



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 5 Número 1 jan./abr. 2010



“FICHA LIMPA” & QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

“Direito Eleitoral do Inimigo” (retroagir?)

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor eleitoral em Minas Gerais. Autor da obra *Tratado de Direito Eleitoral*. Colaborador da Rádio Justiça em matéria de Direito Eleitoral. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Analisa dúvidas de constitucionalidade provenientes da publicação da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da “Ficha Limpa”), alteradora da LC nº 64/90, para incluir hipóteses de inelegibilidade visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Apresenta a visão constitucional e as implicações da retroatividade da lei, argumentando que esta não deverá ocorrer sob pena de violação à coisa julgada. A Lei da Ficha Limpa não é inconstitucional: por vício formal, ou seja, não viola o processo legislativo; e por vício material consistente na violação do princípio da inocência, pois este se aplica apenas na esfera criminal e não “cível eleitoral”; mas, há inconstitucionalidade da lei por vício material que viola o princípio da segurança jurídica, além da ofensa a coisa julgada e ao devido processo legal, caso retroaja. Isso caracterizaria o denominado Direito Eleitoral do Inimigo. Destaca a finalidade principal dessa nova lei, de iniciativa popular, no sentido de moralizar o processo eleitoral para o futuro, e não para o passado, pois ofenderia diversos comandos constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Ficha limpa; inconstitucionalidade; vício formal; vício material; direito eleitoral do inimigo.

1 VISÃO CONSTITUCIONAL

A LC nº135/2010, que altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, caracterizou-se pela ambiguidade jurídica.

De um lado, uma lei com enorme repercussão social, de conteúdo moralizador e profilático. De outro, a quebra de diversos princípios constitucionais ao buscar sua retroatividade para alcançar fatos pretéritos ou em curso.

Por força disso, algumas dúvidas de constitucionalidade surgiram com a publicação da LC nº135/2010:

1. *inconstitucionalidade por vício formal* – as emendas do Senado das expressões “os que tenham sido” para “os que forem”, segundo parte doutrinária, não configuram mera emenda de redação e sim alteração de conteúdo, razão pela qual deveriam retornar para Câmara dos Deputados e não à sanção do Presidente

da República, violando, assim, o processo legislativo. Todavia, tal alegação restou ser a mais frágil, pois a emenda foi mesmo de redação e a interpretação a ser dada à expressão “os que forem” deve ser a chamada “*interpretação conforme a Constituição*”, pelo STF, não havendo, assim, vício formal;

2. *inconstitucionalidade por vício material I – violação do princípio da inocência* (cláusula pétrea do art. 5º, LVII CF/88 c/c art. 60, § 4º, IV da Carta Magna) e do efeito vinculante da ADPF 144/2008 do STF, que julgou matéria idêntica – no livro *Reformas eleitorais comentadas* (Lei 12.034/2009 e LC 135/2010), Editora Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, no estudo das alíneas d e e do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 (alteradas pela LC nº 135/2010), no Capítulo 3, item 3.2, da Parte II da mencionada obra, destacamos, com profundidade, a questão constitucional, em síntese, levantando questionamento no tocante a impossibilidade do TSE, *data venia*, em Consulta (TSE – CTA nº 1.120/2010 e Processo nº 114.709), de decidir matéria constitucional enquanto o efeito vinculante da ADPF nº 144/2008 produzir efeito, uma vez que esta foi taxativa ao impor que “vida pregressa somente pode ser levada a instrumento jurídico de lei complementar e desde que respeitado o princípio da inocência” (leia-se, trânsito em julgado e não “decisão por órgão colegiado”). Como o efeito vinculante de uma ADPF vincula todo o Poder Judiciário, exceto o próprio STF que pode rever sua posição e exceto o Poder Legislativo (princípio da não fossilização da Constituição), a matéria ainda continua *sub judice*, cabendo reclamação ou controle concentrado pelos legitimados do artigo 103 da CF/88, todos no STF.

