

O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável

A lei complementar 135/2010, nomeada de Lei Ficha Limpa, tem origem popular (mais de 1,6 milhão de assinaturas), apoio de amplos setores da sociedade civil (OAB, AMB, CNBB, etc) e uma bondade evidente: excluir do processo eleitoral candidatos que tenham uma vida pregressa incompatível com a moralidade para o exercício do mandato político de vereador, prefeito, deputado estadual ou federal, senador, governador ou presidente.

Para realizar essa exclusão política, na prática, definiu novas hipóteses de inelegibilidades, ou seja, situações nas quais um candidato não poderá requerer registro de candidatura à justiça eleitoral se houver praticado aquilo que a lei prevê como vida pregressa incompatível com a moralidade para o exercício de mandato político.

As hipóteses quase unicamente noticiadas pela mídia são as que tratam da condenação em processos por improbidade administrativa e processos criminais. Para tal, as condenações devem se dar por Tribunal, ou melhor, devem se dar por vários juízes, colegiadamente, em único momento de julgamento, não ocorrendo inelegibilidade se for dada apenas por juiz singular, de primeiro grau (salvo se essa decisão houver transitado em julgado). Ninguém dúvida ser politicamente correto que agentes políticos ímprobos ou condenados criminalmente, sentenciados por Tribunal, ainda que com decisão sujeita a recurso, sejam excluídos do processo de escolha em uma eleição.

Todavia, uma questão pode e deve ser feita em nossa democracia constitucional, na qual há controle de constitucionalidade eficiente: poderia o legislador, o Congresso Nacional, ainda que por lei de iniciativa popular, estatuir algumas hipóteses de inelegibilidade constantes da Lei ficha limpa? Quais dos dispositivos politicamente corretos da LC 135/10, perante nossa Constituição e seu sistema de direitos fundamentais, seriam juridicamente inválidos?

O TSE, em 10 e 18 de junho de 2010, ao responder a consultas de parlamentares, deu resposta positiva sobre aplicação neste ano, dizendo que a LC 135/10, inclusive se aplica a fatos passados, como foram os casos de Jader Barbalho e Joaquim Roriz, que renunciaram em 2001 e 2007, respectivamente, para evitarem ou encerrarem processos ético-parlamentares que poderiam levar a cassação de seus mandatos.

O STF, por sua vez, em 22 e 23 de setembro de 2010, apreciando recurso no caso Joaquim Roriz, e em 27 de outubro de 2010, recurso no caso Jader Barbalho, ambos empatados por 05 votos a 05, controverteu sobre vários temas, desde a aplicação neste ano, da nova lei, passando pela possibilidade dela alcançar fatos passados, etc.

Se o STF houvesse aplicado nesses dois recursos a regra do inciso III, do artigo 134, do Código de Processo Civil – que veda ao juiz que deu sentença na comarca, participar do julgamento do recurso no Tribunal como desembargador -, os três Ministros que julgaram esses casos no TSE, deveriam não ter participado dos julgamentos. Ou seja, Ministros Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Marco Aurélio não teriam participado da sessão de julgamento, e o score, em prol da Constituição, ficaria em 03 x 04,



e a política nacional não estaria a sofrer com a insegurança judicial que está a impressionar a cidadãos eleitos e cidadãos eleitores.

Contudo, o Regimento do STF, parágrafo único, artigo 277, autoriza, especificamente, que Ministros do STF, que tenham julgado a causa no TSE, tomem parte do julgamento na Suprema Corte, sem qualquer impedimento de presumida parcialidade. Essa regra regimental contraria as “normas de processo e as garantias processuais das partes” exigidas pelo artigo 96, I, letra “a”, c/c 22, I, 48, caput, da CF, na formulação de regimentos de tribunal, pois viola o devido processo legal, no que toca a garantia de imparcialidade nos julgamentos.

