

Sugestões para reformas legais e jurisprudenciais à concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto: a reforma política e o direito eleitoral

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA

RESUMO

■ O artigo propõe ao debate doutrinário e político, mudanças na legislação e na jurisprudência, para que uma candidatura deixe de ser “uma corrida de obstáculos”, mergulhada em profunda insegurança jurídica. Propõe 15 pontos que demandariam alteração do direito positivo eleitoral (material e processual): diminuição do tempo para o exercício do direito de ação que leve à cassação de registro, diploma ou mandato eletivo; mandato para juízes de TRE’s de 06 anos, sem direito a recondução e com vencimento mensal igual ao dos desembargadores, no que toca aos advindos da classe dos juristas, com impedimento pleno da advocacia durante o período de mandato; recurso especial eleitoral com súmulas próprias e adaptadas aos bens tuteláveis pela justiça eleitoral; previsão legal de que o réu, em todas as ações eleitorais, será ouvido após a oitiva de testemunhas; testemunhas que devem ser intimadas, sempre, por mandado, para deporem em audiência, salvo que as partes peçam dispensa de ordem judicial; proibição de mudança de precedentes, no curso da eleição, *in malam parte* candidato, todavia, mudança benéfica à candidatura deve ser assegurada e aplicada ao pleito em curso; revogação das normas da lei de inelegibilidades que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos; introdução de regra na complementar lei 64/90 que module as penas, entre 04 e 08 anos, e se assegure a detração de tempo inelegibilidade, para que não se exceda o tempo máximo de 8 anos, em qualquer caso; inconstitucionalidade da alínea “g”, por estatuir cláusula com conteúdo abdicatório do poder de legislar.

ABSTRACT

■ *The paper proposes to include changes in legislation and jurisprudence to the doctrinal and political debate so that a candidacy is no longer an “obstacle course race”, plunged in deep legal uncertainty. It proposes fifteen items that would require changes to the positive electoral law (both substantive and procedural): reduction of the time to exercise the right to take legal action, leading to the annulment of an application, diploma or elective mandate; Establishment of a 6-year mandate for judges in the Regional Electoral Courts, without reinstatement and monthly salary equal to that of appellate judges. Those with an attorney background should be fully impeded to practice law during the term of office; Special electoral appeals with own precedent and adapted to safeguarded assets by the electoral justice; legal provision that the defendant will be heard in all electoral legal proceedings after the witnesses; Witnesses must be always summoned by order to testify in court, except when the parties request exemption of the judicial order; Prohibition to change the precedents in the course of the election, in malam parte of the candidate, however changes that benefit the candidacy must be ensured and applied to the election under course; Repeal of the norms of the law of ineligibilities that contradict international human rights treaties; Introduction of a rule in Complementary Law 64/90 to modulate sentences between 4 and 8 years in order to ensure the detraction time of ineligibility, so that the maximum time of 8 years is not exceeded in any case; Claim the unconstitutionality of item “g”, because it establishes a clause with content abdicating the power to legislate.*

■ A reforma política eleitoral positivada em 06.10.17, consubstanciada nas Leis 13.487 e 13.488, alterou as seguintes normas de nossa ordem jurídico-eleitoral: Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral).

Podemos destacar algumas alterações, que em nosso entender tem maior relevância, para os fins do presente trabalho de reflexão:

- o prazo de domicílio eleitoral foi reduzido para seis meses, tal como ocorrido em 2015 em relação à filiação partidária (na redação anterior era de um ano, antes do dia da eleição);
- a nova lei eleitoral reafirmou a impossibilidade jurídica de existência das candidaturas avulsas, com o fim de barrar a discussão em repercussão geral, em curso no STF, nos autos de ARE 1.054.490/RJ;

- poderão concorrer às eleições de 2018 os partidos que forem criados até abril de 2018. Hoje temos 35, e poderemos chegar a 69, segundo estimativas atuais¹.
- a Lei 13.487 criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Seus valores aproximados estão na cifra de 1,7 bilhão de reais;
- outras dois modos de financiamento das campanhas eleitorais foram positivados: (i) o *crowdfunding* (vaquinha pela web) e (ii) a comercialização de bens e serviços, com possibilidade de realização de alguns eventos pelo candidato ou seu partido político;
- foram instituídas duas novas figuras penais no Direito Eleitoral: (i) veiculação de propaganda eleitoral na internet no dia da eleição e (ii) apropriação de valores da campanha para benefício próprio.
- limites de gastos de campanha agora serão definidos por lei congressional, e não mais pelo TSE, por suas resoluções;
- a Lei 13.488/17 permitiu que os candidatos e partidos políticos, façam propaganda eleitoral por meio de “posts impulsionados”;

Não obstante a importância dos temas debatidos e positivados, e que tomaram a atenção de nossos congressistas no texto legal de 06.10.17, entendemos que a grande reforma política a empreender é a reforma do *ius positum* eleitoral, a reforma do direito material e processual eleitoral vigente, tanto em seus aspectos legais, quanto jurisprudenciais e mesmo culturais. E isso na foi tocado na reforma de 2017. E nem nas anteriores. Estamos por fazê-lo.