3. *inconstitucionalidade por vício material II – violação do princípio da anualidade e um dia* (art. 16 da CF/88), uma vez que inelegibilidade se insere no contexto de “processo eleitoral” – neste aspecto, se é verdade que inelegibilidade não é pena, logo, não incide o Direito Penal (art. 5º, XL da CF/88, também é verdade que a lei não pode retroagir, sendo “cível-eleitoral”, se ofender a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/88), o princípio da segurança jurídica (artigo 16 da CF/88), o da certeza jurídica (artigo 5º, *caput* da CF/88) e o princípio do devido processo legal. Sobre este último, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do devido processo legal no seu art. 5º, inciso LIV. Este princípio, originado da cláusula do *due process of law* do Direito anglo-americano, deve ser associado aos princípios constitucionais do controle judiciário – que não permite à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – e das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição.

Assim, quando a expressão “*devido processo legal*” destina a processo e não a procedimento, refere-se ao processo judicial pelo Estado, segundo os comandos

da ordem jurídica, com as garantias de isonomia processual, bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.

Segundo ADI nº 3.685 do STF, o artigo 16 da CF/88 também é cláusula pétrea, por força do art. 5º, *caput* (segurança jurídica) c/c art. 60, § 4º, IV da Carta Magna.

A premissa de que a LC nº 64/90 foi aplicada “a menos de um ano e um dia da eleição” e que por isto qualquer lei complementar que regule inelegibilidade não precisa respeitar o artigo 16 da CF/88 é *falsa*, pois a LC nº 64/90 veio apenas materializar/regulamentar o artigo 14, §9º da CF/88, razão pela qual foi aceita a menos de “um ano e um dia” do pleito:

Rejeição pela maioria – vencidos o Relator e outros Ministros – da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no Tribunal Superior Eleitoral, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição. (RE nº 129.392, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17.6.92, Plenário, DJ de 16.4.93.)

Isto não significa que doravante toda mudança em inelegibilidades poderá ofender a cláusula pétrea do princípio da segurança jurídica insculpido no artigo 16 da CF/88, da coisa julgada ou do ato jurídico perfeito (o STF entende que o ato jurídico perfeito aplica-se às leis de ordem pública – cf. Rec. Extr. nº 198.993-9).

Portanto, a liberdade de o legislador dispor da sorte dos destinos eleitorais, neles intervindo “às portas do pleito”, com modificações decorrentes de disposições legais novas, não pode prosperar se afetar o processo eleitoral (artigo 16 da CF/88) ou mesmo quando o sistema jurídico prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador na coisa julgada e no ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXV da CF/88), também expressões do princípio da segurança jurídica.

Para melhor compreensão da polêmica em torno da lei, nos aspectos constitucionais alhures mencionados, faz-se necessário um *relato histórico dos fatos*.

Na época da Lei Complementar nº 5 (de 29.4.70 – Ditadura), existia previsão que tornava inelegíveis candidatos que tivessem denúncia recebida por crime contra a lei de segurança nacional, contra a administração pública etc. (*Art. 1º, I – São inelegíveis, para qualquer cargo eletivo: n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta lei complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados*). Na época

da ditadura, surgiram inúmeros processos cíveis e criminais visando exclusivamente tornar inelegíveis alguns candidatos. Nesta época, em 23 de setembro de 1976, o TSE, por voto de desempate (4 votos a 3), declarou a inconstitucionalidade da alínea *n* desta lei complementar, por ferir o princípio da inocência. O STF, contudo, por escassa maioria, derrubou o entendimento do TSE, alegando, em suma, que o *princípio da inocência é aplicado apenas na esfera penal*.

Posteriormente, a inelegibilidade fundada na Lei Complementar nº 5/70 (artigo 1º, I, *n*), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais foi derogada pelo próprio regime militar (Lei Complementar nº 42/82 – Governo do General Figueiredo), que passou a exigir para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de *condenação penal* por determinados delitos. Revendo sua posição, o STF, analisando o alcance da LC nº 42/82, entendeu pela *necessidade de que se achasse configura o trânsito em julgado da condenação* (cf. RE nº 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa). A ratificação desse entendimento, como ressaltou o Ministro Celso de Mello na ADPF nº 144, proclama que a presunção de inocência é um princípio inquestionável. Direitos políticos não podem ser suspensos salvo com condenação transitada em julgado. Pelo entendimento, quem tem o monopólio da escolha das candidaturas são os partidos. Cabe às agremiações políticas o papel de selecionar melhor os seus candidatos e à sociedade a eleição de seus representantes.

