

VONTADE POPULAR E DEMOCRACIA CANDIDATURA LULA?

PREFÁCIO DO ESCRITOR **FERNANDO MORAIS**

COORDENADORES

EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO | GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO
JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO | WILSON RAMOS FILHO

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA



CLACSO

Projeto Editorial
PRAXIS

**VONTADE
POPULAR
E DEMOCRACIA
CANDIDATURA LULA?**

VONTADE POPULAR E DEMOCRACIA CANDIDATURA LULA?

COORDENADORES

EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO
GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO
JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO
WILSON RAMOS FILHO

INSTITUTO DE DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial
PRAXIS

 **CLACSO**

canal6 editora

1ª edição 2018
Bauru, SP

Copyright© Projeto Editorial Praxis, 2018

Coordenador do Projeto Editorial Praxis
Prof. Dr. Giovanni Alves

Conselho Editorial

Prof. Dr. Giovanni Alves (UNESP) Prof. Dr. Ricardo Antunes (UNICAMP)
Prof. Dr. José Meneleu Neto (UECE) Prof. Dr. André Vizzaccaro-Amaral (UEL)
Profa. Dra. Vera Navarro (USP) Prof. Dr. Edilson Gracioli (UFU)

Foto da capa

Francisco Proner Ramos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

V948 Vontade popular e democracia: candidatura Lula? / Eugênio José
Guilherme de Aragão et al. (coords.). — Bauru: Canal 6, 2018.
288 p. ; 23 cm. (Projeto Editorial Praxis)

ISBN 978-85-7917-505-3

1. Política. 2. Estado. 3. Democracia. I. Aragão, Eugênio José
Guilherme. II. Araujo, Gabriela Shizue Soares de. III. Siqueira
Neto, José Francisco. IV. Ramos Filho, Wilson. V. Título.

CDD 320.05

Projeto Editorial Praxis
Free Press is Underground Press
www.editoraprxis.com.br

Impresso no Brasil/Printed in Brazil
2018

A Canal 6 Editora não assume nenhuma opinião ou juízo presente nos textos publicados, sendo de inteira, irrestrita e exclusiva responsabilidade do(s) autor(es) e/ou organizador(es) quaisquer ônus e/ou bônus decorrentes do conteúdo dos artigos.

PREFÁCIO

CRÔNICA DE UM GOLPE ANUNCIADO

Fernando Morais¹

Foi com indisfarçável surpresa que recebi o convite da advogada e jovem professora universitária, Gabriela Araujo, uma das coordenadoras desta obra, para prefaciá-la. Afinal, o que teria um jornalista e escritor a acrescentar a dezenas de qualificadíssimos juristas e acadêmicos que assinaram os artigos deste livro? Sobre a área jurídica, confesso que sou um leigo.

No entanto, ao me debruçar sobre os artigos dos juristas, professores universitários, acadêmicos, advogados e – até mesmo – magistrados de todo o país que contribuíram para a presente obra, percebi que não é preciso ser um técnico da área jurídica para entender que a vontade popular é o fundamento de qualquer Estado Democrático e que é somente ao povo que deve ser dado o direito de escolher quem serve ou não para ser seu representante e governar – ou legislar – em seu nome.

Aliás, aviso ao leitor: além da preocupação que os coordenadores tiveram em prezar pela variedade geográfica e qualificação acadêmica e profissional dos autores, houve cuidado raro com a interdisciplinariedade, o que não é comum na maioria dos livros técnico-jurídicos que se encontra por aí. Nestas páginas o leitor desfrutará também de contribuições preciosas de professores universitários e acadêmicos das áreas das ciências sociais, ciências políticas, história e filosofia.

Com isso, consegue-se extrair do conjunto da obra uma abordagem mais ampla de como a democracia foi violada ao longo da História brasileira, para garantir que elites privilegiadas e oligárquicas continuassem se servindo do Estado para saciar seu infinito desejo de acumular mais riqueza e poder.