Assim, para a melhor efetividade dos direitos fundamentais de candidatura e voto, discorreremos sobre alguns pontos de reformas que deverão ser positivadas no Direito Eleitoral, segundo nossa opinião submetida à intersubjetiva crítica dos leitores.

Para nós, a principal reforma “política” reclamável pelos interesses legítimos de nossa democracia constitucional representativa é a reforma de nosso direito e instituições eleitorais, ou melhor, a que reclama a reforma do direito material e do direito processual eleitorais.

O Direito Eleitoral aplicado por nossos tribunais e as suas consequências sobre a validade das decisões populares é que deve ser objeto da mais atenta, séria e refletida reforma política. Ou seja, principalmente as formas jurídicas que positivam a intervenção da justiça eleitoral sobre a validade de registros, diplomas, mandatos e decisões dos colégios eleitorais.

1 Conforme o jurista Henrique Neves, ex-Ministro do TSE, em sua publicação no site Jota: “O Saldo da Reforma Eleitoral”, disponível em 25.10.17, 15h48m, “<https://jota.info/o-saldo-da-reforma-eleitoral-09102017>”.

1º

■ Precisamos de um novo Código Eleitoral (que unifique a matéria eleitoral) e de um Código de Processo Eleitoral, no qual haja unificação de ritos, diminuição de prazos para o aforamento de ações em prol da preclusividade e da segurança jurídica do processo eleitoral e do respeito às decisões de soberania popular.

As “condutas vedadas” devem ter tempo reduzido para exercício do direito de ação ao dia da eleição ou até dez dias depois da ocorrência do fato²; assim como Ação de Investigação Judicial Eleitoral sobre abuso de poder econômico (e AIJE do 41-A), político e abuso dos meios de comunicação, até 15 dias após a data das eleições³, com prazos decadenciais. Abusos cometidos antes do processo de registro deverão ser deduzidos em Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e em seu prazo legal, sob pena de decadência, como defende, há muito, Adriano Soares⁴ e já fora jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral⁵.

2º

■ Devemos positivar regra processual que determine o acatamento de causas supervenientes que suspendam a inelegibilidade propriamente dita, e as que regularizem a quitação eleitoral (que levam a inelegibilidade prática), nos processos de registros (e nos que cassam registros e diplomas), até que se ultime a jurisdição eleitoral junto ao TSE, sendo de se assegurar (por regra legal ou por mutação jurisprudencial) a juntada de documentos e esclarecimentos até mesmo em sede de embargos de declaração ou em recurso especial⁶. Revogando-se a jurisprudência

2 Atualmente este prazo vai até a data da diplomação, cf. art. 73, § 12º, da Lei 9.504/97, o que pode ocorrer até 19 de dezembro, pelo calendário eleitoral do TSE, ou seja, dois meses e meio depois da eleição concluída, o que permite um “armazenamento tático” dos adversários do candidato eleito.

3 Atualmente é assim: art. 41-A, § 3º, da Lei 9.504/97: “A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).”

4 Em seu afamado Instituições de Direito Eleitoral, 9ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 304.

5 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 12676, Acórdão nº 12676 de 18/06/1996, Relator Min. JOSÉ BONIFÁCIO DINIZ DE ANDRADA, Relator designado Min. ILMAR NASCIMENTO GALVÃO, Publicação: RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo 2, Página 119 DJ – Diário de Justiça, Data 16/08/1996, Página 28134.

6 Atualmente, nos processos de registro, não se admite isso, como demonstra o seguinte julgado no Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 45540 - Rio De Janeiro/RJ – Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 30/10/2014.

retrocessiva do TSE, que em 2012, no tema de eleições municipais, admitiu isso somente até a instância recursal ordinária do TRE⁷. Isso, sugerimos, para que seja aceito somente em manifestação da defesa do Réu Candidato, de seu partido ou coligação.

Recentemente, evoluiu a jurisprudência do TSE para dizer que até a data da diplomação seria possível adução de tal causa superveniente⁸. Pensamos que deveria ser até se esgotar a jurisdição do TSE ou do processo eleitoral em si considerado, que pode compreender a apreciação do tema, em recurso extraordinário eleitoral, junto ao STF. Se não mudar a jurisprudência retrocessiva criticada, que a lei a fixe e assim tratará com mais segurança a matéria de causas supervenientes a suspenderem inelegibilidades e outras situações impeditivas equivalentes (como a ausência de quitação eleitoral), eis que jurisprudência do TSE tem se mostrado instável – em vários temas, não só nesse. Aliás, o TSE entendia que somente a inelegibilidade poderia se beneficiar das causas supervenientes à suspensão ou cancelamento de seus efeitos. Não estendia isso para as condições de elegibilidade, nos quais incluía as causas de falta de quitação eleitoral. Isso mudou recentemente, de modo positivo, para se admitir que as condições de elegibilidade, preenchidas supervenientes ao registro, possam ser levantadas para o seu deferimento, desde que se apresentem até o último lanço da fase recursal ordinária, não compreendida a de estrito direito.⁹

