

## O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL

*Sérgia Miranda*

*Juíza Substituta do TRE-CE e Professora  
de Direito Eleitoral da UNIFOR*

I – Introdução. II – O princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988. 2.1 – Conceito e dimensões dos direitos fundamentais. 2.2 – Significado dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2.3 – O princípio da presunção de inocência como direitos fundamentais. III – Os direitos políticos na Constituição Federal de 1988. 3.1 – Dos direitos políticos. 3.2 – Dos direitos políticos como direitos fundamentais. 3.3 – Do princípio da presunção de inocência aplicado às inelegibilidades. V – Conclusão

### I – INTRODUÇÃO

Em 2004, o povo brasileiro foi chamado às urnas para escolher Prefeitos, Vices e Vereadores, cumprindo preceito constitucional de revezamento, no Município, daqueles que representam o PODER constituído pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto de todo brasileiro nato ou naturalizado apto ao exercício dos direitos políticos.

Naquela ocasião, assistimos, perplexos, às notícias que circulavam nos veículos de comunicação, dando conta da representativa quantidade de candidatos cuja vida pregressa não era compatível com o cargo a ser exercido, quer no âmbito da Administração executiva, quer nos Parlamentos Municipais. Tal incompatibilidade não se referia somente a atos de improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública, mas também a delitos de grande potencial ofensivo, notadamente ao que se denominou de crime organizado ou de organizações criminosas.

Os Juízes Eleitorais, a quem competia a direção do pleito em primeiro grau de jurisdição, ficaram inquietos com a impossibilidade de indeferir registros de candidatos com pesadas penas a cumprir, alguns com mais de uma condenação em crimes dos mais variados matizes, a exemplo de homicídio, tráfico de drogas, estupro e crimes contra o patrimônio. Principalmente, quando se sabe que a escolha de candidatos é feita pelos Partidos Políticos, em convenções realizadas no mês de junho do ano eleitoral cujo poder de decisão está afeto à esfera interna das agremiações partidárias.

Coube à Justiça Eleitoral referendar tais postulações, apesar da relutância de alguns Tribunais Regionais Eleitorais, os quais chegaram a ratificar decisão de indeferimento do registro de candidato, como se vê no Acórdão 159, classe 4, do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, em que o candidato a Prefeito respondia a ações penais por crimes de tráfico de drogas, formação de quadrilha, estelionato, falsidade ideológica e outros, julgados, porém, nenhum com trânsito em julgado. No caso em comento, somando-se as penas das condenações, o candidato deveria cumprir mais de 60 (sessenta) anos de reclusão.

O Acórdão de Rondônia foi reformado pelo Tribunal Superior Eleitoral por intermédio de decisão monocrática da lavra do Ministro Luiz Carlos Madeira que concluiu: ‘não é incumbência da Justiça Eleitoral emitir juízos sobre a probidade dos candidatos a

mandatos eletivos, mas unicamente aplicar a Lei de Inelegibilidade que se edite com base nas diretivas do art. 14, § 9.º, da Constituição. Na eleição de 2006, o brilho da inteligência dos Ministros Carlos Ayres Britto, César Asfor Rocha e José Delgado trouxe nova interpretação ao dispositivo da Lei Complementar n.º 64/90, sinalizando para a viabilidade, em sede de Jurisprudência, de uma maior depuração no que se refere à qualificação dos candidatos.

O presente trabalho tem a intenção de chamar à reflexão os operadores do Direito Eleitoral, para que se preocupem com a ética da interpretação constitucional ou a interpretação ética da Constituição, a fim de que a Justiça Eleitoral, com ou sem a Reforma Política, possa cumprir o papel histórico que lhe é reservado no próximo pleito, contribuir com os Partidos Políticos na construção de um elenco de candidatos que apresentem vida pregressa compatível com o cargo a ser ocupado.

## **II - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **2.1 – CONCEITO E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não tem sido uma missão fácil aos constitucionalistas emitir um conceito enxuto de direitos fundamentais, dificultando ao pesquisador aventurar-se em águas tão inseguras. Konrad Hesse, citado por Bonavides (2001, p.514) ensina que ‘criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana’ é aquilo que os direitos fundamentais almejam.

Bonavides leciona que direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. Carl Schmitt, também citado pelo autor, estabeleceu pelo menos dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. Pelo primeiro, podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados na Constituição. Segundo, são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, constituindo-se em direitos imutáveis ou de mudança dificultada, ou seja, direitos unicamente alteráveis mediante emenda à Constituição.