Hodiernamente, por força do primeiro precedente de “condição de elegibilidade implícita” no Tribunal Superior Eleitoral (RO nº 1.069/2004) e da Consulta nº 1.607/TSE (Procedimento Administrativo nº 19.919/2008), os Ministros Eros Grau, Ari Pargendler, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro entenderam que a matéria “*vida progressa*” somente poderia ser disciplinada por *lei complementar*, consoante o art. 14, § 9º, da Constituição de 1988, não vingando, assim, a robusta tese do Ministro Ayres Britto de que o tema poderia ser apreciado sob o prisma da “condição de elegibilidade implícita”¹.

Em que pese o brilhantismo da tese e da diferenciação histórica entre “inelegibilidade” e “condição de elegibilidade”, o TSE não adotou o voto revolucionário do Ministro Ayres Britto. Debalde a Associação de Magistrados Brasileiros ingressou com a ADPF nº 144/DF, já que a Suprema Corte, por maioria, manteve o entendimento de que a matéria “*vida progressa*” somente pode ser regulamentada por lei complementar “e desde que respeitado o princípio da inocência”.

¹ Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, “*vida progressa*”, como espécie do gênero “moralidade eleitoral”, seria denominada “condição de elegibilidade implícita” (TSE – RO nº 1.069/04, “Caso Eurico Miranda”), porquanto não prevista no rol do art. 14, § 3º, da Constituição de 1988, e sim no art. 37, por interpretação sistemática.

Corolário disso foi a apresentação de projeto de iniciativa popular pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que se constitui uma rede composta de 44 organizações da sociedade civil e que deu início à “Campanha Ficha Limpa”, que recolheu mais de 4 milhões de assinaturas em todo o país (bastariam um milhão e trezentas mil assinaturas), visando a tão sonhada lei que impede candidatos “fichas sujas” de exercerem a chamada capacidade eleitoral passiva.

A proposta original (PLP nº 518/2009) previa a *condenação em primeira instância* ou, conforme o crime, a *denúncia recebida por órgão colegiado* como suficientes para impedir a candidatura a cargos eleitorais.

Como defendemos à época, a *vita anteacta*, como impeditivo de uma candidatura, por decorrer do princípio da moralidade, deve ter um “critério objetivo”, jamais “subjetivo” (sujeito ao “humor” de promotores e juízes), em face do “garantismo eleitoral” que deve nortear as relações jurídicas eleitorais, de que é exemplo-mor o art. 16 da Constituição.

O “critério objetivo”, a nosso sentir, deveria ser, *no mínimo*, uma *condenação em segundo grau de jurisdição*, jamais em primeira instância (como era na Lei Complementar nº 5, de 29.4.70), pois desta caberia recurso ao STJ e STF (ou TSE, se matéria eleitoral), nos quais, além de inexistir efeito suspensivo, não cabe rediscutir a matéria fática, apenas de direito. E, sendo certo que mais de 90% das condenações em segundo grau são confirmadas pelos Tribunais Superiores, ter-se-á como consagrada a segurança jurídica no caso. A LC nº 135/2010 consagrou isto, além da possibilidade de suspensão da inelegibilidade (artigo 26-C) no órgão judiciário que competir o recurso, desde que seja por “órgão colegiado” (e nisto a dúvida se pode ou não relator dar a suspensão da inelegibilidade com eficácia *ad referendum* do Plenário²). Com isto, o artigo 26-C da LC nº 64/90 obtemperou o princípio da certeza jurídica.

