

I nelegibilidade decorrente de desaprovação de contas públicas.

Uma análise a partir da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy.

Orlando Moisés Fischer Pessuti

Advogado e consultor jurídico. Mestrando em Direito Constitucional pela Unibrasil. Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Unicuritiba. Membro fundador e atual presidente do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (Iprade). Membro fundador e ex-secretário adjunto da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep). Membro da Comissão de Direito Eleitoral e da Comissão de Gestão Pública, Controle e Transparência da OAB-PR. Professor convidado de Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Coautor dos livros: *O Abuso nas Eleições. A Conquista Ilícita de Mandato Eletivo*, editora Quartier Latin, 2008; *Lei de Responsabilidade Fiscal. Uma análise da Lei Complementar nº 101/2000*, OAB – Conselho Federal, 2016; *Conexões Eleitorais*, editora Abradep, 2016; e *Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular*, Editora Íthala, 2016.

Sumário

1. Introdução
 2. Aspectos da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas constante na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990
 3. Breve análise sobre a teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade
 4. A teoria da ponderação de princípios na prática: aplicação dos elementos parciais à hipótese de inelegibilidade da alínea g em busca de uma maximização de princípios
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

Inobstante tenha havido um exaustivo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, este estudo pretende realizar uma análise interpretativa do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990, com as alterações promovidas pela Lei nº 135/2010.

Não são simples e, muito menos, incontroversos os efeitos decorrentes do instituto da inelegibilidade, seja por seu caráter restritivo ao exercício de direito fundamental, seja pelos desafios que

sua aplicação provoca, de forma a causar um verdadeiro embaraço à elegibilidade e ao exercício do *ius honorum*. Doravante, ainda que sem a pretensão de abarcar todos os desdobramentos que o tema exige e implica, posto que impossível, o presente trabalho buscou perpassar alguns requisitos considerados inalienáveis à correta aplicação da norma em questão.

Para tanto, utilizou-se de uma metodologia descritiva a partir de pesquisas bibliográficas, todas pertinentes a um embasamento crítico da matéria. Reputou-se essencial, também, trazer ao exame da presente hipótese de inelegibilidade a teoria da ponderação dos princípios, proposta por Robert Alexy, uma vez que o tema atinge os ditames mais básicos da Constituição e quaisquer restrições a eles impostas não devem prescindir de legítima justificação e fundamento, a fim de impedir que o *ius honorum*, condição fundamental para a democracia, seja arbitrariamente limitado.

Assim, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam, percorreram-se as etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de alcançar, ao final, a ponderação e otimização dos princípios envolvidos e preservar o núcleo essencial dos direitos políticos.

2 Aspectos da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas constante na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990

É inequívoco que o conteúdo nuclear da configuração da inelegibilidade diz respeito ao impedimento ao exercício da capacidade eleitoral passiva, ou seja, a possibilidade de ser votado ou eleito.

A fim de proteger a probidade administrativa, a normalidade e legitimidade das eleições contra

a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 14, § 9º, a possibilidade de o legislador complementar criar hipóteses de inelegibilidade. Como forma de regulamentação desse dispositivo, sobreveio a Lei Complementar nº 64/1990, chamada Lei de Inelegibilidades, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, Lei da Ficha Limpa, a qual colacionou hipóteses de inelegibilidades absolutas e relativas, autorizando o indeferimento de candidaturas em função da condenação por órgãos colegiados.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de o legislador complementar criar hipóteses de inelegibilidade.

Consoante a redação integral do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990, são inelegíveis para qualquer cargo

“os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

Desse modo, conforme delimita o tipo legal da Lei das Inelegibilidades, para que seja declarada a inelegibilidade de determinado agente público – aqui considerado agente político executor de orçamento, na posição de quem presta contas relativas ao exercício de cargos ou funções

públicas – há que se ter cumprido uma série de requisitos cumulativos, que só operam efeitos se observados em conjunto, e são, nas palavras de José Jairo Gomes:

“(a) a existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; (b) o julgamento e a rejeição das contas; (c) a detecção de irregularidade insanável; (d) que essa irregularidade caracterize ato doloso de improbidade administrativa; (e) decisão irrecurável do órgão competente para julgar as contas” (GOMES, 2016, p. 249).

Nessa esteira, interessa compreender previamente cada um desses tópicos a fim de obter uma interpretação legislativa coerente, bem como apontar eventuais lacunas ou termos imprecisos que possam influenciar o julgamento das contas e incorrer na inelegibilidade do gestor.