Diz ainda Carl Schmitt que, do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Vale dizer, cada Estado tem os seus direitos fundamentais vinculados à concepção de Estado adotada na Constituição. Caso não haja carta política escrita, o Estado observará os tratados e convenções internacionais a que aderirem, observando, em regra, o princípio da dignidade humana, vetor primordial dos direitos fundamentais.

Klaus Stern, citado por Sarlet (2003, p. 63) leciona:

As idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos do poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.

Para Sarlet, o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, lançando-se assim as bases do núcleo material das primeiras Constituições escritas, cunhadas no liberalismo burguês.

Os direitos fundamentais, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, constituem não apenas parte formal, mas elemento nuclear da Constituição material, consagrando-se a intimidade entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.

Assim qualificados na nossa Constituição, os direitos fundamentais integram as normas materiais da Carta situadas no nível máximo da hierarquia, protegidas por técnicas processuais de controle da constitucionalidade, revelando-se como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário. Conforme Martins Neto (2003, p. 81):

... eles são, na medida do seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores.

Encontram-se os direitos fundamentais no rol dos direitos subjetivos, compondo um grupo especial que é a sua qualidade de fundamental em contraposição a outros não-fundamentais. Isso significa que os direitos fundamentais em uma acepção hierárquica possuem um *plus*, um diferenciador em relação aos demais direitos catalogados na Carta Magna, constituindo-se no fundamento de validade (no sentido de legitimidade) do texto constitucional, que é a convicção por parte da coletividade de uma ordem constitucional justa e intrinsecamente boa, formando com as idéias de soberania popular a base do Estado Democrático de Direito, conforme ensina Canotilho (1991, p.115).

O caráter de superioridade e imunidade legislativa não é, entretanto, suficiente para caracterizar uma norma constitucional como direito fundamental, sendo necessário observar os limites materiais do poder constituinte reformador, que na Constituição de 1988 encontram-se expressos no art. 60, § 4º, assim: *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais*. Vê-se que a Carta consagra limites materiais ao poder de reforma das normas de direitos fundamentais, daí o emprego entre os constitucionalistas do termo cláusulas pétreas.

Para Bullos (2007, p. 401), os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. Ao final, acrescenta o autor que sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive.

Assim é que não podemos dissociar os direitos fundamentais do ordenamento jurídico como um todo, por constituírem a base do Direito, fonte de onde jorram os demais direitos ditos não-fundamentais.

A doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII serviu de raiz para os direitos fundamentais da primeira dimensão, através de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, segundo o qual a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo. Os direitos de primeira dimensão valorizam o homem individualmente, o homem como senhor da sua vontade de ir e vir, o homem da sociedade mecanicista, opõem-se ao Estado, traduzindo-se como faculdade ou atributo da pessoa, sendo seu traço primordial o subjetivismo.

Neste rol, assumem especial relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Podemos ainda citar a liberdade de expressão, dentre elas a liberdade de imprensa, manifestação, reunião etc, a participação política e a correlação entre a capacidade eleitoral ativa e passiva, surgindo aí a íntima relação entre direitos fundamentais e a democracia.

Com a industrialização, a organização dos Estados e o recrudescimento dos problemas econômicos e sociais embalados pela doutrina socialista e a constatação de que a consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não era suficiente para a garantia do seu efetivo gozo, surgem, no início do século XX, os direitos de segunda dimensão cuja tônica primordial não era a liberdade do e perante o Estado, e sim da liberdade por intermédio do Estado (SARLET 2003 p. 52).

Ensina Bonavides (2001, p. 518) que tomam corpo os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos da coletividade, os quais nasceram abraçados com o princípio da igualdade. A preocupação passa a ser com instrumentos garantidores da eficácia dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade, na medida em que sem o exercício desses direitos teríamos apenas uma ficção jurídica e não uma realidade institucionalizada.

Bonavides (2001, p. 521) afirma que a importância das garantias institucionais é que elas revalorizam sobremodo os direitos da liberdade, até então concebidos numa oposição irremediável entre o indivíduo e o Estado, e o fizeram na medida em que se pôde transitar de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida.