“*Vontade Popular e Democracia: candidatura Lula?*” oferece ao leitor, a cada artigo, uma visão que desnuda a crise institucional deste país, o qual ainda não conseguiu se apropriar de uma cultura democrática, – pelo menos não como ensinam as teorias das ciências políticas e do direito que lemos nos mencionados artigos –, e isso fica patente com o episódio da ilegítima prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e

1 Fernando Morais é jornalista, escritor e editor do blog Nocaute

as subsequentes tentativas de inviabilizar sua candidatura à presidência da República, mesmo figurando como candidato preferido da maioria do povo brasileiro, segundo todas as pesquisas eleitorais realizadas no primeiro semestre de 2018.

Tenhamos como exemplo a condenação criminal que resultou na prisão do ex-presidente Lula, mesmo com a existência de recursos pendentes. Verificou-se aí, em todos os passos do processo, – que acompanhei ao vivo pela larga e tendenciosa cobertura da mídia –, uma deturpada parcialidade do Judiciário brasileiro, que se alia à perseguição ao ex-presidente Lula, quando procede a uma interpretação deformada e conveniente dos instrumentos legais que deveriam nortear a investigação e o processo.

Falamos aqui de um processo em que o Ministério Público agiu de maneira planejada e articulada com o Judiciário, a Polícia Federal e a mídia concentrada, para chegar à condenação e à prisão do ex-presidente Lula, sonhada desde sempre por setores antidemocráticos que, para atingir seus objetivos, não hesitaram em atropelar diplomas legais, ritos processuais e o próprio regramento Constitucional.

Na curta e sempre interrompida história da democracia brasileira, Lula e o Partido dos Trabalhadores ganharam quatro eleições seguidas e caminhavam para uma quinta e consagrada vitória. Eis que setores da mídia concentrada, grandes grupos econômicos e boa parte do aparato do Estado decidiram interromper essa marcha, em um plano para tirar o ex-presidente Lula da corrida eleitoral. Cuidaram primeiro de desenhar o *script*: cassar a então presidente democraticamente eleita Dilma Rousseff, por um motivo ilegítimo qualquer, e criminalizar Lula e seu partido, mesmo que para isso tivessem que lhe atribuir a propriedade fictícia de um bem que nunca lhe pertenceu, e, por fim, encarcerá-lo arbitrariamente.

Vi essa história se repetir muitas vezes na nossa frágil República. No último rompimento institucional, fora o atual, as Forças Armadas deram um golpe em 1964 e sufocaram a democracia, a imprensa, o Legislativo e o próprio Judiciário durante 21 (sim, vinte e um) anos.

Não é de agora que a democracia brasileira sofre, portanto, nas mãos dessa elite oligárquica pós-graduada na usurpação da vontade popular e na degradação das instituições, acostumada com o recurso a meios absolutamente desleais para atingir seus objetivos, como a tortura, a prisão, a deportação e até mesmo a execução sumária dos seus oponentes. O aparato de Estado, incluindo as Forças Armadas e polícias estaduais e a Federal, sempre foram instrumentos a serviço dessa elite, para calar os incomodados e impedir qualquer reação popular.

Em pleno século XXI, porém, estamos agora diante de um golpe institucional de nova linhagem. Sem tanques, sem censura, sem tortura e sem deportações. Todo pensado com a aparência de normalidade, de respeito às instituições e até apoio de parte da sociedade.

O golpe em curso também buscou apoio popular, tal qual o golpe de Estado militar de 1964, e esse foi o papel de setores da mídia concentrada naquele e neste momento da História, especialmente das organizações Globo, pertencentes à família

Marinho. Demonizaram os inimigos, sustentaram com vigor as acusações levianas do Ministério Público e aplaudiram as condenações sem provas. Eu não consigo esquecer que, como vemos hoje em manifestações esdrúxulas na Avenida Paulista, 1964 também teve marchas pedindo intervenção militar para impedir “a corrupção e o perigo comunista”.

Propagou-se o ódio contra pobres, nordestinos, lulistas, intelectuais – como os corajosos co-autores deste livro –, militantes partidários e representantes de movimentos sociais. Tudo para criar o clima de que era natural derrubar o governo sem eleições, por meio de um Congresso viciado e obediente ao grande capital que financiou as campanhas parlamentares de 2014.

Disseminou-se a versão de que nada havia de anormal em condenar e encarcerar sem provas: por que não o fazer com o ex-presidente Lula, se há anos o encarceramento em massa é uma política do sistema de justiça penal praticada contra os jovens negros e hipossuficientes das periferias?