Quanto à existência de prestação de contas, cabe ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas realizar o controle financeiro das contas públicas, restando sujeitos ao exercício desse controle tanto a União quanto Estados, Municípios e o Distrito Federal (GOMES, 2016, p. 249). Sobre o assunto, Rodrigo Pironti adverte, com especial relevo, a observação de dois aspectos: o primeiro diz respeito ao fato de que, no exercício do controle financeiro das contas públicas, os Tribunais de Contas poderiam realizar o chamado “exame de gestão”, o que estaria atrelado à análise de critérios de discricionariedade da atuação dos gestores, diferentemente do Poder Judiciário; o segundo refere-se ao caráter orientador do conteúdo das manifestações das Cortes de Contas, que funcionaria como um “instrumento de compatibilização de um controle preventivo”, próximo à concreção do interesse público (CASTRO, 2016, p. 171).

Frisa-se, por ora, que o julgamento o qual compete aos Tribunais de Contas limita-se à prestação de contas a ele submetida. Assim sendo, é possível prosseguir ao segundo ponto, quanto ao julgamento e à rejeição de contas, propriamente.

Nos termos dispostos pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), em seu art. 16, as contas serão julgadas “regulares” quando corresponderem aos demonstrativos contábeis com exatidão, observando-se a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão, restando ao tribunal oferecer quitação ao responsável. Por outro lado, as contas poderão ser julgadas “regulares com ressalva”, com a quitação acompanhada da recomendação de medidas a serem tomadas para corrigir impropriedades. E, por último, as contas serão julgadas “irregulares”, com condenação do responsável ao pagamento da dívida e, também, aplicação de multa, dependendo da existência ou não do débito (GOMES, 2016, p. 249).

Aqui reside um tópico crucial. José Jairo Gomes é incisivo em apontar e perceber a ausência do requisito “irregularidade insanável” no dispositivo supracitado, diferentemente da alínea g, inciso I, art. 1º da LC nº 64/1990 (GOMES, 2016, p. 250). Acerca do terceiro requisito, não basta que o Tribunal de Contas encontre supostas e eventuais irregularidades, mas que a irregularidade identificada seja, manifestamente, “irremediável, insuperável, incurável”. Não se caracterizam como pequenas falhas detectadas nas contas, ao revés, traduzem-se em irregularidades graves, provenientes de dolo ou má-fé e que podem ensejar danos ao erário, enriquecimento ilícito, contrariando o interesse público e os princípios constitucionais da administração (GOMES, 2016, p. 250).

Para além do aspecto da insanabilidade, que se entende deveras controverso,¹ é imprescindível que a irregularidade também configure “ato doloso de improbidade administrativa”. O aspecto

1. A controvérsia estaria tanto na configuração da insanabilidade, ante a total ausência de apontamentos legislativos sobre o que seria considerado uma irregularidade insanável, quanto no aspecto da autoridade competente para sua caracterização. Para José Jairo Gomes, não restam dúvidas de que a insanabilidade revela-se exigência da lei eleitoral à configuração da inelegibilidade e, por certo, competiria à Justiça Eleitoral privatamente e absolutamente apreciá-la.

da caracterização do elemento dolo abre espaço para variantes, na medida em que a doutrina se preocupou em demonstrar que sua caracterização ultrapassa a competência de julgamento dos Tribunais de Contas e das Casas Legislativas.

Por fim, exige-se que haja “decisão irrecurável do órgão competente” quando da rejeição das contas. Nesse caso, considera-se a ocorrência de preclusão, constituindo coisa julgada formal. Gomes salienta que, em função de ser uma decisão administrativa, é possível submetê-la à apreciação do Poder Judiciário, em homenagem ao art. 5º, inciso XXXV, que preconiza a inafastabilidade da jurisdição.

Nesse caso, nota-se que, em que pese existirem tais requisitos – em grande medida, doutrinários e jurisprudenciais –, é comum que a rejeição de contas derive de mera inobservância de regras formais ou técnicas do que, efetivamente, má-fé ou desonestidade do gestor (ZILIO, 2016, p. 229). Segundo Marlon Reis, a referência ao dolo foi inserida justamente com o intuito de evitar eventual inelegibilidade de administrador que “evidentemente nada concorreu para a ocorrência do vício detectado quando da tomada de contas” (REIS apud ZILIO, 2016, p. 230).

Contudo, a problemática se instala quando a Justiça Eleitoral é instada a julgar uma impugnação de registro de candidatura fundamentada na alínea g, inciso I, art. 1º da LC nº 64/1990, posto que – a partir do que se depreende da grande maioria das decisões – a análise das inelegibilidades decorrentes da desaprovação de contas leva em consideração, apenas e tão somente, o conteúdo das decisões havidas nos Tribunais de Contas.