Ademais, o princípio da inocência (art. 5º, LVII, CF) somente se aplica ao Direito (Eleitoral ou Comum) *Criminal* e não ao Cível-Eleitoral (cf. STF – RE nº 86.297 e TSE – RO nº 1.069/2004). Assim, se o candidato for impugnado numa AIRC por faltar-lhe moralidade (*vita anteacta* duvidosa devido à condenação

² Sobre a suspensão de inelegibilidade do casal Garotinho no TSE (AC nº 142.085/2010) e a forma que foi concedida, conferir na obra *Reformas eleitorais comentadas*: Saraiva, 2010, desse autor. No RE nº 281.012, por meio da Petição nº 37.159/2010 o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, proferiu a primeira suspensão de inelegibilidade do STF, para o senador Heráclito Fortes, *ad referendum* ao Pleno do STF. Outro caso no STF: Ministro Dias Toffoli converteu a petição avulsa em medida cautelar incidental (caso Isaura Lemos) ao recurso extraordinário, cuja admissibilidade foi objeto de decisão no AgRg nº 709.634/GO. Conferir o estudo completo desses casos na obra *Reformas eleitorais comentadas*: Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira.

criminal por improbidade), este continuará inocente até prova em contrário. Mas, na linha do Direito Eleitoral Cível, não poderá ele se candidatar a cargo eletivo pela falta de requisitos que validem sua candidatura (alçada à categoria de inelegibilidade preexistente). Por essa razão, o critério objetivo da moralidade (na espécie de *vita anteaeta*) deve estar previsto em lei complementar, já que garantidor dos postulados da dignidade de pessoa humana e da cidadania.

Com a aprovação do Substitutivo apresentado pelo Deputado José Eduardo Cardozo, prevaleceu a melhor técnica jurídica, consubstanciada na “condenação por órgão colegiado”, para fins de ser declarada a inelegibilidade. Contudo, a previsão do cabimento de recurso dessa decisão (suspensão da inelegibilidade – artigo 26-C) foi criticada pelos defensores da “Ficha Limpa”, em razão da demora para a conclusão do processo. A solução encontrada pelo parlamentar foi então estabelecer prioridade para o julgamento.

Assim, a principal novidade em relação ao texto elaborado pelo grupo de trabalho que analisou o tema é a possibilidade de o candidato apresentar recurso com efeito suspensivo na Justiça em que possui processo pendente, o que lhe permitirá a candidatura na esfera eleitoral, mas, por outro lado, exigirá que seja conferida prioridade ao julgamento do processo pelo colegiado. A negativa ao pedido resultará no cancelamento do registro da candidatura ou do diploma do eleito.

De acordo com o Deputado José Eduardo Cardozo, a finalidade do efeito suspensivo é conciliar o desejo da sociedade de evitar que pessoas sem “ficha limpa” disputem cargos eletivos com o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, é de se concluir que o candidato condenado em segunda instância poderá concorrer, por força do disposto no art. 16-A da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 12.034/2009, mas desde que requeira prioridade no julgamento do recurso interposto contra tal decisão. Em outras palavras, terá a opção de ficar inelegível enquanto aguarda o julgamento do recurso ou requerer a concessão de efeito suspensivo, para permitir-lhe concorrer a cargo eletivo (o que implica acreditar no êxito da ação; aquele que tiver interesse apenas em adiar a própria condenação não irá concorrer). Isto impedirá que o candidato ardiloso se beneficie da demora da Justiça para concorrer no pleito eleitoral de outubro, eis que antes havia a necessidade de trânsito em julgado para a suspensão dos direitos políticos e também para configurar-se a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/90. A partir de agora, a inelegibilidade decorrerá da “vida pregressa”, leia-se, condenação por órgão colegiado, por 8 (oito) anos, não cabendo falar em ofensa ao princípio da inocência, que se aplica somente na esfera penal e não na cível-eleitoral. Ou seja: inelegibilidade não se confunde com crime.

Assim, teríamos os seguintes níveis:

Nível 1. Candidato com condenação a partir de segunda instância por crime ou improbidade administrativa ou outra alínea nova (abuso de poder econômico, compra de voto, captação ilícita de recurso, conduta vedada etc). Sanção: inelegibilidade por oito anos. Na obra *Reformas Eleitorais Comentadas*, Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, comentamos cada uma das novas alíneas³ do artigo 1º, I, da LC nº 64/90, alterados ou criados pela LC nº 135/2010.