O avanço tecnológico, a industrialização dos meios de produção e as diferenças sócio econômicas entre os povos serviram de conscientização no sentido de que as nações estavam divididas entre desenvolvidas (ricas) subdesenvolvidas (pobres) ou em fase de precário desenvolvimento, abrindo espaço para uma terceira dimensão de direitos, assentados na fraternidade no sentido universalizante.

Característica predominante desses direitos é a titularidade coletiva, às vezes indefinida e indeterminável que não visa à proteção do indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. São direitos difusos cuja titularidade, além de muitas vezes indefinida e indeterminada, são tuteladas pelo Estado através dos braços defensores da sociedade sem que haja a provocação de qualquer dos 'titulares'.

Nessa plêiade de direitos encontramos o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e à qualidade de vida, dentre outros. Quanto à garantia desses direitos, reconhece Sarlet (2003 p. 54), ressalvadas algumas exceções, não as encontramos no Direito Constitucional, mas no âmbito do Direito Internacional, como se observa em relação ao relevante número de tratados e convenções internacionais celebrados nessa seara.

Bonavides (2001 p. 524) admite que a utopia do final do século XX com a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica, tem trazido mais problemas do que se poderia prever, pois a sua filosofia do poder é negativa e se move rumo à dissolução do Estado nacional, com o afrouxamento dos laços de soberania e a doutrina da falsa despolitização da sociedade. Mas, a grande preocupação do mestre é com o avanço silencioso da política neoliberal sem nenhuma referência a valores, ao passo em

que reconhece outra globalização política sem a jurisdição e a ideologia neoliberal e que interessa muito mais aos povos a teoria dos direitos fundamentais.

A globalização dos direitos fundamentais que compreendia o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos é entendida por Bonavides como os direitos fundamentais de quarta geração os quais se constituiriam no direito à democracia, à informação e no direito ao pluralismo. Nesse contexto, observa-se que a democracia direta é possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação sustentada por informações corretas e aberturas pluralistas do sistema, isenta de contaminação da mídia manipuladora.

Tratando do mesmo tema Sarlet (2003, p. 60) se confessa cético quanto ao reconhecimento de uma quarta geração de direitos fundamentais, acompanhando o entendimento de constitucionalistas como M. G. Ferreira Filho, J. A. Nabais e Perez Luño, para quem reconhecer esta nova geração de direitos é correr o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu status jurídico e científico, além do desprestígio de sua própria fundamentalidade.

Sarlet chama, ainda, a atenção para a questão da efetividade destes direitos, assim se reportando:

O problema da efetividade, é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encararmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de logarmos outorgar aos direitos das primeiras três dimensões sua plena eficácia jurídica e social.

Temos, pois, que o direito à liberdade e o direito à participação na vida política do Estado são direitos fundamentais, de primeira e quarta dimensões, respectivamente, no entendimento de Bonavides. Sarlet, assim como os demais constitucionalistas citados, divergem do professor cearense apenas quanto ao reconhecimento de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais.

## 2.2 – SIGNIFICADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88.

A Constituição Federal de 1988, escrita no momento em que o país saía de uma ditadura militar, foi a primeira Constituição brasileira que não se originou de uma ruptura com as instituições consagradas em período anterior, como ocorreu com o ato de independência que deu origem à Carta Constitucional de 1824, a queda do Império, com a de 1981, o fim da República Velha e a Revolução de 1930, como a Constituição de 1934, a dissolução do Estado Novo, em relação à Constituição de 1946, ou até mesmo o golpe de Estado de 1967 (BONAVIDES, 2002, p. 455).

Sinale-se, entretanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, ainda não alcançaria a realidade do Estado brasileiro, pois as liberdades individuais davam lugar à preocupação do Estado com a disseminação dos ideais comunistas pregados por Luiz Carlos Prestes e outros, os quais congregavam em suas hostes mais simpatizantes do que era esperado pelo governo de então. Pedia-se o fim de um período negro, onde não existia liberdade do Parlamento, agravada pelo fechamento do Congresso e o famoso *pacote* de 29 de abril de 1977 do Presidente Ernesto Geisel, quando estava em plena vigência o Ato Institucional n.º 5.

A Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições de semelhante prestígio denunciavam a lotação dos presídios com presos políticos, o cerceamento das liberdades individuais, a falta ou inexistência de defesa nos chamados crimes contra a segurança nacional, o desaparecimento de vários simpatizantes das idéias comunistas, enfim, acabava o silêncio obsequioso para dar lugar ao protesto veemente e contundente de toda a sociedade brasileira.