Não se pretende aqui, de forma alguma, questionar a competência de tais órgãos no julgamento das contas ou as funções por ele exercidas. Ao revés, considerando que o julgador eleitoral tenha que – necessariamente – partir da atividade fiscalizatória da Corte administrativa, a verdade é que não se encontram em tais documentos (acórdãos) referências satisfatórias para “aquilatar o psiquis-

mo do responsável pelas contas, a ponto de tornar possível uma análise minimamente sofisticada do seu elemento volitivo” (REIS apud ZILIO, 2016, p. 230), revelando-se a inequívoca necessidade de se investigar a suposta improbidade.

Dessa forma, o que resta sensível à percepção é um evidente “julgamento em tese”, na medida em que a Justiça Eleitoral se baseia, única e exclusivamente, no teor das decisões dos Tribunais de Contas para aferir se há ou não o atendimento aos requisitos que informam a inelegibilidade, no exercício legítimo do “juízo de valor” a respeito do “enquadramento jurídico” das irregularidades constatadas.

O que resta sensível à percepção é um evidente “julgamento em tese”.

Justamente, como já apontado, em razão da gravidade das sanções previstas na Lei de Inelegibilidades, a análise sobre o elemento volitivo da conduta que configura improbidade administrativa deve ser realizada com cautela de forma a afastar mera irregularidade dissociada do dolo, podendo não vir a ser caracterizada a prática de um ato de improbidade administrativa. Tal cautela determina que o âmbito de apuração e verificação da prática dos atos de improbidade administrativa deva se dar nos exatos termos da lei específica que regulamenta a matéria, que é a Lei de Improbidade Administrativa.

É possível inferir, assim, que nem no processo de prestação de contas (no âmbito dos Tribunais de Contas) ou no processo de registro (e impugnação) de candidatura (no âmbito da Justiça Eleitoral) é realizada instrução probatória a fim de verificar o aspecto volitivo da conduta do agente. Igualmente, durante a tramitação da prestação de contas, não há a possibilidade de o acusado se

defender de eventual imputação de improbidade administrativa, em função da sumarização do processo eleitoral prenunciado pelo princípio da celeridade. Por fim, no momento da tramitação do processo de registro (e impugnação) de candidatura, o candidato que teve as contas reprovadas não dispõe de meios de prova para embasar a alegação de que a irregularidade motivadora da desaprovação, ainda que possa ser configurada ato de improbidade, não foi praticada de maneira dolosa.

Diante disso, depreende-se: não incumbe aos órgãos competentes (Tribunais de Contas e Poder Legislativo) essa análise, onde nem sequer se exige defesa técnica por advogado. Tampouco isso na seara eleitoral, pois não se faz instrução probatória a respeito de fatos julgados na rejeição das contas, vez que não compete à justiça especializada tal mister, que se limita a realizar o enquadramento jurídico da inelegibilidade.

Então, tem-se como indubitável que não haverá imputação de improbidade administrativa por outro meio que não seja o do rito ordinário na justiça comum, em ação judicial proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Não há que se falar em configuração de improbidade administrativa ou, conseqüentemente, inelegibilidade decorrente de rejeição de contas sem a efetiva observância das normas infraconstitucionais, levadas a cabo dentro das regras processuais cabíveis. Considerando que o dolo é conduta personalíssima, é preciso garantir que exista, no bojo do processo de prestação de contas, uma delimitação específica de quais foram as irregularidades que culminaram na desaprovação das contas, delimitando ainda, especificamente, todos os agentes públicos que para ela concorreram, em menor ou maior grau, de modo a permitir à Justiça Eleitoral uma análise efetiva do elemento volitivo (dolo) da conduta que culminou em irregularidade.

É notório, inclusive, que o sistema carece de maiores aperfeiçoamentos no sentido de garantir um processo administrativo que efetivamente per-

siga a verdade material, contemplando o amplo direito de defesa e com a participação de todos os agentes envolvidos na gestão, também daqueles cujas condutas necessitam maiores esclarecimentos, ainda que indiretas ao ato irregular, tudo com vistas a identificar o que, de fato, levou à desaprovação da respectiva conta.

A questão cinge-se, basicamente, à existência ou não de dolo. Então, é a partir dessa análise que se torna possível depreender o processo adequado à hipótese de inelegibilidade em pauta e, afinal, perceber o impacto com que são atingidos os princípios do devido processo legal, ampla defesa e juiz natural.