Nível 2. Candidato com condenação com trânsito em julgado. Sanção: suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF) enquanto durarem os efeitos da condenação;

Nível 3. Candidato que cumpriu toda a pena (ou a teve extinta pela prescrição ou outra causa prevista em lei) e também o período de suspensão dos direitos políticos ou inelegibilidade prevista na LC nº 64/90 poderá concorrer novamente, uma vez que a Constituição proíbe "pena de caráter perpétuo". Será uma oportunidade para o candidato analisar se o eleitor o perdoou (ou não) dos desvios cometidos no pretérito (redenção).

2 RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

Entendemos que a lei não retroagirá sob pena de *violação à coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF). Por outro lado, não há que se falar em aplicação imediata da lei aos processos anteriores à sua entrada em vigor por configurar-se *ofensa ao princípio da segurança jurídica* (art. 5º, *caput* c/c arts. 16 e 60, § 4º, IV, todos da Constituição – cf. ADI nº 3.685/DF, sobre o princípio da segurança jurídica e sua inclusão como cláusula pétrea). Ora, não se afigurando possível "restrição de direitos políticos" nos processos em curso, a nova lei somente terá aplicação aos feitos que se iniciarem a partir de sua publicação no Diário Oficial da União.

Outro ponto controvertido foi saber se acaso a lei fosse sancionada pelo Presidente da República "até junho de 2010" valeria nas eleições de outubro, em face do art. 16 da Constituição Federal (princípio eleitoral da "anualidade e um dia"). O TSE, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, entendeu que sim (CTA nº 1.120/2010 e Processo nº 114.709/2010).

Segundo o MCCE, se a lei fosse aprovada até o mês de junho, leia-se antes das convenções partidárias, aplicar-se-ia às eleições de 2010, haja vista

³ A redação aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados estabelece como causas de inelegibilidade a condenação pela prática de crimes dolosos e aqueles de maior potencial ofensivo, isto é, com pena de dois anos ou mais; improbidade administrativa (face reflexo penal); abuso de autoridade cuja punição seja a perda do cargo; crimes eleitorais puníveis com cassação do diploma ou do registro da candidatura; doações ilegais e o afastamento por sanção disciplinar, no caso de advogados, magistrados e integrantes do Ministério Público

que a LC nº 64/90, que materializou as regras para o retorno do voto direto no Brasil, culminando com a eleição de Collor de Mello, foi declarada constitucional tanto pelo TSE (Consulta nº11.173/90), quanto pela maioria dos Ministros do STF (ADI nº 354/90), oportunidade em que ficou assentado que o art. 14, § 9º, da Constituição não remete ao seu art. 16. Não existindo hierarquia entre normas constitucionais, o primeiro dispositivo citado seria tão somente uma exceção ao art. 16 da Carta Republicana. A premissa, *data venia*, é falsa, como vimos, pois a LC nº 64/90 veio apenas regulamentar o art. 14, § 9º, da CF, razão pela qual foi aceita a menos de “um ano e um dia” do pleito. Isto não significa que doravante toda mudança em inelegibilidades poderá ofender o princípio da segurança (cláusula pétrea), inculcado no art. 16 da Constituição. Aliás, sustentar que “mudança em inelegibilidade” não ofende o “processo eleitoral” do artigo 16 da CF/88 é preocupante, pois imaginemos a cada eleição o legislador alterando a lei de inelegibilidade sob este argumento, usando do “Direito Eleitoral do Inimigo” para afastar oponentes. Seria o *álibi* usado se o STF permitir que tal façanha seja consagrada (retroatividade da LC 135/2010 nas eleições de 2010 em ofensa ao artigo 16 da CF/88).

O julgamento da ADI nº 354, DJ 22.6.2001, foi uma espécie de fundação para a Casa da Democracia, mas não a pedra angular. Isto porque a maioria dos Ministros da Corte entendeu o processo eleitoral de forma restrita (o art. 16 da CF proibiria mudança adjetiva/processual, mas não substantiva/material, diferenciando “direito eleitoral” [art. 22, I] de “processo eleitoral” [art. 16]), enquanto os demais manifestaram uma compreensão ampla do processo eleitoral, envolvendo alistamento de eleitores (e habilitação dos partidos na escolha de candidatos), registro dos candidatos à propaganda, votação e apuração, proclamação e diplomação dos eleitos, e legislação partidária.