Foi neste clima que, em 08 de agosto de 1977, na Faculdade de Direito das Arcadas, que o jurista e professor paulista Goffredo Teles Junior leu a Carta aos Brasileiros, numa continuidade aos protestos de abril, levados a efeito pela Ordem dos Advogados do Brasil, conclamando a nação a procurar a única via legítima para a restauração das instituições democráticas e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Em 1978, a bandeira da constituinte foi mais uma vez hasteada pela OAB, em congresso realizado em Manaus, vindo a instituição a assumir o compromisso de uma luta sem trégua por uma nova Carta Política e a realização de eleições diretas para a Presidência da República em 1980, trazendo para a mesma arena outras instituições de idêntico porte, como a Associação Brasileira de Imprensa. A campanha deu azo ao movimento pelas Diretas Já, não logrando êxito para as eleições de 1985, resignando-se a nação com a escolha de Tancredo Neves e José Sarney.

Em 28 de junho de 1985, o Congresso Nacional recebeu mensagem do Presidente José Sarney, embalado pelos compromissos assumidos por Tancredo Neves, propondo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, concretizada depois através da Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985.

Em 15 de novembro de 1986, o povo brasileiro compareceu às urnas para eleger os membros da Assembléia Constituinte, composta por 487 deputados e 72 senadores, sendo instalada em 1º de fevereiro de 1987, sob a direção do Ministro Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. No dia seguinte, 02 de fevereiro, o Deputado Ulisses Guimarães foi eleito presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Constituintes dos mais diferentes matizes compuseram o corpo da Assembléia Nacional Constituinte formada de representantes saídos do período de força e outros saídos dos porões dos sindicatos e movimentos sociais ou políticos com a marca forte do período de força. Tivemos, assim, uma plêiade de congressistas interessados em oferecer ao país um ordenamento político que atendesse a todos os interesses ali representados. Uns não desejavam ser alcançados pelos novos ares receando o revanchismo, outros visavam à concretização do sonho de um país democrático e participativo, com as garantias das liberdades a serem consagradas no texto constitucional, o que não se enquadrava na prática até então dominante.

Várias inovações surgiram na Constituição Federal de 1988, dentre elas a situação de destaque dado aos direitos fundamentais, logo após o preâmbulo, demonstrando a superioridade axiológica e hermenêutica do tema, até então nunca abordado de forma significativa no texto político. Na Constituição de 1967, o capítulo dos direitos e garantias individuais era de reduzido espectro em relação à Constituição de 1988, que ampliou o catálogo de direitos fundamentais, destacando-se como inovação das mais significativas já ocorridas na história do constitucionalismo brasileiro.

Analisando a Constituição Federal de 1988, Sarlet (2003, p. 74) observa que a falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, no que diz respeito à terminologia

utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais na nossa Constituição, revelando-se contradições, ausência de tratamento lógico na matéria, ensejando dificuldades de ordem hermenêutica.

Da mesma forma, a ausência de previsão de normas sobre as restrições dos direitos fundamentais e o conflito de normas levaram a doutrina constitucionalista a buscar o direito comparado, notadamente nas Constituições alemã, portuguesa e espanhola.

Assim é que o conflito de normas de direitos fundamentais tem merecido estudo e reflexão de grande parte da doutrina. De um modo geral, há conflitos de direitos fundamentais quando existe uma colisão com o exercício dos direitos fundamentais por parte dos mesmos titulares, aqui entendidos não como um cruzamento ou acumulação de direitos, mas como um autêntico conflito de direitos, no dizer de Canotilho (1991, p. 657).

### 2.3 – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da presunção de inocência é princípio de Direito Penal, elevado à categoria de dogma constitucional, a partir da Carta Política de 1988, é o coroamento do *due process of law*. A sua elaboração conceitual teve origem nas idéias do Marquês de Beccaria, na segunda metade do século XVIII. O estado de inocência foi proclamado há mais de cem anos na Constituição da França e depois espreado no mundo civilizado através do pensamento jurídico-liberal e, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, em seu art. 11, assim transcrito:

‘Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial he has all the guarantees necessary for his defense’.

A Convenção do Conselho da Europa, no inc. 2.º do art. 6.º, trilhou o mesmo caminho ao anunciar:

‘Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law’.