Por outro lado, os cinco votos divergentes do politicamente correto, dados nos dois recursos, pelos Ministros Dias Tofoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cesar Peluso, foram as primeiras opiniões juridicamente fundadas, dadas em rede nacional de televisão (TV Justiça), contrárias a alguns pontos criticáveis constantes na LC 135. Marco Aurélio, já no TSE, em junho, manifestara objeções, também em rede nacional de TV.

Até o julgamento do STF de setembro de 2010, a grande mídia aplaudia esta lei, sem qualquer destaque crítico-jurídico. Presidências da OAB e AMB, exercidas por destacados bacharéis em Direito, referendavam as bondades da lei, sem tratarem, séria e fundamentadamente, de seus eventuais problemas de constitucionalidade. Aliás, não deram a mínima atenção às objeções feitas por membros autorizados da comunidade de eleitoralistas (Adriano da Costa Soares) e constitucionalistas (Eros Grau), dizendo que inelegibilidade não seria pena, mas mero requisito de inscrição de candidatura; a lei não retroagiria, pois foi editada antes do período de registro das candidaturas; a moralidade seria valor jurídico tão alto, que não poderia esperar para só valer na eleição de 2012, etc, etc.

Várias são as agressões que esta lei fez à Constituição vigente. A lei ficha limpa não é “limpa no cartório”, tendo em conta critérios de julgamento das leis que nos fornece a própria Constituição. É uma lei cujo rastro de inconstitucionalidade reclama seja dado a conhecer para o debate público, livre, sério e independente.

A primeira inconstitucionalidade é a que trata de sua aplicação nesta eleição. Já antes mesmo da surpreendente decisão do TSE, de 10 de junho de 2010, nenhum manual de Direito Eleitoral ou de Direito Constitucional referendava a idéia de que lei de inelegibilidade não altera o processo eleitoral. É muito claro que numa disputa política (ou desportiva), qualquer regra que limite o número de disputantes afetará o processo de escolha (ou a competição), o processo eleitoral (a corrida), a relação candidato-eleitor (corredores e público).

Mesmo o STF tinha jurisprudência firme, que foi surpreendentemente mal aplicada no TSE, apenas para conformar o inconformável: dar por aplicável neste ano, o que pelo artigo 16, da CF, era inaplicável. Aliás, a insegurança hoje vivida, não foi ocasionada pelo STF, mas pelo TSE, devido ao criticável expediente de interpretação inconstitucional feito pela maior Corte Eleitoral do País em prejuízo do entendimento consolidado na maior Corte de toda a Justiça brasileira.

Outra agressão às garantias constitucionais foi o fato da lei ficha limpa alcançar fatos ocorridos no passado, emprestando-lhes consequências inesperadas e novas, não existentes no momento em que



foram praticados ou não cogitados nos processos em que foram sentenciados. Agressão violenta às regras constitucionais da coisa julgada, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, e dos princípios da segurança jurídica e ao princípio da não-surpresa e da lealdade e confiança nos atos de Estado. Vide caso Jader em que sua renúncia ocorreu há 09 anos (outubro de 2001), sendo que ele já fora eleito, duas vezes, nesse período, para a Câmara dos Deputados!!!

Tal agressão ao direito político de candidatura não tem exemplo similar em nosso Direito Constitucional ou Eleitoral, e “se a onda pegar” em outras ramos do Direito, poderemos pagar multas de trânsitos por fatos não ilícitos no passado, mas tornados tais no presente; pagar tributos por fatos geradores ocorridos há muito; responder, no presente, por condutas taxadas de crime hoje, mas que no passado, quando praticadas, não o eram. A lei, neste aspecto, tinha endereço certo, era alcançar determinados parlamentares (Jader, Roriz, etc – ACM escapou, pois morreu antes...), que nos últimos anos, renunciaram para escapar a processos ético-disciplinares.

Ora, apuremos casos como esses através das devidas ações penais, ações de responsabilidade por ato de improbidade, procedimentos responsabilizatórios nos Tribunais de Contas, e nas demais vias legais de responsabilização desses agentes. Contudo, utilizar de tais meios o legislador eleitoral, ainda que com apelo popular, é praticar ato juridicamente inconstitucional e moralmente questionável.