3º

■ Mandato para os juízes de tribunal de 06 anos, sem recondução, em qualquer hipótese. Isso nos dará maior estabilidade na jurisprudência eleitoral e eficaz aproveitamento da experiência do juiz que se tornou maduro na e para atividade juseleitoral. E que seja garantida a possibilidade de dedicação exclusiva do Juiz durante o mandato, ao menos ao Juiz tribunalício. Remuneração de quem não é juiz de carreira igual a quem é magistrado, com impedimento à advocacia, durante o tempo de magistratura eleitoral, tendo como parâmetro de vencimento, o vencimento médio entre os magistrados de carreira do tribunal eleitoral.

7 Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 112-28, Mineiros/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, em 7.2.2013.

8 Recurso Ordinário nº 294-62, Aracaju/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, em 11.12.2014.

9 RO – Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014.

4º

■ O recurso especial eleitoral deve ter súmulas e hermenêuticas processuais próprias, devido às peculiaridades evidentes do processo eleitoral, que não comporta largamente ação rescisória (somente nos casos de decisão de inelegibilidade proferida pelo TSE). Resp que deve ter conformada, legislativamente, uma funcionalidade técnico-processual mais própria aos bens tuteláveis nos feitos eleitorais; que precisa ter princípios orientadores diferenciados, devido ao tempo de existência do objeto a que cuidam: mandatos populares e eleições, que tem prazo certo para se exaurirem.

Por exemplo: devem-se conhecer questões de ofício nos recursos de estrito direito na seara eleitoral, ainda que não tenha havido prequestionamento no tribunal “a quo”; e nas matérias que tratam de registro, diploma ou mandato, assim como inelegibilidade, é preciso admitir maior incursão na matéria fática da causa, sem óbices da súmula 7 – STJ, em prol do direito de voto e da candidatura eleita ou em disputa; isso pela ideia de *favor rei*, o *in dubio* pro réu na seara eleitoral, que amalgama, no caso, o povo eleitor e seu candidato eleito ou em campanha, pois ao se nulificar um registro de candidatura, anulam-se todos os votos válidos dados ao candidato nas urnas.¹⁰

5º

■ Embargos declaratórios com efeitos rescindentes (modificativos) ou uso do mandado de segurança de maneira mais apropriada com tais fins, já que não existe ação rescisória contra decisões de todas as instâncias da justiça eleitoral, a não ser para as decisões do TSE que versem sobre inelegibilidade¹¹. Que a lei ou a jurisprudência se encarreguem de positivar essas faculdades processuais, a bem de um devido processo legal eleitoral que preserve mais adequadamente os direitos fundamentais de candidatura e de voto.

10 Ver nosso artigo, para aprofundar esses aportes críticos: “Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica”. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 8, jan./jun, 2013.

11 Conforme Código Eleitoral: Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I – Processar e julgar originariamente: (...). j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecurável, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. (Incluído pela LCP nº 86, de 1996).”

6º

■ Previsão legal expressa do direito do réu de ser ouvido, após a oitiva de todas as testemunhas, bem como o direito de essas serem intimadas judicialmente, notadamente se a parte o requerer de maneira fundada. Como deflui de tratados internacionais, notadamente do Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º, 1, é direito da parte obter o comparecimento compulsório das testemunhas¹². Como se encontra positivado no direito positivo processual interno, cabe à parte levar a testemunha, independente de intimação judicial¹³, o que fere o seu direito à prova e ao devido processo legal, instituindo verdadeira inconveniência na regra doméstica. O direito de serem intimadas judicialmente as testemunhas, nos processos eleitorais, é demais esclarecido na pena do jurista Marcelo Ramos Peregrino, em inovadora obra, *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015. p. 210-211.

7º

■ Necessitamos regra que proíba a mudança de precedentes, que vede a alteração da jurisprudência no curso do ano eleitoral, prejudiciais às candidaturas (eleitas ou não), tanto quando se tratar de preceito material ou de norma processual, para fim de se conferir ao princípio da anualidade eficácia paralisante não só em matéria legislativa, mas também na questão jurisprudencial.

Assim, necessário estabelecer regra processual que impeça a mudança de jurisprudência no curso da eleição que seja prejudicial ao direito de candidatura, por quaisquer de nossas cortes regionais eleitorais, TSE e STF. Regra que impeça que no ano da eleição se altere entendimento benéfico às candidaturas para *in malam parte*, com violação da segurança jurídica assegurada pelo artigo 16 da CF.