Na Itália, a corrente liberal venceu a agitação da Assembléia Constituinte, aprovando o § 2.º do art. 27 da Constituição italiana, com o seguinte texto:

‘L’imputato non è considerato colpevole sino allá condanna definitiva.’

Entre nós, o princípio da presunção de inocência, tal como ensinado na Declaração Universal, somente foi consagrado na Constituição de 1988, inserido no rol dos direitos fundamentais, através do art. 5.º, inciso LVII, com a seguinte redação:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O ponto de maior relevância no princípio da presunção de inocência reside em não atribuir culpa até que haja sentença penal transitada em julgado, em outras palavras, enquanto o réu não for definitivamente condenado, presume-se a sua inocência. Melhor seria dizer que se trata do princípio da não culpabilidade, pois a nossa Constituição Federal não presume a inocência, apenas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

A proteção da liberdade é o mais importante valor resguardado pela Carta Magna, ao erigir a presunção de inocência à categoria de dogma, inserindo-o no rol dos Direitos Fundamentais, como norma do mais elevado valor cuja segurança jurídica encontra-se preservada até mesmo do legislador face ao óbice intransponível no sentido de macular as liberdades individuais.

Em época como a que se vive agora, com a violência assolando, o princípio da presunção de inocência tem sido objeto de questionamentos acirrados, pois se lavado às últimas conseqüências não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo, afinal, como admitir um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*jûris et de jure*), a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se tratar de uma presunção relativa (*jûris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal, conforme ensinamento de Mirabete (2001, p. 41).

Mirabete (2001, p. 42) ensina que atualmente existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarada a sua culpa por uma sentença transitada em julgado. Até porque a Constituição Federal não presume inocência, apenas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória'. O respeitado autor, professor paulista e ex-Procurador da Justiça do Estado de São Paulo, vai mais além ao lecionar com palavras de Carlos J. Rubianes que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque a inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva.

A par de toda discussão e observando a largueza do dogma constitucional e suas conseqüências no processo penal, observam-se efeitos importantes no procedimento penal, tais como: a prisão provisória deixa de ser a regra e passa a ser a exceção. Ora, se o réu é presumivelmente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode ser preso no curso do processo, sob pena de violação ao princípio constitucional, mesmo que não possua bons antecedentes e seja reincidente (Tourinho Filho, 1989, p. 63). Da mesma forma, não pode ter seu nome inscrito no rol dos culpados até que a sua culpabilidade seja concretizada definitivamente através da irrecorribilidade da decisão condenatória.

Questionando-se a abrangência do princípio da presunção de inocência é possível se chegar à conclusão de que a simples instauração de procedimento penal macula-o, ou, toda prisão antes do trânsito da sentença condenatória é ilegal e inconstitucional. Não é assim que a doutrina e a jurisprudência dos nossos Tribunais interpretam esse princípio.

É inquestionável a legalidade do inquérito policial para apurar a autoria e materialidade do delito, como também a eficácia da prisão preventiva e da prisão provisória no combate ao crime e na tentativa dos órgãos jurisdicionais de contribuir para a onda crescente de violência observado no nosso país ultimamente. Ao estudioso das mudanças sociais não é demais concluir que hodiernamente os rumos do Direito Penal (despenalização de condutas, intervenção mínima do Estado, benefícios na execução das penas etc) seguem caminhos inversos aos do crime organizado, cada dia mais aparelhado para atacar o patrimônio dos cidadãos através do tráfico internacional de entorpecentes, seqüestro,

corrupção, administrações desastradas, escândalos de todos os matizes expondo as vísceras da miséria de muitos em detrimento das regalias de poucos.

Mirabete (2001, p.42) aponta como conseqüências do princípio da presunção de inocência: a) a restituição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).

A reflexão sobre este tema no âmbito do processo eleitoral surgiu com mais veemência nas eleições municipais de 2004, quando os editoriais dos mais respeitados jornais brasileiros noticiavam o crescente número de candidatos a Prefeitos e Vereadores condenados em mais de um processo cujas sentenças ainda não transitaram em julgado, especialmente em Rondônia, Rio de Janeiro e São Paulo. Os Tribunais Regionais Eleitorais se referiam a candidatos com condenações graves, e a intenção cada dia mais cristalina de se formar uma representação parlamentar eleita com o voto dos presídios e familiares de presidiários cujo interesse, não é difícil concluir, se revestiria na defesa de um sistema penal e penitenciário calcado na facilitação de meios legais para favorecer ao crime e a impunidade. Era a busca da legalização do estado paralelo, assim definido pela mídia.