3 Breve análise sobre a teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade

Quando se fala em uma hipótese legal que atinge diretamente os direitos políticos de um indivíduo, seja cerceando sua liberdade de participação no cenário eletivo, seja limitando, como medida sancionadora, há que se ter uma certa cautela.

Como leciona Robert Alexy, uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se for compatível com a Constituição (ALEXY, 2015, p. 281). Para isso, entende que os direitos fundamentais são dotados do caráter de princípios, sujeitos a eventuais colisões. Nessa condição, reputa-se necessária uma solução ponderada em favor de um deles (ALEXY, 2002b, p. 112).

Dessa forma, a distinção que o autor propõe resume as regras como normas que podem ou não ser cumpridas e os princípios como normas ordenadoras da realização de algo, na maior medida possível, dentro de um suporte fático – possibilidades jurídicas e fáticas.

É partindo desse pressuposto que Robert Alexy adentra em sua teoria, de maneira a ater-se fundamentalmente ao postulado da proporcionalidade

de. Nesse sentido, Mônica Júdice observa que a máxima da proporcionalidade revela-se deveras adequada por impedir um esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir, por outro lado, uma rigidez excessiva (JÚDICE, 2007). Assim, a chamada “máxima” da proporcionalidade constitui-se em uma dedução da aceitação dos direitos fundamentais como princípios, isto é, uma consequência lógica incontornável. E, na medida em que os princípios são considerados mandados de otimização, os quais determinam uma efetividade em nível máximo conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, chega-se, inevitavelmente, à proporcionalidade (JÚDICE, 2007).

As consequências jurídicas dos princípios devem ser postas em uma balança.

Cumpra mencionar que a proporcionalidade, como elemento da teoria de ponderação, é subdividida nos denominados subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se, ainda, que a utilização dos elementos parciais deve ser de forma concatenada, ou seja, uma ordem deve ser obedecida. Só se decide com base na proporcionalidade em sentido estrito, se já tiverem sido superadas, nesta sequência, a adequação e a necessidade.

Para Alexy, o subprincípio da adequação implica a utilização do meio adequado para a persecução do fim desejado. Aqui, o que é considerado “adequado” é o meio que possibilita a promoção do fim perseguido pelo princípio, não infringindo o outro princípio como os demais meios que poderiam vir a infringir (ALEXY, 2002b, p. 115).

Por sua vez, o elemento da necessidade diz respeito à inexistência de qualquer outro meio menos restritivo com custo menor. Nos termos de Alexy, a colisão se resolve em favor do princípio

de meio menos gravoso, ou seja, que menos afete o indivíduo (ALEXY, 2002a, p. 36). Consoante André Canuto Lima, enquanto na adequação a análise é realizada com observância tão somente do meio escolhido, na necessidade realiza-se um juízo comparativo. Assim, “este elemento da proporcionalidade exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental” (LIMA, 2014). A partir de então, a teoria de Alexy caminha ao âmbito de aplicação do último elemento, com a verificação das possibilidades jurídicas (LIMA, 2014).

Na ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito deve-se considerar a intensidade e a relevância da intervenção em dado direito fundamental, pois, conforme Alexy salienta, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (ALEXY, 2002b, p. 160). Em verdade, o objetivo do autor era explicar de maneira racional o grau de importância das consequências jurídicas dos princípios em colisão. Ou seja, não sendo o embate solucionado pelos critérios anteriores, as consequências jurídicas dos princípios devem ser postas em uma balança, a fim de precisar qual consequência torna-se mais relevante naquele suporte fático, caso concreto (JÚDICE, 2007).

Segundo ele, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é uma análise que leva em consideração a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Noutras palavras, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido. Conforme Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 132-134).

Assim, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade deve ser dividida em três partes: (i) deve-se determinar a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou não satisfação do direito atingido; (ii) deve-se averiguar a importância das razões que justificam a intervenção restritiva; e, por fim, (iii) deve-se realizar a ponderação entre as respostas das duas fases anteriores, concluindo se há importância ou legitimidade em satisfazer o princípio concorrente e se a restrição do direito atingido é justificada. Dessa forma, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Justamente, defende ser o caso da hipótese analisada neste estudo.

Considerando a estrutura da proporcionalidade, torna-se viável compreender a razão pela qual Alexy defende a sua obrigatória conexão com sua teoria dos princípios. Com efeito, uma vez que os direitos fundamentais são, em maioria, configurados como princípios, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso (mandamentos de otimização).

Uma restrição a um direito fundamental tem limites e somente é admissível se, em caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído peso maior do que o princípio de direito fundamental em questão. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2015, p. 296).