Transformaram em heróis nacionais simples juizes burocratas de piso e até carcereiros condenados por corrupção. Tudo para garantir a continuidade dos objetivos do golpe institucional que vem sendo perpetrado contra a vontade popular e os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988: retirada de direitos, negação de liberdades individuais, desmonte das políticas sociais arduamente conquistadas nas últimas décadas, estabelecimento de um vergonhoso teto para os gastos sociais e um poderoso ataque às aposentadorias e pensões daqueles que mais necessitam, mantendo-se os gordos benefícios dos marajás da previdência pública.

A resistência do povo brasileiro foi e está sendo decisiva para enfrentar o desmantelamento de nossas instituições e defender a nossa tão jovem democracia. No mesmo sentido, cresce a pressão internacional pela liberdade do ex-presidente Lula e pelo seu direito de ser candidato. Artistas e intelectuais se mobilizam em atos e festivais para despertar a consciência democrática do povo e pressionar o Judiciário a julgar de maneira isenta, baseado apenas na lei e nas provas e não em quem está sendo julgado.

No início desse fatídico ano de 2018, vieram à tona os arquivos norte-americanos que revelaram a crueldade da ditadura militar no Brasil (1964-1985), quando os assassinatos de opositores ao regime eram ordenados de dentro do Palácio do Planalto, pelo próprio ditador de plantão, general Geisel, e por aquele que viria a ser seu sucessor, general Figueiredo.

Como já afirmou ao Nocaute o criador do Wikileaks, Julian Assange, estou certo de que virá o dia em que serão revelados, com detalhes, o papel dos Estados Unidos e de outras potências estrangeiras no golpe branco em curso no Brasil, e o seu interesse direto no petróleo brasileiro. Eles são assim: primeiro levam os países a romper com a Constituição para impor seus interesses econômicos; décadas depois, fingem transparência e revelam fatos e documentos que comprovam sua participação em golpes de Estado comandados por personalidades corrompíveis.

No caso Lula, a leitura desse precioso livro mostrará que, além de romper com a institucionalidade, para condená-lo e prendê-lo, querem impedir sua candidatura com a mesma fragilidade jurídica do processo penal que o vitimou.

Ministros do Tribunal Superior Eleitoral e outros integrantes do Judiciário antecipam votos, fazem declarações à imprensa sobre a possível inelegibilidade do ex-presidente Lula, como se lhes fosse permitido fazer juízo de valor, e ainda extra-autos, com relação a um conflito que provavelmente estará sob seu crivo.

A eleição joga incertezas sobre a continuidade do processo de ruptura democrática em curso e, por isso, os interessados na manutenção do *status quo* contra-democrático querem eliminar essas incertezas. Manter o ex-presidente Lula preso e impedi-lo de concorrer nas eleições de 2018 equivale ao cobrador de um pênalti chutar a bola com o goleiro amarrado à trave.

A resistência do povo brasileiro à prisão de Lula, apesar de heroica, ainda não corresponde à força do lulismo na sociedade. A criminalização da política e de Lula e seu partido é responsável pela aparente apatia. O limite do brasileiro parece ser apenas seu voto em Lula, quando chegar a hora.

Tal situação me fez lembrar que, em 1974, em plena ditadura militar, deu-se algo semelhante. O povo não tinha nem força e nem organização suficiente para enfrentar os militares, mas nas eleições parlamentares daquele ano a oposição teve uma consagrada vitória e, três anos depois, levou Geisel a fechar o Congresso Nacional e editar o “pacote de abril”, em que criou a abjeta figura do “senador biônico” para recompor a maioria perdida nas urnas.

Penso que essa possa ser a resposta do povo brasileiro ao escárnio e à perseguição implacável que se faz contra Lula. Consciente de seu poder soberano, cabe ao povo resistir na defesa de seu livre direito de escolha de quem será seu mandatário no governo do país: e as pesquisas dizem que a opção majoritária é o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Mais do que isso, importante se faz fortalecer o Poder Legislativo com a escolha de candidatos corajosos e dignos o suficiente para devolver o poder às mãos do povo, com o necessário enfrentamento dos burocratas ativistas do judiciário e conglomerados econômicos a eles aliados – notadamente a mídia concentrada.