### **III – OS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

#### **3.1 – DOS DIREITOS POLÍTICOS.**

No contexto da democracia representativa, Niess (2000, p. 19) define os direitos políticos como regras básicas concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito.

Para Ramayana (2005, p. 58), os direitos políticos têm natureza jurídica de direitos públicos subjetivos e essa denominação se dá em razão do objeto ou do bem tutelado pela ordem jurídica, que lhes confere a natureza pública. O constitucionalista Silva (2000, p. 347) entende os direitos políticos de modo mais abrangente, quase como sinônimo de Direito Eleitoral, na medida em que estipula regras que abrangem o conjunto de problemas eleitorais. Para Cândido (2003, p. 28), o conceito de direitos políticos liga-se à faculdade ou a garantia que tem o cidadão de integrar ou participar, direta ou indiretamente, da organização administrativa do Estado, pela via eletiva ou de nomeação, do modo como previsto em lei.

Observa-se, assim, que o núcleo fundamental dos direitos políticos se consubstancia no direito de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo em seu sentido estrito, e é essa característica que nos leva à possibilidade de falar em direitos políticos ativos e direitos políticos passivos, não se constituindo em mera divisão, mas em modalidades do exercício dos direitos políticos, conforme lição de José Afonso da Silva (2000, p. 348).

Silva (2000, p. 349) ensina que não se devem confundir direitos políticos ativos e passivos com direitos políticos positivos e negativos. Os primeiros dizem respeito às normas que asseguram a participação no processo político eleitoral e nos órgãos governamentais através das instituições configuradoras do processo eleitoral, quais sejam: direito de

sufrágio, sistemas e procedimentos eleitorais, envolvendo, portanto, as modalidades ativas e passivas.

O segundo grupo constitui-se de normas que importam na privação de participação no processo político e nos órgãos governamentais, negando ao cidadão o direito de eleger e ser eleito ou exercer atividade político-partidária ou função pública. Pode se dar através da perda ou da suspensão dos direitos políticos. A Constituição de 1988 afastou a possibilidade de cassação da cidadania, qualquer que seja a situação fática ou jurídica dos membros do corpo eleitoral.

Quanto à forma de aquisição dos direitos políticos é importante saber se se constitui em atributo inerente a todo brasileiro ou se é uma situação jurídica obtida ao longo do tempo. Ensina a doutrina que para se adquirir a plenitude dos direitos políticos há etapas a serem vencidas, sendo uma delas a que vincula o homem ao Estado brasileiro, pois a condição de brasileiro, nato ou naturalizado, é indispensável para a aquisição dos direitos políticos.

Vencida essa primeira fase, temos em seguida o alistamento eleitoral que depende de iniciativa da pessoa e pode ser aos 16 anos, facultativamente, ou aos 18, obrigatoriamente, momentos em que o nacional passa a integrar o corpo jurídico eleitoral do Estado, com direito à participação no processo de escolha dos representantes, entretanto, ainda não pode participar da eleição na qualidade de candidato, exceto se já completa 18 anos no ano eleitoral, tendo como referência a data da posse, segundo o art. 11, § 2.º, da Lei n.º 9.504/97.

Por último, a idade mínima para se tornar elegível (art. 14, §3º, da Constituição Federal) é de 18 anos para se candidatar a Vereador; aos 21, incorporam o direito de ser votado para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; aos 30 anos, obtém a possibilidade de ser eleito para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; e, finalmente aos 35 anos o cidadão chega à plenitude dos seus direitos políticos com a possibilidade de eleger-se Presidente e Vice-Presidente da República e Senador.

Na lição de Cândido (2003, p. 28), é através dos direitos políticos que se unem sociedade e Estado, partindo do fato de que o sujeito, unidade do corpo social, com o pleno gozo dos direitos políticos, pode integrar ou participar, pela via eletiva ou de nomeação dos poderes do Estado, bem como usufruir os seus benefícios, alcançando a posição de maior beneficiário das preocupações e do exercício da atividade estatal.

Com a obtenção da plena capacidade política, o nacional adquire o exercício dos direitos políticos positivos, mas é necessária a obediência às normas gerais constitucionais, visando à conservação desses direitos, caso contrário, eles serão perdidos ou suspensos, gerando os chamados direitos políticos passivos, como se vê do art. 15 da Lei Maior.