12 “Artigo 8º – Garantias judiciais, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, (...) 2. (...) toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...). f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (...)”.

13 Lei complementar 64/90, artigo 22: “V – findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, *as quais comparecerão independentemente de intimação*”.

Embora haja precedente do STF RE-637485, Rel. Gilmar Mendes, no sentido da proposição ora defendida, rico será ao Direito Eleitoral a positivação de norma legal expressa com esse teor garantista.¹⁴

A interpretação *in bonam parte*, que preserve o resultado da soberania popular, poderá retroagir como aplicação dessa garantia constitucional, como se faz em Direito Penal com a chamada *lex mitior, ex vi* dos artigos 2º¹⁵ do Código Penal e 5º, XL¹⁶, da Constituição da República. Ou seja, pode-se admitir a retroação benigna, mas não se pode permitir a retroatividade maligna da interpretação nova. Diante dessa premissa soa estranho julgamento recente do TSE¹⁷, que não aplicou ao passado entendimento mais benigno, alegando óbice decorrente do princípio da segurança jurídica. Justamente a segurança jurídica é garantia para se proteger o grande plexo de liberdades do réu, e não para elevar a capacidade punitiva do Estado ou para abastecer as expectativas punitivas da Sociedade. Trata-se de uma garantia contramajoritária.

Essa garantia de uma interpretação ou aplicação de entendimento *in bonam parte* não pode ser desprezada no processo *penal* eleitoral *não-criminal*, devendo receber o mesmo tratamento do processo que aplica penas de liberdade ambulatoria o processo que aplica penas políticas de AIJE (como são a cassação de registro, diploma e inelegibilidade, além da multa). O TSE, pelo seu plenário, em antológico julgado, de 21.05.15, afirmou: “*As sanções eleitorais, embora não sejam propriamente criminais, enquadram-se no âmbito mais amplo do direito sancionador, de modo que a elas devem ser aplicados, naquilo que pertinente, os princípios penais e processuais penais.*”¹⁸

Exemplo que demonstra a necessidade dessa regra é o julgado “*in malam parte*” (por tal, retrocessivo) do TSE n. RO 401-37.2014.6.06.0000, de 26.08.14, Rel. Min. Henrique Neves, que tematizou o julgamento de contas publicas de prefeito pelo Tribunal de Contas e seus reflexos no plano do direito de candidatura¹⁹.

14 RE 637485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.8.2012. (RE-637485)

15 “Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

16 “XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

17 RO – Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014.

18 Conforme excerto do aresto proferido nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 670-73.2012.6.24.0088 – Blumenau – SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.05.15.

19 No entendimento mais benéfico à candidatura anterior entendia-se, como regra geral, que somente os julgamentos realizados e ultimados pela Câmara de Vereadores poderiam gerar

Esse precedente ocorreu em 26.08.14, 51 dias depois do processo eleitoral iniciado, e menos de 40 dias antes das eleições, e após o prazo para que todos os processos de registro tivessem sido julgados em todas as instâncias da justiça eleitoral (21.08.14).

Ele corporificou mudança jurisprudencial, injustificado “overruling” que levou ao indeferimento de inúmeras candidaturas, cujos registros tinham sido deferidos em primeiro grau nos Tribunais eleitorais no ano de 2014. Como exemplo, podemos indicar decisão monocrática no caso do RO 526-04/SC, em que atuamos como advogado da parte prejudicada no TSE: o candidato a deputado estadual, após ter obtido seu registro no TRE-SC, com base no entendimento consolidado antes de 26.08.14, teve seu registro indeferido por ato monocrático de Ministra junto ao TSE, que aplicou “a nova e prejudicial regra jurisprudencial” aos fatos pretéritos!

Ou seja, no ano de 2014, iniciada a propaganda eleitoral em 05 de julho, vigorava um entendimento, e em meados de agosto mudou o TSE a sua jurisprudência de sorte a confundir todas as previsões das candidaturas em curso, tornando incerta a atividade defensiva e o trabalho dos operadores do direito, mormente dos advogados e seus constituintes, assim como dos magistrados eleitorais das instâncias ordinárias.

Deveríamos ter a seguinte normativa em nossa legislação eleitoral: “Nos processos eleitorais, notadamente os sancionadores, serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma material ou da norma processual eleitorais da forma que melhor garanta proteção do direito de candidatura e de voto, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação se prejudicial a esses direitos fundamentais.”

8º

■ Maximação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta a liberdade de candidatura e a soberania das urnas, com a proibição de uma ação eleitoral iniciar com uma imputação, sobre determinado crivo legal, e, após o debate processual e a sentença, no recurso, inaugurar-se outra classificação jurídica para os fatos, realizando indevidamente uma *emendatio libeli* eleitoral. Precisamos, nos pleitos eleitorais, afastamento da ideia de que o réu apenas se

inelegibilidade. A viragem “maléfica”, no curso da eleição, e retroativa, foi a que mudou tal entendimento para entender que qualquer julgamento efetivado pelo Tribunal de Contas, que não a título de parecer prévio, é apto a embasar adução de inelegibilidade.

defende dos fatos, e não dá classificação jurídica, como em perspectiva crítica leciona o jurista Néviton de Oliveira Batista Guedes²⁰, em importante artigo divulgado em sua coluna *Constituição e Poder*, do site *Conjur*.