Noto que os artigos colacionados nesta obra, de alto teor técnico científico, corroboram com a minha visão um tanto quanto apaixonada da situação política brasileira.

O final da leitura me dá a convicção de que se nossos bisnetos, daqui a décadas, quiserem saber de fato o que aconteceu no Brasil neste novos Anos de Chumbo, terão, obrigatoriamente, recorrer a este excelente “*Vontade Popular e Democracia: candidatura Lula?*”. Aqui se conta como o caso foi.

Boa leitura!

SUMÁRIO

1.	BRASIL: O REGIME DA NÃO-DEMOCRACIA	13
	<i>Aldo Fornazieri</i>	
2.	LEI DA FICHA LIMPA E A VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	28
	<i>Alessandro Soares</i>	
3.	PODER DA AUSÊNCIA	35
	<i>Alfredo Attié</i>	
4.	A TOGA LEGISLADORA	45
	<i>Alvaro de Azevedo Gonzaga</i>	
5.	A LEI DA FICHA LIMPA COMO VIA ANTIDEMOCRÁTICA NO CASO LULA	48
	<i>Angelita da Rosa</i>	
6.	LULA PODE SER CANDIDATO?	52
	<i>Antônio Alberto Machado</i>	
7.	DEMOCRACIA: UMA ESCOLHA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	54
	<i>Bruno César de Caires</i> <i>Vitor Marques</i>	
8.	A NÃO INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE DE LULA. TEREMOS UM JUDICIÁRIO QUASE MONOLÍTICO, JÁ SABENDO COMO PRETENDE JULGAR?	61
	<i>Bruno Espiñeira Lemos</i>	
9.	O GOLPE DE 2016 E A SOBERANIA POPULAR AMEAÇADA: O CASO DO EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA NAS ELEIÇÕES DE 2018 DIANTE DAS PRÁTICAS DE LAWFARE	66
	<i>Eder Bomfim Rodrigues</i>	

10.	PROCESSO, MINIMALISMO POLÍTICO E ATIVISMO JUDICIAL: VOCÊ TEM SEDE DE QUÊ?	77
	<i>Edilene Lobo</i>	
11.	O DIREITO DE SE APRESENTAR COMO ALTERNATIVA AO ELEITORADO: UMA BREVE ANÁLISE DA ELEGIBILIDADE E DAS INELEGIBILIDADES A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .	83
	<i>Eneida Desiree Salgado</i>	
12.	LAVAJATISMO: A IN-JUSTIÇA POPULISTA DO INIMIGO E DO ESPETÁCULO... 	88
	<i>Esther Solano Gallego</i>	
13.	IN DUBIO PRO SUFRAGIO: A SOBERANIA POPULAR COMO CRITÉRIO DE ELEGIBILIDADE	91
	<i>Eugênio José Guilherme de Aragão</i>	
14.	O DIREITO POLÍTICO PASSIVO E A IRRETROATIVIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA: A VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 9º E 23 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 929.670	94
	<i>Marina Faraco Felipe Daier</i>	
15.	A DESCONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTALISMO HERMENÊUTICO: A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO REGISTRO DA CANDIDATURA DO EX-PRESIDENTE LULA	103
	<i>Flavio Croce Caetano Marthius Sávio Cavalcante Lobato</i>	
16.	ENTRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE: DILEMAS DE UMA CONSTITUIÇÃO AMEAÇADA PELOS FATORES REAIS DE PODER E SEUS IMPACTOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	115
	<i>Flávio José Moreira Gonçalves</i>	
17.	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, LEI DA FICHA LIMPA E A LEGITIMIDADE DO REGISTRO DE CANDIDATURA DO EX- PRESIDENTE LULA.....	132
	<i>Gabriel de Carvalho Sampaio</i>	
18.	DÉFICIT DEMOCRÁTICO, CRISE INSTITUCIONAL E A VONTADE POPULAR NO BRASIL: QUESTÕES ENDÊMICAS	141
	<i>Gabriela Shizue Soares de Araujo</i>	
19.	LULA CANDIDATO: A LEI É PARA TODOS?	157
	<i>José Francisco Siqueira Neto</i>	