A cassação encontra vedação expressa no texto constitucional (art. 15) cuja redação deveu-se muito mais à homenagem prestada pelos constituintes ao expressar no texto que o Estado brasileiro, por este ato normativo, rompia com um histórico de autoritarismo e vilipêndio aos direitos individuais da antiga Carta.

É, pois, pelo exercício dos direitos políticos que o Estado obtém a sustentação do sistema democrático, cumprindo à Justiça Eleitoral cuidar para que os cidadãos brasileiros tenham esses direitos respeitados, promovendo o liame entre o princípio democrático e o

tratamento de cidadania ativa. Assim é que a reflexão sobre a possibilidade da Justiça Eleitoral não acolher o registro de candidatos já condenados criminalmente é da maior relevância no momento atual, especialmente quando estamos às vésperas das eleições municipais de 2008.

### 3.2 – DOS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Vimos, pois, que os direitos políticos são verdadeiras prerrogativas jurídico-constitucionais, com natureza de direito público subjetivo, conferindo ao cidadão o *status activae civitatis* (cidadania ativa) traduzido no grau de participação no cenário governamental do Estado.

Comentando o art. 48 da Constituição Portuguesa, Canotilho (2007, p. 664) ensina que os direitos políticos são direitos de cidadania, ou seja, direitos dos indivíduos enquanto cidadãos, enquanto membros da República, que é o mesmo dizer, da coletividade politicamente organizada e são simultaneamente parte integrante e garantia de princípio democrático, constitucionalmente garantido.

Em lapidar e didático voto, no RO n.º 1.069 – Classe 27.<sup>a</sup> - RJ (Acórdão TSE, publicado em 20 de setembro de 2006, em sessão), o Ministro Carlos Ayres Britto leciona que a Constituição Federal lida com os direitos políticos como uma categoria de direitos subjetivos que integram a lista dos direitos e garantias fundamentais, mas, gozando de um perfil normativo próprio. Não se confundem com o regime jurídico dos outros direitos e garantiam também chamados de fundamentais, a teor dos direitos individuais e coletivos e os direitos sociais, e, já antecipa que o particularizado regime jurídico de cada bloco ou categoria de direitos e garantias fundamentais obedece a uma lógica diferenciada.

O princípio da presunção de inocência, assim como posto na Carta, encontra-se alinhado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, portanto, se dirige ao indivíduo enquanto pessoa, atingindo a todos diretamente. Os direitos políticos encontram-se fora do elenco traçado no art. 5.º da Lei Maior, e não se destinam imediatamente a pessoa, em um primeiro momento servem de sustentação a soberania popular e à democracia representativa, para depois atingir o indivíduo enquanto detentor de cidadania ativa.

Para o Ministro Ayres Britto, os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecerem imediatamente a si mesmos. Aqui o exercício dos direitos políticos não é para servir imediatamente a ninguém, mas para servir imediatamente a valores: os valores que se consubstanciam, justamente, nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa.

Sarlet (2003, p.61) ensina que os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana. Refere o autor que se fala em uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua dimensão abstratamente universal.

Já é possível concluir, a teor do voto vencido do Ministro Ayres Brito, que os direitos políticos de eleger e de ser eleito se caracterizam por um desaguadouro impessoal

e coletivo, portanto, não se pode pretender que o mesmo grupo de direitos ditos fundamentais receba tratamentos iguais, na medida em que ao julgador cabe examinar cada caso em particular.

### **3.3 – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APLICADO ÀS INELEGIBILIDADES.**

Em seu Comentário Contextual à Constituição, Silva (2005, p. 228) ensina que as inelegibilidades têm por objeto *proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta* (art. 14, § 9º, da Constituição Federal). Possuem, portanto, um fundamento ético evidente, tornando-se ilegítimas quando estabelecidas com fundamento político ou para assegurar o domínio do poder por grupos, como já ocorreu na História do Brasil.

O citado constitucionalista conclui afirmando que o sentido ético das inelegibilidades correlaciona-se com a democracia, não podendo ser entendido como um moralismo desgarrado da base democrática do regime que se instaure. Assim é que o registro de candidatura de candidato com condenação criminal não transitada em julgado deve servir, abstratamente, para proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando a vida pregressa do candidato e a legitimidade das eleições.

