco se cuida de pena de natureza administrativa. Nem mesmo estamos diante de uma sanção de qualquer natureza. Tais vedações possuem natureza preventiva e sua base constitucional se assenta nos princípios da moralidade e da probidade administrativa.

Sinaliza-se que o princípio da proteção pode ser entendido como vedações de natureza preventiva, com a finalidade de estabelecer um perfil “mínimo” dos candidatos, com base nos princípios da moralidade e da probidade administrativa. É preciso, nesta ordem de ideia, buscar em José Jairo Gomes (2012, p. 56) o que significam tais princípios no Direito Eleitoral:

No âmbito dos direitos políticos, o princípio da moralidade inscrito no artigo 14, § 9º, da Constituição conduz a ética para dentro do jogo eleitoral. Significa dizer que o mandato obtido por meio de práticas ilícitas, antiéticas, imorais, não goza de legitimidade. Mais que isso: significa que o mandato político deve ser sempre conquistado e exercido dentro dos padrões éticos aceitos pela civilização. [...] No âmbito do Direito Eleitoral, o artigo 14º, § 9º, da Constituição determina que a probidade administrativa seja protegida, o que é feito por intermédio da instituição de hipóteses de inelegibilidades par ao agente ímprobo. A inelegibilidade inibe o exercício dos direitos políticos.

A leitura conjunta do que se aponta como princípio da proteção, bem como dos princípios da moralidade e da probidade, no campo do Direito Eleitoral, parece sugerir uma ideia de proteção da moralidade e da probidade da vida pública por meio do impedimento de candidaturas de cidadãos potencialmente capazes de pôr em risco tais valores protegidos constitucionalmente. Para tanto, foram cria-

das hipóteses de inelegibilidade que descrevem situações cujo enquadramento de candidatos apontam uma ameaça aos valores constitucionais descritos no art. 14º, § 9º da Constituição.

A esse respeito, não há como deixar de mencionar a crítica ao fenômeno denominado por Lenio Streck (2011, p. 58) de “panprincipiológico”, sintoma resultante de uma incompreensão teórica de doutrinas como a de Alexy e Dworkin, que no Brasil se consolida no seguinte sentido:

“Positivaram-se valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tanto princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.

De fato, a crítica surge como de muita pertinência, quando José Jairo Gomes invoca os princípios da moralidade e da probidade, com base nos valores protegidos pelo art. 14, § 9º da Constituição, bem como Márton Reis revela o princípio da proteção, mesmo sem nenhuma referência expressa no Texto Constitucional, como fundamento das inelegibilidades. Lenio Streck (2011, p. 48) assinala que a principal causa da expansão dos princípios no universo jurídico brasileiro deriva da equivocada assimilação da jurisprudência dos valores, que prevaleceu na Alemanha a partir de 1949, como esforço do Tribunal Constitucional Federal alemão em legitimar uma Constituição que foi promulgada sem a ampla participação popular. Assim, a referência a valores fora da ordem legal representava uma abertura à legalidade exageradamente fechada.

Ademais, segundo se percebe na doutrina de Alexy (2012, p. 145), princípios não se confundem com valores. Daí surge o entendimento de sua dimensão deontológica e não teleológica. Significa dizer que os princípios devem ser tornados fáticos. Significa dizer que os princípios devem ser tornados fáticos. Dworkin (2010, p. 91) trabalha com excelência os conceitos de moralidade concorrente e moralidade convencional para demonstrar que “a prática social ajuda a justificar uma regra que é expressada pelo juízo normativo”. Segundo Dworkin (2010, p. 85), na moralidade concorrente a comunidade afirma a existência de uma regra normativa por meio de um acordo, mas não considera o fato desse acordo como parte essencial das razões que levam seus integrantes a obedecê-la, ao passo que, na modalidade convencional, o fato da existência do acordo é levado em consideração.