20.	A CANDIDATURA DE LULA COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA	162
	<i>José Roberto Manesco</i> <i>João Falcão Dias</i>	
21.	CRISE DA DEMOCRACIA E VIOLAÇÃO À DIMENSÃO PASSIVA DOS DIREITOS POLÍTICOS NO IMPEDIMENTO DA CANDIDATURA EM FUNÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA	170
	<i>Julio Cesar de Oliveira Vellozo</i> <i>Marcio Ortiz Meinberg</i>	
22.	DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO	182
	<i>Lédio Rosa de Andrade</i>	
23.	PORQUE É POSSÍVEL QUE LULA CONCORRA A PRESIDENTE E SEUS VOTOS SEJAM VÁLIDOS	186
	<i>Lenio Luiz Streck</i>	
24.	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A “LEI DA FICHA LIMPA” À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL	195
	<i>Leonardo Isaac Yarochevsky</i>	
25.	LULA E LAWFARE POLÍTICA: O CASO DO PROCESSO PENAL COM DUPLA VELOCIDADE	206
	<i>Marcelo Santiago de Padua Andrade</i>	
26.	O PRINCÍPIO LULA: DEMOCRACIA E ELEIÇÕES EM 2018	214
	<i>Marcia Tiburi</i>	
27.	DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA À RESISTÊNCIA: EM DEFESA DO FUNDAMENTO REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	218
	<i>Maria Francisca de Miranda Coutinho</i>	
28.	(I)LEGITIMIDADE DE PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA FRENTE A SUPOSTAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE	225
	<i>Michel Bertoni Soares</i>	
29.	A PREVALÊNCIA DA SOBERANIA POPULAR E O DIREITO DE LULA SER VOTADO	235
	<i>Michel Saliba</i>	
30.	DAS TUAS ENTRANHAS SAEM O SAL E O SOL	245
	<i>Patrick Barcellos Peixe</i>	
31.	SOBRE DIREITO E POLÍTICA: UM BREVE ENSAIO EM DEFESA DA DEMOCRACIA E DA VONTADE POPULAR	248
	<i>Pietro Alarcón</i> <i>Tatiana Stroppa</i>	

32.	A LEI DA FICHA LIMPA E A VOLTA DA DEGOLA ELEITORAL	258
	<i>Ricardo Lodi Ribeiro</i>	
33.	O SIMULACRO DE DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	264
	<i>Roberto Beijato Junior</i>	
34.	FICHA LIMPA: A MORALIZAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE RELATIVIZAÇÃO DA DEMOCRACIA	268
	<i>Rubens R. R. Casara</i>	
35.	PARA ALÉM DA CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A EXCEÇÃO COMO A PEDRA NO CAMINHO DA DEMOCRACIA	274
	<i>Sergio F. C. Graziano Sobrinho</i>	
36.	OS DIREITOS POLÍTICOS DE LULA.....	279
	<i>Valeska Teixeira Zanin Martins</i>	
37.	A CENA DO CRIME: DEMOCRACIA BURGUESA, RESTRIÇÃO DE DIREITOS E A PRISÃO DE LULA	282
	<i>Wilson Ramos Filho</i> <i>Gabriela Caramuru</i>	

BRASIL: O REGIME DA NÃO-DEMOCRACIA

Aldo Fornazieri¹

APRESENTAÇÃO

Não se pode dizer nada acerca do futuro da democracia no Brasil, a não ser lançar conjecturas e projeções sempre sujeitas a serem desmentidas pelos acontecimentos. Mas, sobre o passado e o presente da democracia, já se pode dizer algo. E este algo não é lisonjeiro e se, de alguma forma, o futuro está entranhado no presente e no passado, a conjectura que se pode lançar acerca do futuro da democracia brasileira é pouco promissora até porque não existem forças políticas e sociais organizadas com força para rompê-los.

Sustenta-se no presente texto a tese de que o Brasil nunca teve uma democracia efetiva, sendo que os seus regimes, no pós-proclamação da República, se alternaram entre oligarquia, autocracia, ditadura e não-democracia.

Usa-se o conceito de *não-democracia* para definir uma situação política na qual o regime político não é nem uma ditadura e nem uma democracia, mas um intermediário híbrido entre ambos.

Ligeiramente, e com base em diversos estudiosos e em consensos relativos sobre o tema, pode-se dizer que uma democracia se define por três tipos de regras ou critérios fundantes: as regras procedimentais, as regras fundamentais e as regras materiais.