Exemplifiquemos: os casos em que as ações judiciais eleitorais discutem “conduta vedada”, com base no inciso VII do artigo 73 da Lei 9.504-97²¹, gastos com publicidade. Como hipótese, vislumbremos ação em que todo o debate se deu desde a inicial à contestação, passando pela sentença, tendo como *thema decidendum* a média anual com gastos de publicidade. Dada a sentença de improcedência, recorre o autor, perspectivando “ex novo” o tema como abuso do poder político, do qual a conduta vedada seria espécie, e toma o teor da publicidade, sua qualidade – não mais como *quantum* de gastos -, para dizer que houve publicidade abusiva, violadora do artigo 74²², da Lei 9.504, etc.

Ora, isso tem sido corrente em nossos tribunais eleitorais, até mesmo juízes procedendo de ofício a essa indevida “emendatio”, que pode trazer julgamentos inválidos pois serão *extra petita*, como demonstra um caso em debate no TSE, em que atuamos como defensores do vice-prefeito em chapa eleita e empossada, relativos à eleição de 2012: o Recurso Especial Eleitoral n. 336-45, de Brusque-SC, relator Min. Gilmar Mendes, em que se improveu o recurso para manter decisão de segundo grau que alocará o tema de abuso de poder econômico, ao lado do tema de conduta vedada.

9º

■ Estabelecimento de regra que imponha o uso restrito e excepcional das presunções em matéria de prova no processo cível eleitoral, notadamente se os julgamentos se derem após as eleições e se tratar de candidatura eleita. É preciso

20 Conforme “Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo Direito”, publicação de 24.09.14, 20:47 h., acesso em 17.02.15, 14:00 h., <http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constitucao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito>.

21 “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...). VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.”

22 “Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).”

restringir o alcance e o uso do artigo 23²³, da LC 64/90, que tem gerado abusos judiciais, notadamente em primeiro grau de jurisdição, para acolher presunções contra as candidaturas, notadamente as eleitas, para sanarem falhas das acusações advindas do ministério público, candidaturas ou partidos adversários aos réus.

Ao assim agir o juiz eleitoral deixa de ser o terceiro imparcial, por sobre as partes em conflito, e passa a integrar, de maneira inconfessa, o lado da perseguição eleitoral, que só cabe aos autores das ações eleitorais. A imparcialidade da jurisdição periclita, quando isso acontece, quando a larga se utiliza o artigo 23 para se admitir fatos não alegados pelas partes ou se tirar conclusões baseadas em presunções sem base legal específica.

10º

■ Precisamos revogar todas as regras de inelegibilidades previstas na vigente LC 64/90 que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos. A exemplo:

1. as alíneas que prevejam a restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fundadas em processos administrativos disciplinares²⁴ e de julgamento de contas públicas²⁵ ou de processos não penais;

23 “Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.”

24 “Art. 1º, I: (...) m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...). o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...) q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

25 “Art. 1º, I, g) 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

- II. positivação de regra legal de vedação para que não haja aplicação da lei ficha limpa a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência (04.06.10);
- III. pedimos a revogação das hipóteses que preveem inelegibilidade nas demissões disciplinares ou exclusões dos órgãos de classe. Todavia, se mantidas pelo legislador, que se introduza a distinção de que só deve haver inelegibilidade apenas nas causas relacionadas com improbidade administrativa ou crimes previstos na legislação eleitoral que gerem inelegibilidade.

Os itens “i” e “iii” pelo fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana preveem a impossibilidade de restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fruto de processos administrativos.

Sabemos que desde 1990, com a Lei Complementar n. 64, tem se aferido inelegibilidades com base na alínea “g”²⁶ – hipótese de inelegibilidade apreciada pela justiça eleitoral tendo em conta o resultado do julgamento de contas públicas efetivado pela casa legislativa (Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa ou Congresso Nacional) ou tribunal de contas, cujo teor foi apenas alterado pela LC 135/10. E também sabemos que nunca se cogitou sequer da inconstitucionalidade de sua redação. Não se desconhece que há 25 anos a LC 64/90 trata de processo administrativo sancionatório a gerar inelegibilidades para candidaturas, sendo que o Poder Judiciário eleitoral, por sua cúpula máxima, o TSE, nunca entendeu inválida essa normativa, pois sob nenhum parâmetro ela foi questionada, seja o constitucional ou o convencional.