A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos pede uma coexistência entre uma teoria subjetiva e uma objetiva. As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Na teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que sobra após o sopesamento. Restrições que usam do princípio da proporcionalidade não afetam a garantia do conteúdo essencial, nem se, em caso concreto, nada restar do direito fundamental, pois a garantia do conteúdo

essencial é reduzida pelo princípio da proporcionalidade. Com a teoria absoluta, cada direito fundamental possui um núcleo em que não é possível nenhuma intervenção (ALEXY, 2015, p. 296).

Inobstante, mais completa e coerente irrompe a posição de Alexy, em que existem direitos que nunca são afastados por razões superiores. Trata-se de uma concepção absoluta, baseada na teoria relativa, vez que, “quanto mais se deixa de realizar um princípio, mais forte ele se torna”, ou seja, “a força das razões que justificam a não realização tem de aumentar tanto quanto aumenta a intervenção”. Desse modo, tem-se que, “quanto maior uma intervenção, mais difícil será sua justificação” (LIMA, 2014). E, assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não importa limitação alguma à ponderação, ao revés, decorre de sua utilização (ALEXY, 2002b, p. 290-291).

Nessa esteira, assim como o jurista desenvolve regras de argumentação hábeis a fundamentar uma decisão jurídica, na ponderação, também se observam regras que assegurem sua racionalidade. Pois a ponderação diz respeito à avaliação das possibilidades jurídicas e fáticas que um princípio dispõe para ser realizado, na medida em que depende diretamente da intervenção de um princípio contraposto no caso concreto. Destarte, Alexy criou um sistema que permite tentar atingir a maximização da realização de princípios, sem precisar recorrer à invalidação de um deles, de tal forma que “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2002b, p. 161).

4 A teoria da ponderação de princípios na prática: aplicação dos elementos parciais à hipótese de inelegibilidade da alínea g em busca de uma maximização de princípios

A discussão se resume, afinal, em uma questão de interpretação que privilegie os direitos po-

líticos, como direitos fundamentais que são, bem como prestigie a proteção do direito de ser eleito, o *ius honorum*, como um princípio que deve nortear uma democracia.

Conforme Pieroth e Schlink entendem que

“com o imperativo da interpretação conforme aos direitos fundamentais, estes direitos influenciam a interpretação e a aplicação da lei ordinária pelos tribunais e pela Administração. O esforço metodologicamente correto da interpretação de uma disposição do direito ordinário permite a cada passo diversas interpretações; e quando estão em causa cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a jurisprudência e a Administração têm uma margem de interpretação especialmente ampla. Neste caso, a vinculação aos direitos fundamentais exige que a decisão a favor de uma ou de outra interpretação se oriente pelos direitos fundamentais. Essa decisão tem de fazer valer os direitos fundamentais e interpretar o direito ordinário de forma a proteger os direitos fundamentais e a preservar e a promover a liberdade” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71-72).

Pois então, determina o art. 5º, inciso LIV, da Carta Constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Como aventado, a Lei das Inelegibilidades passou a exigir o dolo no ato de improbidade do qual decorre a desaprovação das contas, para fins de caracterização da inelegibilidade prevista em seu art. 1º, inciso I, alínea g.

Na lição de Zaffaroni, “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 415). Destarte, dolo configura-se a consciência da vontade de realizar a conduta descrita no tipo, restando composto, necessariamente, de dois elementos: (i) conhecer previamente e (ii) querer (elemento volitivo), sendo que, em síntese, traduz-se na representação da vontade de alcançar o resultado típico (BITENCOURT, 2004, p. 256). Segundo Fernando

Capez, dolo é gênero e pode ser (i) direto e (ii) indireto. Enquanto dolo direto ocorre na ocasião em que o autor quer diretamente a produção do resultado típico, o dolo indireto (eventual) realiza-se quando o resultado é aceito como possibilidade da conduta (probabilidade), ou seja, o autor não se importou em produzi-lo. Em outra classificação, Capez subdivide o conceito de dolo em: (i) genérico e (ii) específico, em que o dolo genérico é a realização de uma conduta sem uma finalidade especial (pratica-se tão somente o núcleo do tipo) e dolo específico, por sua vez, exige a finalidade especial do agente, além dos elementos objetivos do tipo (CAPEZ, 2004, p. 191).

A devida fundamentação é corolário do devido processo legal.

Nesse sentido, reputa-se alarmante a configuração de inelegibilidades através da interpretação por um “dolo genérico”. Segundo Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira, estar-se-ia desincumbindo o juiz do dever de motivar sua decisão a partir da situação de fato apresentada. Isto é, ao se falar “no terreno pragmático” ou “em tese”, significa que se considera suficiente apenas o descumprimento patente da lei para constatar a existência de uma improbidade. Em termos mais claros: considerando que não se pode alegar desconhecimento de uma determinada norma (ou de qualquer norma), bastaria a sua mera violação para atestar conduta ímproba (CAMMAROSANO; UNES PEREIRA, 2014).