No Brasil, mesmo em face de uma realidade distinta da alemã, visto que ainda se luta para concretizar a própria legalidade, a Teoria de Argumentação de Alexy teria sido o caminho por meio do qual a jurisprudência dos valores ingressou no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, acriticamente, o método de ponderação de princípios pugnado por Alexy, que visa à racionalização da

decisão judicial, é utilizado pelos tribunais “como se fosse um enunciado performativo, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (STRECK, 2011, p. 50).

A ponderação há de acontecer apenas em um momento posterior à colisão de princípios, que ocorre em função de sua estrutura alargada de mandado de otimização, não de uma maneira a priori em que dois princípios estariam postos em uma balança e o hermeneuta simplesmente seleciona o que seria mais pesado. A compreensão da doutrina sobre a ponderação, contudo, não tem sido esta, pois costuma conceber a ponderação como momento anterior à subsunção das normas. Ilustrando exatamente o alvo da crítica de Lenio Streck, José Armando Pontes Dias Júnior (2010, p. 97) colide o direito fundamental à elegibilidade com o direito fundamental à moralidade das candidaturas (segundo ele, derivado do art. 14, § 9º da CF/88), nos seguintes termos:

Caberá então ao Poder Judiciário, por seus órgãos singulares ou coletivos, conforme a natureza da eleição, proceder à ponderação entre ambos os direitos fundamentais, vale dizer, entre o direito à elegibilidade e o direito à moralidade das candidaturas, e estabelecer, em cada caso concreto, racionalmente, como se darão as suas recíprocas restrições, fazendo exsurgir de tal ponderação uma norma a regular cada caso concreto, funcionando tal norma como verdadeira regra, na medida em que não mais admitirá ponderação naquele caso específico. [...]

A colisão sugerida aqui traduz um conflito de normas antes mesmo de se verificar as regras que incidem sobre o caso concreto, facultando ao intérprete fundamentar “racionalmente” qual o direito fundamental que prevalecerá na situação em exame. Ocorre que a ponderação é um momento posterior à subsunção dos fatos às normas aplicáveis sobre a espécie. Não há que se falar em ponderação de direitos fundamentais com estrutura principiológica de uma maneira *a priori*, porque, assim, fragiliza-se a autonomia científica do Direito ao sabor do intérprete.

Importa, pois, a advertência tempestiva sobre a referência ao princípio da proteção, moralidade ou probidade, como fundamento da inelegibilidade em estudo, na medida em que, nos termos expostos pelos autores citados, sua natureza representa valores e, por isso, não devem ser confundidos com princípios jurídicos no campo do Direito Eleitoral.

É bastante perigosa a perpetuação da ideia de Constituição como ordem de valores, sobretudo quando são invocados para fundamentar decisões judiciais como pretensão de correção dos textos legais e, não raro, exprimem soluções aos casos problemáticos fora da legalidade constitucional. Há de prevalecer a premissa de que princípios não são valores e que “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais” (STRECK, 2011, p. 57).

Portanto, apesar de grande parte da doutrina sustentar a existência de tais princípios, não se deve recorrer aos valores estabelecidos no art. 14º, § 9º da Constituição como álibi argumentativo para fundamentar interpretações das hi-

póteses de inelegibilidades que dele decorrem, sob pena de, além de fragilizar a autonomia do Direito em face aos subjetivismos do intérprete, diminuindo a própria normatividade oferecida pela legislação vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. *Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2012.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: o direito fundamental à moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARLMEINSTEIN, George. Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*. v 2, n. 3, 2004.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994.

QUEIROZ, Luiz Viana. Lei da ficha limpa e respeito à coisa julgada. In: ROLLEMBERG, Gabriela; DIAS, Joelson; KUFA, Karina (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

REIS, Márlon. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In: REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; CASTRO, Edson Resende de. (Orgs.). *Ficha Limpa: Lei Complementar nº. 135, de 4.6.2010 interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. São Paulo: Edipro, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. v. 4, p. 23-51, 2006.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

NOTA

1. Virgílio Afonso da Silva (O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2006, p. 46-47) chama a atenção, divergindo da tese que predomina no universo jurídico sobre a distinção de normas constitucionais quanto à sua eficácia, de José Afonso da Silva, que todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis, razão pela qual perde todo sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrição a direitos.