Nenhum cidadão fã de futebol aceitaria que no meio de uma partida, o juiz alterasse, com surpresa a todos, as regras do jogo, para atingir um resultado previamente querido por ele! Nas eleições não pode ser diferente, ainda que com alto ruído da claque.

Embora politicamente correto o fim, juridicamente abjeto o meio! Não podemos tolerar leis com esse casuismo. A lei deve ser geral, abstrata e pró-futuro. Pois deve se aplicar a todas as pessoas, indistintamente; prever hipoteticamente uma série relevante de comportamentos vedados, proibidos ou permitidos; e deve valer para o amanhã, para que possamos dela saber com antecedência, e descobriremos, racionalmente, os caminhos do lícito e/ou do ilícito, avaliando previamente seus custos e riscos, nossos deveres, direitos e responsabilidades. Além disso, o legislador, não pode se basear em casos extremos para retirar regras gerais e modelares aplicáveis aos comuns cidadãos, que tem o mesmo nível de falibilidade que qualquer um de nós.

Outra inconstitucionalidade deu-se pela falta de proporcionalidade, de razoabilidade no “tamanho” das penas às inúmeras e diversas condutas que previu a LC 135/10. Das coisas mais ínfimas as mais hediondas; das de menor apelo moral as mais chocantes, a lei estabeleceu para todas, indistintamente, as mesmas penas: 08 anos. É como se para furto de uma caneca de café ou estupro seguido de morte, houvesse a mesma pena, a mais dura é claro: 30 anos! E na lei 135/10, o candidato em reeleição que fez publicidade institucional em período vedado e aquele que comprou votos, e o que cometeu homicídio doloso por motivo fútil, todos terão as mesmas penas de inelegibilidade: 08 anos! Isso não é dosimétrico, proporcional, justo no sentido de razoável!



Outro ponto que merece o repúdio do Direito foi a 135/10 ter fixado que o servidor demitido do serviço por processo disciplinar ficará inelegível, assim como o profissional (médico, advogado, enfermeiro, etc) excluído dos quadros de sua corporação, por processo ético-disciplinar. Os ministros Cesar Peluso e Gilmar Mendes, salientaram, em seus votos, que poderia haver inconstitucionalidade nessas regras.

Tais regras ferem o princípio do devido processo legal e do juiz natural. Jamais se poderá esperar que servidores públicos integrantes de comissão disciplinares, autoridades administrativas com poder de decisão, assim como corporações profissionais, tenham a imparcialidade de juízes e guardem as justas regras de processo; tenham os cuidados que os juízes praticam ao lidar com direitos fundamentais tão caros, como é o direito de elegibilidade.

É muito comum a instrumentalização desses processos para atender ao fim de “limpeza política” de pessoas indesejáveis aos líderes déspotas de plantão, estejam eles no serviço público ou nas corporações profissionais. A crônica advocatícia, na defesa de servidores e profissionais, revela o lado demasiado preocupante e constitucionalmente incorreto desta regra, que fragiliza a democracia e permite que instituições administrativas sejam utilizadas como cavalos de batalha no jogo eleitoral.

A lei também fez distinções arbitrárias e inconstitucionais, sem fundamento na igualdade esperada de um texto legislativo com tamanha repercussão na vida política do País. Por exemplo, ao tratar das inelegibilidades decorrentes de abuso do poder político, econômico, compra de votos, condutas vedadas, etc, disse que se a decisão condenatória for colegiada em Tribunal Eleitoral, estariam os réus inelegíveis, desde então. Ora, o legislador eleitoral, por certo, esqueceu que nas eleições de outubro de 2010, nacional e estadual, todos os processos eventualmente punitivos, são finalizados por decisões colegiadas dos TRE's, enquanto nos pleitos municipais, de prefeito e vereador, todos esses mesmos processos serão julgados por juízes das zonas eleitorais. Qual a razão de uma candidatura estadual ou nacional ser mais onerada em seus direitos processuais, do que uma candidatura municipal? Nenhuma juridicamente sustentável! Violação ao princípio de igualdade de tratamento na lei e pela lei!