Tanto quanto o respeito às normas processuais e procedimentais, a devida fundamentação é corolário do devido processo legal, principalmente quando se fala em proteção a um direito fundamental, qual seja o direito à participação cidadã. Pois o devido processo legal substantivo vai além da decisão formal, proferida pelo juiz frente a um caso concreto (controle difuso).

Outrossim, o devido processo substantivo se constitui verdadeiro limitador à atuação do próprio legislador, implicando a observância aos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade, bem como ao princípio da proporcionalidade – inerente à Administração – e às garantias constitucionais, quais sejam o acesso à justiça, igualdade entre as partes, ampla defesa e contraditório, e, sobretudo ao que interessa ao tema proposto, o respeito ao princípio do juiz natural (NOVELINO, 2008, p. 332).

Observando-se a ordem estabelecida e já dispondo de um suporte fático com possibilidades jurídicas e fáticas, qual seja a negativa de ampla defesa, ofensa ao juiz natural e ao devido processo legal decorrentes da declaração de inelegibilidade em função da desaprovação de contas nos termos da alínea g, há que se iniciar a aplicação pelo elemento da adequação com o objetivo de alcançar uma maximização dos princípios envolvidos e mitigados.

Existe a norma estabelecida pelo art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990, conforme as alterações da Lei nº 135/2010, que é o meio disposto a atingir o fim desejado, traduzido na promoção do princípio da probidade administrativa, o qual traz consigo o pretense escopo da Lei da Ficha Limpa de curvar-se ao interesse público e barrar candidaturas “espúrias”, considerando a moralidade para o exercício do mandato.

Contudo, como já apontado, a norma da alínea g infringe de forma direta, mormente, a promoção do princípio do *ius honorum*, cuja reverberação reflete instantaneamente no devido processo legal, juiz natural e ampla defesa, sem mencionar as controvérsias relativas à presunção de inocência. Nesse sentido, vale lembrar que o prestígio a tais princípios estaria condicionado ao cumprimento integral dos requisitos inerentes à declaração da inelegibilidade, o que não ocorre na prática.

Cabe consignar que, se a norma destacada configurasse meio adequado apto à promoção,

sobretudo do princípio da probidade administrativa, não poderia infringir outro princípio, como manifestamente ocorre no caso observado. Dessa forma, haveria a possibilidade de declarar inválida a norma constante na alínea g por não se configurar adequada à otimização do princípio da probidade. No entanto, a discussão não se encerra neste ponto, visto que a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da lei e insistiu no “princípio moralizador” inerente à proposta legislativa. Assim, a colisão ainda não foi superada na medida em que a adequação não se mostrou suficiente a resolver a ponderação.

Pois, uma vez não sanada a questão, consoante a teoria elaborada por Alexy, passa-se à aplicação do critério da necessidade. Enquanto que a necessidade constitui a não existência de qualquer outro meio menos restritivo, a colisão se resolve em favor do princípio do meio menos gravoso ao direito fundamental em questão. Há que se realizar um juízo comparativo, pois se o meio escolhido na adequação restringe outro direito fundamental, impende que sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental.

Considerando o suporte fático apresentado, existe o meio M1, aqui representado pela norma disposta na alínea g, e o meio M2, o qual traduz-se pelos requisitos elencados na Lei de Improbidade Administrativa para que seja declarada a inelegibilidade, levando ao raciocínio de que não haverá imputação de improbidade administrativa por outro meio que não seja o do rito ordinário na justiça comum.

Então, os dois meios devem vislumbrar o fim F, que se traduz no respeito ao direito fundamental do *ius honorum*. Mas, enquanto o meio M2 apenas pugna pelo pleno exercício dos princípios do devido processo e juiz natural, sem influenciar o princípio da probidade administrativa, endossando-o em verdade, o meio M1 pugna pelo alcance da probidade, infringindo, novamente, o princípio do devido processo legal substantivo, além do princípio da legalidade e ampla defesa.

Assim, o direito fundamental do *ius honorum* será otimizado na maior medida possível se escolhido o meio M2. Destarte, sob a visão da otimização, somente M2 deveria ser permitido, enquanto M1 proibido. Ocorre que, em contrapartida, argumenta-se que M2 poderia ferir o princípio da celeridade inerente ao processo eleitoral, importando em uma insuficiência do elemento da necessidade à resolução da ponderação.