Como evolução desse pensamento, o STF, no julgamento da ADI nº 3.685-DF, proposta pela OAB, firmou entendimento de que o art. 16 da Constituição se configura CLÁUSULA PÉTREA e, portanto, impossível de ser violado por emenda constitucional (EC nº 52/2006). Imagine-se, então, por uma *lei complementar*...

Sobre o art. 16 da Constituição Federal, veja-se ainda:

– ADI nº 4.307-REF-MC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.11.2009, DJe 5.3.2010 – ADI nº 4.298-MC, voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 7.10.2009, DJe 27.11.2009 – ADI nº 3.741, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6.9.2006, DJ 23.2.2007 – ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.3.2006, DJ 10.8.2006 – ADI nºs 3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.8.2005, Informativo nº 398 – ADI nº 718, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.11.98, DJ 18.12.98. No mesmo sentido: ADI nº 733, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.6.92, DJ 16.6.95 – ADI nº 354, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.9.90, DJ 22.6.2001.

Importante destacar aqui a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI nº 3.741, *DJ* 23.2.2007) sobre “processo eleitoral” (art. 16 da CF):

Naquele julgamento [ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello], ademais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que só se pode cogitar de comprometimento do princípio da anterioridade, quando ocorrer: 1) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.

Entendemos, assim, que a disciplina da “vida pgressa” deve respeitar o art. 16 da Constituição, até porque mudanças no processo eleitoral às portas da eleição, ainda que diante de um forte apelo popular (o que afasta o “propósito casuístico” da nova lei, mas não o “rompimento da igualdade de participação de partidos e candidatos no pleito eleitoral”), viola os fundamentos republicanos pela adoção da teoria maquiavélica de que “os fins justificam os meios”. Não podemos criar o que denominei de “Direito Eleitoral do Inimigo” (retroagir uma lei complementar, rasgando a CF/88, artigo 16, para “alcançar” os “condenados” – doravante inimigos – de uma lei anterior alcançada pela coisa julgada ou pelo princípio da segurança jurídica).

Direito “penal” do inimigo⁴ é uma teoria (*Feindstrafrech*) enunciada pelo doutrinador alemão *Günther Jakobs*, desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional.

A tese de Jakobs está fundada sob três pilares, a saber:

- (a) antecipação da punição do inimigo;
- (b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais;
- (c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) do Direito Penal (inimigos do Direito Penal).

Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as ideias de Jakobs.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, Ano 2, n. 2, 2005. ISSN 1807-023X

Assim, ao retroagirmos a LC nº 135/2010, estamos criando, no Direito Eleitoral, o Direito do Inimigo, não permitindo a cidadania de políticos, porquanto retirando-se-lhes várias garantias constitucionais.

3 CONCLUSÃO

a) A lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 – não é inconstitucional por vício formal (violação do processo legislativo), porquanto as emendas de redação do Senado apenas indicaram interpretação constitucional, a ser feita pelo STF, no sentido da impossibilidade de retroatividade;

b) A lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 – não é inconstitucional por vício material consistente na violação do princípio da inocência, pois este se aplica apenas na esfera criminal e não “cível eleitoral”. Ademais, tal princípio foi atenuado pela consagração da certeza jurídica, uma vez que o artigo 26-C da LC nº 64/90 (com redação dada pela Lei da Ficha Limpa) permite a “suspensão da inelegibilidade”, logo, em casos onde poderia haver injustiça, como recentemente o TSE⁵ o STF⁶ concederam.

c) Porém, a lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 é inconstitucional por vício material consistente na violação do princípio da segurança jurídica (artigo 16 da CF/88), além da ofensa a coisa julgada e ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa), caso retroaja a nova lei – Direito Eleitoral do Inimigo.