Mas afirmarmos a inconvenção da alínea “g” pois há estudos recentes que apontam a possibilidade do controle de convencionalidade de qualquer lei²⁷ pelo Judiciário nacional, e, de outro, sobre a lei ficha limpa, que a contrastam com tratados internacionais de direitos humanos.

26 Art. 1º, I, g, 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

27 Ver MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Estudo com o viés que abrange essas duas perspectivas é o do jurista catarinense Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, na referida obra o *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa – direitos políticos e inelegibilidade*. Aliás, Marcelo Peregrino, em aresto de sua lavra como juiz do TRE-SC (vaga dos juristas), foi o primeiro magistrado brasileiro a reconhecer, em precedente judicial, que é possível sim o controle de convencionalidade em processos judiciais eleitorais. (Acórdão n. 28.812, TER-SC, RECURSO ELEITORAL Nº 670-73.2012.6.24.0088. j. 14.10.13).

O julgamento de contas pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, que pode gerar a inelegibilidade de agentes públicos na alínea “g”, é fruto de decisões tomadas em procedimentos administrativos e não procedimentos judiciais penais.

E processos administrativos disciplinares, de contas, de corporações profissionais são processos não-judiciais e que não podem gerar restrição a direito político fundamental de candidatura ou de voto. Isso por imperativo de garantia convencional. Vejamos o teor da norma parâmetro contrastada pela alínea “g” – parâmetro defluente do Pacto de São José da Costa Rica, que é direito interno para o Brasil, *ex vi* do Decreto Presidencial n 678, de 06.11.92:

“Artigo 23 – Direitos políticos: 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

E vejamos as normas da lei ficha limpa, que podem ser objeto de eventual controle de convencionalidade, e por tal, necessitam de revogação reparadora do Congresso Nacional:

“Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...). “g) 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;(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010). (..). m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) (...). o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

O contraste entre esses dispositivos está no fato de que as normas nacionais eleitorais pressupõe processo administrativo de contas, disciplinar ou corporativo sancionador, e a normativa internacional exige a restrição ao direito à elegibilidade exclusivamente em face de decisão condenatória advinda de processo judicial penal. Ou seja, o Pacto não admite restrição a direito de candidatura com base em decisão tomada em processo administrativo, como é o caso dos julgamentos de contas públicas procedido pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, processos disciplinares e de corporações profissionais.

As normativas das alíneas “g”, “m” e “o” restringem o direito de elegibilidade, o direito político fundamental de candidatura, com base em decisões tomadas em processos administrativos. Daí resulta o contraste inconvenção. Por isso se justifica a necessidade de revogação dessas alíneas.

E nas hipóteses convencionais citadas, a elegibilidade, o direito de candidatura, não pode sofrer restrição com base em decisão condenatória definitiva tomada em processo administrativo, mas somente por decisão tomada em processo judicial, em processo sancionador penal desenvolvido perante Órgão do Poder Judiciário. O legislador e o juiz eleitorais estão vinculados ao cumprimento das convenções internacionais quando estas constituírem direito interno por atos legislativos legítimos, *ex vi* dos artigos 4º, II²⁸, 5º, § 2º²⁹, 49,

28 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos.”

29 “Art. 5. (...) § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (sublinhamos!)

I³⁰, 84, VIII³¹, da Constituição da República c/c com o artigo 23, I.b e 2., da Convenção Americana de Direitos Humanos (decreto presidencial n. 678, de 06.II.92).

O Judiciário e Legislador brasileiros estão comprometidos, no plano interno, a observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E essa Corte Internacional refuta, entende inadmissível a *restrição ao direito de sufrágio passivo (direito de candidatura) baseado em decisões administrativas, tomadas por autoridades administrativas, em processos administrativos*. (conforme Peregrino, em seu *Controle de Convencionalidade e Lei da Ficha Limpa*, ob. cit., p. 255/259).

Assim, nos é lícito concluir: o direito de elegibilidade, o direito fundamental de candidatura, não pode ser restringido com base em decisão tomada em processo administrativo, como são o caso das decisões tomadas por tribunais de contas, processos disciplinares de servidores públicos ou processos ético-corporativos, mas somente por decisões extraídas de processos judiciais penais. Por isso que se apregoa a revogação dos dispositivos citados, como forma de se realizar, no plano interno, a eficácia da convenção americana de direitos humanos.

Sobre o tema da retroatividade da lei ficha limpa e seu contraste com os direitos humanos, o artigo 9^{o32} da CADH – não obstante a declaração de constitucionalidade ocorrida nas ADC's 29 e 30-STF e a sua reafirmação no RE 929.670, em 04.IO.17 – justifica a necessidade de revogação da norma legal ou alteração jurisprudencial sobre o tema, no âmbito do TSE e STF.