Destarte, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – ou ponderação estrita – é exatamente a forma de efetuar o controle desse dever de otimização no caso concreto. E, analisando o assunto tratado no presente artigo, o que se percebe é uma descarada desproporcionalidade quando a Justiça Eleitoral declara inelegível um determinado candidato em função da desaprovação de suas contas, sem que lhe tenha sido garantido o contraditório e ampla defesa a respeito do principal elemento que motiva a declaração de inelegibilidade, fundamentando tal decisão no entendimento “em tese” do que constituiria o “ato doloso de improbidade administrativa” por ele praticado, ou ainda pior, efetivando um provimento jurisdicional sobre um fato – improbidade dolosa – que foge da sua alçada de competência.

Como percebe Marilda de Paula Silveira, até o momento em que o gestor público decide pela candidatura, tem contra si apenas uma decisão que rejeita suas contas, que, eventualmente, pode acarretar alguma sanção pecuniária (SILVEIRA, 2016). Num cenário ideal (de quem não poderia alegar o desconhecimento do direito), ele até deveria ter ciência da potencial inelegibilidade que pudesse lhe alcançar, sendo certo, em todo o caso, que sobre ele também não penderia qualquer imputação de improbidade e, menos ainda, do cometimento de ato ímprobo doloso (genérico ou específico) (SILVEIRA, 2016).

Dessa forma, até aqui o agente político não teria oferecido defesa ou sequer produzido material probatório. Tampouco o contraditório seria oportu-

tunizado no procedimento de julgamento de contas (por tal análise não competir aos Tribunais de Contas e ao Poder Legislativo ou por prescindir de defesa técnica por advogado), ou nos registros de candidatura (por não haver instrução probatória sobre os fatos ou por não incumbir à Justiça Eleitoral tal avaliação) (SILVEIRA, 2016).

A lei eleitoral necessita da aplicação da regra da lei de improbidade administrativa.

Nesse caso, ainda que o indivíduo imputado pudesse recorrer sobre a decisão de rejeição das contas, não existe mecanismo judicial hábil para tanto, “que declarasse a inexistência de improbidade ou de dolo” (SILVEIRA, 2016). Também é assim quando imputada a prática de atos de improbidade dolosa no registro de candidatura, pois não existem opções para dismantelar a decisão.

Marilda Silveira aponta que o respeito ao preceito constitucional do devido processo e, por conseguinte, do juízo natural envolve, para além da garantia de contraditório,

“ampla instrução probatória e a clareza quanto aos potenciais resultados do julgamento, para que os eventuais afetados não sejam surpreendidos com uma decisão unilateral e abrupta do Poder Público” (SILVEIRA, 2016).

Veja-se que tanto a regra da lei eleitoral quanto a da lei de improbidade não rivalizam, pelo contrário, complementam-se, na medida em que a lei eleitoral, para que seja aplicada em sua plenitude, necessita da aplicação da regra da lei de improbidade administrativa. Não havendo o cumprimento da regra da lei de improbidade – de que a declaração de ato doloso de improbidade só pode se dar na forma da lei de improbidade –, a lei eleitoral não pode ser aplicada, uma vez que a irregularidade de que trata a alínea g não estaria

caracterizada como ato doloso de improbidade administrativa. Isso tudo é reforçado por princípios como o do devido processo legal, que na sua amplitude abrangem os princípios do contraditório e da ampla defesa e do juiz natural.

Nessa esteira, é patente afirmar: a alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, com os acréscimos da Lei Complementar nº 135/2010, é multiplamente inconstitucional. Aliás, como bem aponta Cyrineu, o problema reside no fato de que o sistema constitucional dedicou a improbidade administrativa apenas e tão somente ao exame exclusivo do Poder Judiciário, concebendo-o, portanto, “única instituição habilitada a dizer se um cidadão cometeu conduta ímproba” (CYRINEU, 2017).

Considerando, portanto, que foi dada ao Judiciário a palavra em caráter exclusivo, é seguro dizer que não compete à Justiça Eleitoral determinar o que constitui “ato doloso de improbidade administrativa de natureza insanável”. Porquanto a Constituição estabelece o devido processo legal, o vocábulo “devido” deve ser entendido como o processo legal regulamentado na Lei de Improbidade, que designa, sob a égide do princípio do juiz natural, que a autoridade competente para processar e sentenciar o cidadão por ato de improbidade é o juiz da causa, seja este da Justiça Comum Estadual ou Federal, e não os Tribunais de Contas ou a Justiça Eleitoral. O juiz natural é, por consequência, aquele já indicado no art. 17 da Lei de Improbidade, com ampla dilatação probatória.