Portanto, na tarefa sublime em que me encontro como doutrinador, sou obrigado a examinar “se o bem não oculta o mal que tanto condenamos”, qual seja, o *casuismo*, ainda que do bem, a violação do artigo 16 da CF/88. Nisto reside a nossa divergência com quem tanto deseja aplicar a lei nova a menos de um ano e um dia do pleito, reconhecendo, nestes juristas, o melhor dos propósitos. Basta imaginar os seguintes exemplos:

Hipótese 1 - o cidadão é condenado, por exemplo, por 30-A, 41-A e 73/77 antes da publicação da LC nº 135/2010. Antes, não gerava inelegibilidade. Com a nova LC nº 135/2010, passa a ficar inelegível por 8 anos. Se a lei retroagir, além de ferir a coisa julgada, irá aplicar-lhe uma inelegibilidade (aliás, totalmente

⁵ Sobre a suspensão de inelegibilidade do casal Garotinho no TSE (AC nº 142.085/2010) e a forma que foi concedida, conferir na obra *Reformas eleitorais comentadas*, Saraiva, 2010, desse autor.

⁶ No RE nº 281.012, por meio da Petição nº 37.159/2010 o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, proferiu a primeira suspensão de inelegibilidade do STF, para o senador Heráclito Fortes, mas na verdade como forma de “efeito suspensivo ao recurso extraordinário”, porém, *ad referendum* ao Pleno do STF. Outro caso no STF: Ministro Dias Toffoli converteu a petição avulsa em medida cautelar incidental (caso Isaura Lemos) ao recurso extraordinário, cuja admissibilidade foi objeto de decisão no AgRg nº 709.634/GO. Conferir o estudo completo desses casos na obra *Reformas Eleitorais Comentadas*, Saraiva, 2010, desse autor.

questionável – conferir nossa obra *Reformas eleitorais comentadas*, Saraiva, 2010) de 8 anos, sem permitir que tenha contraditório e ampla defesa, ferindo assim o devido processo legal também, pois como pode uma correspondência da Justiça Eleitoral "informá-lo" que agora é inelegível, sem que tenha se defendido disto? – De cidadão passa a ser "inimigo" do Estado, porquanto não lhe permite garantias processuais constitucionais elementares;

Hipótese 2 – o cidadão é condenado por abuso de poder (artigo 1º, I, da LC nº 64/90), antes da LC nº 135/2010, quando a sanção era de 3 anos. Depois, receberá uma carta da Justiça Eleitoral informando-o que doravante sua reprimenda eleitoral passou para 8 anos? Sem defesa no tocante ao princípio da proporcionalidade da reprimenda?

Onde fica a segurança jurídica nestas duas hipóteses? E a coisa julgada e o devido processo legal (com contraditório e ampla defesa)?

Por isto que sustentamos que violar o artigo 16 da CF/88 é violar a identidade constitucional, causando terríveis maldições jurídicas dos atos subsequentes, ficando difícil restaurar a verdade e a ciência jurídica eleitoral.

Portanto, é preciso *obtemperar a discussão*. Não podemos nos perverter pelo intelectualismo de superfície, colocando acima da Carta Republicana o rigorismo aparente ou adotar a máxima de que os fins justificam os meios. Não podemos tratar os membros do Parlamento como verdugos, porque a evolução de uma sociedade não se faz às pressas ou por cima de valores, mas sim cultivando nos corações humanos a necessidade de mudança. O tempo golpeará as tradições, o alvião do progresso modificará a paisagem e as transformações políticas gradativas e serenas renovarão a vida intelectual do eleitor.

Não há dúvida de que aceitar a luta é necessário, mas sem olvidar que *construir* o diálogo da harmonia e do equilíbrio é sempre melhor. Agradar a todos é marchar por um caminho largo, onde se esconde a mentira das convenções.

Do contrário, no que nos diferenciaríamos daqueles que criticamos com veemência? Por isto a necessidade do respeito ao primado da lei e da ordem (art. 16 da CF), guiando-nos por caminhos objetivos e perenes.

Por derradeiro, cabe indagar: a que serviriam longas discussões públicas inçadas de discórdias e aflições? A toda evidência, à separatividade, com prejuízos extremos para a sociedade, já que uma importante lei de iniciativa popular pode perder-se em odiosas discussões no STF e quiçá ser julgada inconstitucional por força de um detalhe: retroagir para alcançar inimigos, a saber, desviando de sua finalidade principal que seria moralizar o processo eleitoral para o futuro (e não pretérito que ofende diversos comandos constitucionais estudados).