II^o

■ Introdução de regra na LC 64/90 que positive a modulação de pena entre 04 a 08 anos, e que haja a detração de tempo de inelegibilidade, quando o tempo final da pena for incerto, durante o exercício do direito de defesa pelo réu, nos processos de improbidade ou nos penais, tal qual sugerido no voto do Relator

30 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

31 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

32 “Artigo 9º – *Princípio da legalidade e da retroatividade* – Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.”

Ministro Luiz Fux, na ADC 30-STF, vencido nesta parte. Não podemos tolerar a inelegibilidade processual, tão bem criticada e revelada por Adriano Soares, em seu afamado blog.³³

12º

■ Limitação legal do número de fatos componentes da causa de pedir e do número de réus em ações eleitorais. Positivização de regras mais rigorosas para que se possa delimitar o cúmulo objetivo ou subjetivo de ações em processos eleitorais. Ou melhor: fatos que não guardem relação de tempo, circunstância, lugar, modo e concorrência de autorias, não deverão ser objeto do mesmo processo. Para tal se faz necessário também a previsão de regra que faculte o seccionamento do processo, seu desmembramento, a requerimento fundado das partes.

13º

■ Asseguramento por lei, de até seis testemunhas por fato, para cada parte, notadamente por cada parte passiva, pessoa física, seja ela candidato ou não, para que não reste a acusação como a moduladora do direito de defesa do réu, diante dos fatos que alega e dos sujeitos que indicará no polo passivo do processo.

14º

■ Sugerimos a revogação da alínea “i”, do inciso I, do art. 1º, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10)³⁴, que prescreve inelegibilidade sem qualquer processo judicial antecedente, por sua evidente violação a garantia constitucional do devido processo legal (5º, LIV, da CF). Pois comina pena sem juízo e sem processo – e sem a perspectiva de procedimento a se instaurar -, além de impor sanção sem prazo certo para exaurimento de seus efeitos. É patente a sua inconstitucionalidade em face da garantia constitucional e convencional do *due process of law*.

33 “A sanção de inelegibilidade e o trânsito em julgado: a nova “inelegibilidade processual”.

34 “i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;”

15º

■ Alteração da alínea “g” – caso não seja revogada totalmente -, que trata do julgamento de contas públicas nos processos oriundos do Tribunal de Contas, para elencar, fixamente, o rol de condutas que se enquadram como aptas a gerar inelegibilidade, sem que a justiça eleitoral, caso a caso, sem devido processo legal antecedente, decida, *ad hoc*, sobre improbidade dolosa, com base em material de instrução (provas e debate argumentativo) em que nunca se debateu improbidade, dolosa ou culposa.

A nosso ver há inconstitucionalidade a ser considerada, que nunca foi objeto de enfrentamento pela doutrina e jurisprudência (as Adc’s n. 29 e 30 não a trataram, por ausência de debates judiciais em controle difuso), que diz respeito à violação aos artigos 2º e 5º, II, 14, § 9º da Constituição da República, dispositivos que tratam do princípio da reserva legal qualificada ou da legalidade estrita e da separação de poderes, eis que a alínea “g”, na forma positivada desde 1990 e alterado em 2010, delega indevidamente ao Judiciário eleitoral o direito de dizer, *ad hoc*, da ocorrência não só de improbidade como de inelegibilidade, sem que haja um critério jurídico seguro antecedente (regras jurídicas claras e taxativas, com os tipos hipotetizados das condutas), além de não haver um devido processo legal a lhe respaldar essa aferição no plano do Tribunal de Contas, pois nele não se discute, no feito administrativo, dolo e/ou improbidade.

Ocorre com a alínea “g” uma indevida delegação legislativa ao Judiciário e uma inconstitucional capitulação do dever de legislar por parte do legislador eleitoral, nos termos postos pela LC 135/10 e sua alínea “g”.

A norma instituída na alínea “g” é autorizativa de delegação ao Judiciário para “constituir/estabelecer ‘ad hoc’ inelegibilidades, e pode ser considerada *norma objeto* em juízo de constitucionalidade. A *norma parâmetro* para aferirmos sua inconstitucionalidade encontra-se no princípio constitucional especial da reserva legal qualificada para a definição de inelegibilidade (artigo 14, § 9º, da CR que exige lei complementar), que densifica o princípio constitucional geral da legalidade/liberdade (artigo 5º, II, da CR), o qual, por sua vez, dá consistência ao princípio constitucional estruturante do Estado de Direito³⁵ (artigo 1º, da CR).

35 Para a compreensão do discurso estruturante sobre princípios constitucionais ver nossos: *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

À lei incumbe definir, com supremacia sobre qualquer ato de cunho judicial, as hipóteses de configuração de ilícitos, inelegibilidades, competências, funcionamento e organização dos órgãos estatais. E essa definição deve conter um certo nível de segurança jurídica e determinabilidade que impeça o juiz de surpreender o cidadão com decisões jurídicas que não haviam sido queridas e/ou tomadas pelo legislador³⁶.