Assim, sob a égide da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, observando a teoria elencada por Robert Alexy, constata-se que o meio utilizado pela norma da alínea g é inadequado, sopesando-se com os princípios da probidade, devido processo, contraditório e ampla defesa e juiz natural. Estes são, por sua vez, direitos fundamentais com caráter de princípio fundante da Constituição e que se mostram

profundamente atingidos através da aplicação da referida norma. A celeridade do processo eleitoral como argumento contrário não prospera, na medida em que a atribuição da comprovação do dolo não é da Justiça Eleitoral, ainda que a declaração da inelegibilidade ocorra na seara eleitoral.

Ademais, tratando-se de direito fundamental que diz respeito ao exercício da capacidade eleitoral passiva, quando se pretende sua restrição, conforme Alexy, impera a preservação do seu conteúdo nuclear. E, para além disso, o respeito aos direitos políticos, os quais, ainda que de dimensão prestacional, exercem função precípua de direito de defesa – direitos de defesa do indivíduo ante o Estado, no que diz respeito a liberdade pessoal e propriedade (SARLET, 2015, p. 181-184).

5 Conclusão

A interpretação acerca de qualquer dispositivo legislativo deve levar em consideração os princípios constitucionais como norteadores, sob pena de abalar todo o sistema que neles se alicerça. Dentro desse contexto, a própria hermenêutica dos dispositivos da Constituição demanda a observância de aspectos característicos, destacando-se a otimização da efetividade a ser oferecida, em especial, aos direitos fundamentais com caráter de princípios.

Considerando que podem existir colisões entre os princípios envolvidos em uma dada circunstância, impende a utilização da teoria da ponderação oferecida por Alexy, objetivando possibilitar a aplicação da máxima otimização dos princípios com uma garantida cientificidade, sendo este um dos maiores méritos do autor. Além disso, ofereceu um caminho racional para solução de colisões, desenvolvendo um método plenamente aplicável em casos concretos.

A ponderação consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios,

em que se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto. Foi o que se propôs este estudo, ao escolher como partida e análise a disposição da hipótese de inelegibilidade relacionada ao processo de prestação de contas, estabelecida na Lei Complementar nº 64/1990, em seu art. 1º, inciso I, alínea g.

Com efeito, muitas discussões têm sido travadas acerca do tema, por força dos aspectos subjetivos apresentados na redação atual do referido diploma, em função das alterações legislativas decorrentes da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), quais sejam a configuração de uma irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, impactando diretamente a restrição do *ius honorum* e de demais direitos fundamentais envolvidos, o que torna imprescindível uma análise conforme a Constituição.

Os questionamentos que envolvem o Direito Eleitoral são muito perigosos, pois cogita-se da democracia e, ainda, da observância do devido proces-

so legal. Nesse sentido, há que se falar em devido processo como garantia à inelegibilidade, isto é, sobreleva notar o perfil estabelecido pela Constituição aos princípios fundamentais, estendendo seus efeitos não só para os processos de natureza penal e civil, mas também para a seara administrativa, incluindo-se os de cunho político, como é o caso da prestação de contas. Mister, ainda, por envolver restrição ao direito fundamental de participação política.

É notório, inclusive, que o sistema carece de maiores aperfeiçoamentos no sentido de garantir um processo administrativo que efetivamente persiga a verdade material, contemplando o amplo direito de defesa e com a participação de todos os agentes envolvidos na gestão, também daqueles cujas condutas necessitam maiores esclarecimentos, ainda que indiretas ao ato irregular, tudo com vistas a identificar o que, de fato, levou à desaprovação da respectiva conta. Pois, uma vez que se trata de direitos políticos, intrinsecamente ligados aos direitos de cidadania, estar-se-á tratando diretamente de democracia representativa e da proteção do próprio Estado Democrático de Direito. ■

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002a.
- _____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002b.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BITENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- CAMMAROSANO, Márcio; UNES PEREIRA, Flávio Henrique. Improbidade e esvaziamento do dolo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, fev. 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio Avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CYRINEU, Rodrigo. Da inconstitucionalidade da alínea “g” da Lei da Ficha Limpa por violação ao postulado da reserva de jurisdição em matéria de improbidade e do due process of law. In: Ciclo de Debates da Abradep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Belo Horizonte, 10-11 maio 2017.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. Conflitos no Direito. *Conjur*. 2 mar. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 27 out. 2017.
- LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva Série IDP. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVEIRA, Marilda de Paula. STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade? *JOTA*. 7 ago. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.