Creio, acompanhando o entendimento do Ministro Ayres Brito, que é chegado o momento de se aplicar ao Direito Constitucional Eleitoral a denominada interpretação ética da Constituição ou de ética da interpretação, compatível com a função emancipadora do direito, numa exegese voltada ao verdadeiro detentor do PODER, o povo, a quem cabe a parcela de maior sacrifício no combate à violência e ao crime organizado. Dar ao princípio da presunção de inocência a mesma largueza de interpretação no processo eleitoral que se dá ao processo penal é fechar os olhos para a realidade gritante, cabe a Justiça Eleitoral a depuração ética no registro de candidatas, o que não significa substituir os Partidos Políticos quando da indicação das listas de candidatos, entretanto, não pode ser omissa.

No mesmo acórdão e em voto da lavra do Ministro César Asfor Rocha temos que no procedimento de habilitação dos candidatos aos postos eletivos, a atenção da Justiça Eleitoral não deve se focar tão só, unicamente e apenas na identificação dos cidadãos eventualmente condenados por decisões criminais irrecorríveis, sobre esses paira certeza jurídica suficiente e dúvida não há de que se encontram alcançados pela inelegibilidade prevista no art. 1º, I, 'e', da Lei Complementar 64/90.

Tenho a firme convicção de que os votos dos respeitáveis membros da Corte Superior Eleitoral não tiveram a pretensão de 'andar para trás' no que tange as garantias eleitorais ou mesmo um reviver da Lei Complementar 05/70 que permitia o afastamento do prélio eleitoral daqueles que tivessem contra si instaurado qualquer procedimento penal. Fala-se em sentença penal condenatória, portanto, em provimento judicial pronto e acabado em primeiro ou segundo grau de jurisdição, apenas não transitado em julgado e não em inquérito policial ou outro instrumento inquisitorial.

E é exatamente por isso que o Ministro César Rocha deixa assentado em seu voto que não discute, até porque não paira dúvida, que a presunção de inocência atua sem restrições no campo do Direito Eleitoral Penal por ser este integrante do direito sancionador cuja abrangência alcança quaisquer condutas infringentes de padrões normativos.

#### IV – CONCLUSÃO

A estrutura judiciária eleitoral inspirou-se no modelo de representação inglês, afastando-se, entretanto, do sistema consuetudinário, mas denotando ajustamento a peculiaridades da concepção representativa sem perder as características de natureza judiciária. Assim sendo, essa nova estrutura é ser permanente quanto ao modo de composição dos órgãos que a integram e se submete ao mesmo regime de periodicidade aplicado às investidas representativas, de tal modo que os magistrados não possam permanecer por prazo superior à duração dos mandatos parlamentares cujo acesso depende da vontade popular. (RIBEIRO, 2000, p. 152).

O mais novo ramo do Judiciário trouxe como característica ímpar a forma de recrutamento dos seus membros. É uma justiça composta por juízes de outras jurisdições, ou seja, pede de empréstimo magistrados da Justiça Comum Estadual e Federal, advogados, Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, confirmando a intenção inicial de manter a isenção dos julgadores, os quais se encontram resguardados na origem através das garantias constitucionais da magistratura. Conseguiu-se um sistema de recrutamento que atende a um só tempo ao princípio político de alternância e ao princípio judiciário da garantia vitalícia.

É essa riqueza representada pela periodicidade das investidas que proporciona um renovar constante da jurisprudência eleitoral, oportunizando que a cada eleição a doutrina do Direito Eleitoral possa ser revisitada com o olhar posto no futuro e os pés calcados na realidade.

Estou certa de que as contribuições dos Ministros Ayres Britto, César Asfor Rocha e José Delgado, especialmente porque o primeiro e o último continuarão a ter assento na Corte Superior nas eleições de 2008, serão decisivas no sentido de afastar do prélio eleitoral os criminosos e usurpadores do poder, a fim de que o povo brasileiro possa viver momentos em que os escândalos editoriais voltem a ser as decepções do futebol, os desapontamentos dos desfiles de beleza, a discussão do sobe e desce das bolsas e a interferência da globalização na vida do brasileiro.

#### Referências bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Antônio Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Cláusulas pétreas*. Brasília: Revista **Consulex**, Ano III, n.º 26, fev/1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional* Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora e São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MARTINS NETO, João de Passos. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- NISS, Pedro Henrique Távora, *Direitos políticos*. Bauru: EDIPRO, 2000.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal* (Vol. 1), São Paulo: Saraiva, 1989.