O legislador, ao invés de ter fixado critério da “decisão colegiada” seria melhor que tivesse desenhado “decisão colegiada que condena ou mantém condenação anterior, tomada em recurso”, para se garantir, efetivamente, a ampla defesa, no que toca ao grau recursal. Como está, restou pobremente assegurada somente aos políticos municipais a ampla defesa, e negada esta aos demais mandatários ou candidatáveis da república!

Outra violação da Lei Maior se consubstancia no fato de que é vedado ao legislador eleitoral tomar um fato lícito – renúncia a mandato -, e valorá-lo como ilícito, para fins eleitorais, para fins de candidatura. A experiência ocorrida no Senado da República, com Roriz e Barbalho, por exemplo, não é suficiente para generalizar todos os casos de renúncia ocorriáveis no Brasil. Não raro, Câmaras Municipais que encerram maiorias arbitrárias contrárias às novas lideranças no Executivo, especialmente por força da possibilidade de reeleição, praticam as mais odiosas perseguições, não deixando alternativa ao mandatário, senão renunciar para não ser tolhido, injustamente, da legítima continuidade de seu mandato, que atende ao anseio da maioria da população municipal. Esta norma fere o princípio da liberdade, além do princípio da razoabilidade.

Também o princípio da presunção de inocência, com sua aplicação não só na esfera penal, como conquista da Ciência Jurídica civilizada contemporânea, foi violado. Igualmente, violada a regra do artigo 15, III, da Constituição, que garante que a suspensão dos direitos políticos só se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, direitos políticos são “o mais”, em relação à inelegibilidade que é “o menos” – a inelegibilidade afeta apenas uma pequena parte das faculdades inerentes ao núcleo duro e essencial dos direitos políticos. Se para suspender o todo – direitos políticos -, é preciso de trânsito em julgado, para suspender parte do todo – direito de candidatar-se -, igualmente é necessário essa situação processual estabelecida, sem possibilidade de recurso.

E essa inconstitucionalidade trouxe outro grande inconveniente ideológico: os defensores “da constitucionalidade” e “da bondade da lei” tem tomado posições de “conveniência e oportunidade”, mesmo contra consagradas posições na Teoria do Direito e na Ciência Jurídica em geral. Eles dizem que esse princípio, o da presunção de inocência, só teria aplicação na esfera do Direito Penal. E o fazem “apenas” para defender a lei 135, com argumento indefensável perante o tribunal da razão e da ciência.

Ora, é sabido como conquista da civilidade e da Ciência jurídica dela resultante, que tal princípio tem aplicação em todos os ramos do Direito onde haja atividade sancionadora, função punitiva. Tanto que se fala, hoje, de Direito Sancionador para abarcar amplas esferas para além do Direito Penal, que, todavia, pressupõe a Ciência Penal como o grande arquétipo, a grande luz, o grande caminho que orienta a aplicação das penas em todas as áreas do Direito. Assim, essa inconstitucionalidade da lei, tem levado, reflexamente, a uma grande incoerência ideológica, lógica e teórica entre os moralistas que “toleram” em frágil medida as garantias fundamentais na Constituição: para se salvar a moralmente perfeita e politicamente correta “LC 135/10”, mandem-se às favas garantias constitucionais!

Dizem os apologistas da “moral por sobre o direito” que inelegibilidade não seria pena, sanção, restrição punitiva a direito. Por tanto, o princípio da presunção de inocência não lhe poderia emprestar qualquer favor. Inelegibilidade seria “mero requisito” para se pedir candidatura, aferível na data de seu protocolo perante a justiça eleitoral. Ademais, para os moralistas o direito político que lhe daria calço, deve curvar-se ao interesse público, ao interesse social de barrar candidaturas entendidas moralmente espúrias.

Para esse entendimento, o direito fundamental político de candidatar-se, não seria garantia dos indivíduos, garantia fundamental, apenas interesse público moldado pela opinião pública majoritária, e momentaneamente dominante, que, em dado momento histórico, define o que é interesse público e o que deve ser “moralmente imposto”, nem sempre ouvindo a “vontade de constituição” (Konrad Hesse) ou o “sentimento constitucional” (Pablo Verdu).

Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no caso Jader Barbalho, ilustra como exemplo o que estamos a criticar: “Inicialmente, saliento que apreciarei o caso a partir da perspectiva de valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob uma ótica de proteção dos interesses públicos e não dos puramente individuais.” No âmbito dessas premissas, direito individual, garantia individual, direito fundamental, estão reduzidos a categoria de mero “interesse individual”, disponível, renunciável, relevável em face da moral que se quer dominante, ainda que contrária à Constituição.

Outra violação a Lei Maior do País foi a denunciada no voto do Ministro Cesar Peluso, no caso Joaquim



Roriz, em que este tratou, com muita precisão, da violação ao princípio da bicameralidade no processo legislativo. Procurou demonstrar o Ministro que o não retorno do projeto de lei à Câmara dos Deputados depois da emenda corretiva no Senado Federal, em que se procurou corrigir os tempos verbais, não seria mera alteração da redação vernacular. A alteração do enunciado da proposição teria alterado o universo dos atingidos pelo texto legal, pois foi alterado o sentido e alcance da proposição normativa, que se transformou em norma vigente após a sanção e promulgação do Presidente da República. Para que tal princípio fosse preservado, deveria o projeto de lei de iniciativa popular ter regressado a casa parlamentar de origem, pois fora alterado, significativamente, na casa revisora.

E esse dever constitucional os parlamentares do Senado não cumpriram, por receio do “apelo popular”; pelo clamor da claqué; pela opinião confortável e triturante do politicamente correto; pelo medo político de que qualquer oposição ao projeto de lei de iniciativa popular ou à algumas de suas proposições pudessem fazer colar nos críticos a mancha de sujeitos “moralmente condenáveis”, de “traidores dos altos interesses da comunidade”, de “opositores ao regime de moralidade”, “de defensores de bandidos” e de “amantes da imoralidade”, “ou de positivistas defensores da lei e contra a justiça do povo”. Que parlamentar, diante de tamanha pressão popular, proporia o cuidado da razão em face da emoção coletiva e televisiva, que descera suas águas sobre o direito com a força de um arrasador tsunami!?

Diante do dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável, deve nos orientar no caminho a seguir a Constituição e sua crença, a razão desapassionada e sem preconceitos, a razoabilidade e as palavras do Ministro do STF **Marco Aurélio de Mello**, ditas há muito e repetidas durante os dois julgamentos acima referidos: “... *vivemos momentos muito estranhos, momentos de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, em que o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa. Nessas quadras é que se deve ter apego maior pelas franquias constitucionais...*” “*Que venha a postura mais rigorosa, mas sem mitigar-se, sem colocar-se em segundo plano a Carta da República, que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas e que a todos, indistintamente, inclusive ao Supremo, submete.*”

Diante dos bens em conflito nos dois recursos – a liberdade de receber votos em prol de candidatura por parte de candidato, que toca, na outra face, o direito da comunidade votar (Jader recebeu mais de 1% do eleitorado nacional, mais do que as assinaturas da lei ficha limpa, 1.790.000!), moralidade administrativa, vida pregressa, etc – deveria a solução nos dois empates de 05 x 05, ser a mesma nos casos de *habeas corpus com votações empatadas*, em que se controvertem concessão ou denegação da ordem de liberdade: prevalecimento do resultado mais favorável ao paciente, ou seja, liberdade àquele que sofre constrangimento atual ou iminente em sua liberdade de ir, vir e ficar.

Tanto no caso Roriz, quanto no caso Jader, em que houve empate na votação, a solução deveria ser a que preservasse o direito político fundamental de candidatura, a liberdade política de candidatar-se, pois essa, como demonstra a experiência histórica de Nelson Mandela, é tão importante quanto a liberdade ambulatoria para o futuro de uma democracia que se entende civilizada, quer civilizar-se ou apenas não quer regredir à barbárie.