Assim, quando a lei especificar competências, definir restrições a direitos, ordenar atribuições, conferir modos de atuação às autoridades judiciárias, deve fazê-lo de tal maneira clara, precisa e determinada, que não enseje ao juiz, via sentença (ou acórdão), o direito de subverter a ordenação legislativa (o querer ordenante do legislador), ocasionando, com isso, a ocorrência do que a doutrina constitucional chama de cláusulas demissórias ou abdicatórias do poder de legislar.

Ou seja, não poderá o legislador instituir opções legais tão abertas a ponto de permitir ao juiz o exercício de delegação legislativa indevida, concedendo-lhe a faculdade de realizar, via sentença, aquilo que somente ao ato legislativo cumpriria fazer. Ou melhor: é vedado definir a inelegibilidade “*ad hoc*”. Dizer se o ato “configurará” ou não hipótese de improbidade em processo de registro de candidatura, quando isto já deveria ter sido feito com precisão e certeza pelo legislador eleitoral, a quem caberia especificar, taxativamente, quais condutas ou grupo de condutas implicariam este juízo, como a lei fez ao definir os tipos de crimes que gerariam inelegibilidades.

Em outras palavras: quando houver cláusulas legais autorizando a delegação judiciária de competências legislativas (como a de estatuir inelegibilidade), essa autorização legal não deve ser tão exageradamente genérica e imprecisa a ponto de tornar inócuo o próprio regramento normativo estabelecido pelo legislador, que, por ato do juiz, poderá ser de todo subvertido.

A alínea “g”, na forma posta pela LC 135/10, não estabelece o rol de atos que entende como configurável de improbidade, e, delega, indevidamente, tal estatuição, caso a caso, ao Judiciário eleitoral, o que subverte a ordem constitucional, no que toca a exigência de reserva legal qualificada de lei eleitoral estatuidora de inelegibilidades (Lei complementar clara, específica e exauriente quanto à matéria normada!). Insistamos: a generalidade da delegação para estatuir inelegibilidade é tão exagerada na alínea “g”, por ato próprio do judiciário eleitoral, que antes da

36 Rico ler as lições de J. J. Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 372.

lei complementar 135/10 o TSE entendia que não aplicar 25% na educação não gerava inelegibilidade³⁷. Hoje³⁸, com a nova redação da 135/10, se entende que não aplicar os mesmos 25% na educação é ato de improbidade doloso e por tal gera a inelegibilidade.

Assim, o judiciário ficou com “carta branca” para dizer e desdizer o que entende, em cada caso, como sendo ato doloso que configura improbidade e inelegibilidade, em completa subversão da segurança jurídica e da possibilidade de cálculo pelo cidadão de seu enquadramento na “genérica” alínea “g”.

Essa volatilidade de significados, essa abertura sem limites, é que denuncia o vício de invalidade que acoima a alínea “g”. Sua cláusula (in)especificadora de inelegibilidade consagra *conteúdo abdicatório ou demissório do poder de legislar*³⁹, pois não predefine, de forma determinada, precisa e indene de dúvidas, quais atos praticados pelos agentes públicos, e julgados pelas cortes de contas, gerarão inelegibilidades. Essa certeza deveria ser reclamada até pelas Cortes de Contas, para que seus juízes tivessem ideia precisa das consequências “eleitorais” de suas decisões.

Ao dar aplicação judicial a tal dispositivo legal os juízes eleitorais de cada Estado brasileiro subvertem a ordem jurídica eleitoral, regrado “ad hoc” por ato judicial o que o legislador eleitoral deveria ter normado por ato legislativo.

Tendo em conta todas essas premissas teóricas é possível afirmar a inconstitucionalidade da alínea “g”. E por tal deve o Congresso Nacional proceder com sua revogação ou haver a declaração de sua inconstitucionalidade, seja no controle difuso (por qualquer órgão judicial) ou no controle concentrado de constitucionalidade (pelo STF).

As ideias expostas constituem pontos de sugestão ao Congresso Nacional, ao TSE e a OAB, para serem refletidos quando da reforma política de nosso Direito Eleitoral Positivo. Pois é necessário tanto *reformas* na postura hermenêutica do judiciário eleitoral quanto na legislação eleitoral. Reformas que preservem a efeti-

37 RESPE – RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16433 - Cananéia/SP, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, j. 05.09.2000 e Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30169 - Nova Serrana/MG, Relator Min. EROS ROBERTO GRAU, j. 28.04.2009.”

38 AgR-REspe – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7486 - General Salgado/SP, Relatora Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 29.11.2012 e Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 178285 - Belo Horizonte/MG – Relato Min. LUIZ FUX, j. 11.11.2014.”

39 Conforme Gilmar Ferreira Mendes em seu texto “Questões Fundamentais de Técnica Legislativa”, inserido na *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 01, 1993, p. 262-263.

vidade do direito de candidatura e assegurem estabilidade ao decidido pelas urnas populares, com maior respeito ao direito político fundamental de voto.