OS CRITÉRIOS DA DEMOCRACIA

As regras procedimentais

O primeiro fundamento da democracia, não necessariamente pela ordem, são suas regras procedimentais. Estas regras do jogo político democrático são aquelas que se definem como condições necessárias para a existência da democracia e comportam a presença dos seguintes elementos principais: eleições livres, periódicas e plurais e

1 Professor da Escola de Sociologia e Política (FESPSP).

representação política; competição aberta entre partidos políticos que devem se apresentar como alternativas efetivas para as escolhas; sufrágio universal e expectativa plena de término dos mandatos dos eleitos. Regra da maioria, igualdade de voto, elevado número de cidadãos nas escolhas dos governantes e a participação dos mesmos nos diversos processos de tomada de decisões são mecanismos que complementam as regras procedimentais da democracia.

Mas existe uma contra-parte a essas regras procedimentais legais que consagram a democracia representativa. Não existe democracia representativa efetiva se não for completada pela democracia participativa.

Esta questão não é nova e já estava posta no século XIX. Ela pode ser encontrada em *A Democracia na América*, de Tocqueville. Ele foi claro em mostrar que sem as liberdades locais e a organização local do poder, sem as associações e organizações sociais, sem as comunas e sem a participação dos cidadãos, a democracia representativa pode se estiolar em centralização, burocratização, oligarquia, despotismo e governo de tutores.

Ou seja, a democracia representativa precisa ser complementada pela democracia participativa, o poder deve ser descentralizado e devem existir formas de poder local que permitam a participação dos cidadãos. Os representantes eleitos e o Estado precisam ser controlados e fiscalizados pela sociedade civil organizada. Este é um princípio geral do qual derivam um cem número de formas, mecanismos e organizações de participação política para que a democracia se torne efetiva. A sociedade civil organizada precisa de mecanismos de participação no poder, no planejamento, no orçamento e de fiscalização e controle do poder e dos representantes.

Qual a razão da exigência da participação popular e inclusão cidadã no poder como elementos das regras procedimentais da democracia? Ocorre que o ato de governar não se reduz à aplicação de conhecimento, de ciência e de técnica dos quais especialistas, sábios e cientistas seriam detentores. Se é verdade que o exercício do governo precisa contar com o concurso de especialistas, técnicos e cientistas, é verdade também que muitas decisões concernentes ao exercício do poder público não podem ser confiadas a eles, pois se tornariam tutores.

Boa parte das decisões públicas requerem julgamentos éticos, julgamentos não científicos, pois dizem respeito aos fins e objetivos do governo, concernentes aos vários aspectos do bem comum. Julgamentos éticos dizem respeito a toda a comunidade política e os especialistas não são os sujeitos mais adequados para decidi-los.

De modo geral, na esfera política, tudo o que diz respeito aos fins concerne ao coletivo, ao juízo participativo comum. Já, no âmbito dos meios, em vários casos, é prudente que os especialistas intervenham. Além disso, tendo em vista que no âmbito dos objetivos e fins é necessário julgar e decidir a partir de prioridades, dada a escassez e finitude de recursos, a prudência recomenda que seja a comunidade política quem defina essas prioridades. Ademais, os especialistas podem ser vinculados a determinados interesses que podem não ser interesses da maioria.

Desta forma, a participação política dos cidadãos diz respeito não só a decisões relativas a escolhas e processos de governo, mas também ao controle dos funcionários, dos técnicos, dos especialistas, dos burocratas e dos próprios representantes políticos, pois eles podem, além de se corromper, adotar decisões que contrariem o interesse e o bem público comum.

Excluindo-se o regime imperial como democrático, por razões óbvias e que não vem ao caso aqui discutir, pode-se afirmar que, no que diz respeito aos critérios procedimentais da democracia, existem vários senões que interditam a classificação do chamado período republicano como período efetivamente democrático no Brasil.

Aponte-se apenas alguns: na chamada República Velha, as eleições não eram livres e nem competitivas e o voto não era universal. A rigor, uma pequena minoria votava. Tratava-se de um regime dominado por oligarquias locais que, num emaranhado de desavenças e alianças, conformavam o governo central, em boa medida, expressão e prisioneiro dessas oligarquias. Num segundo momento, o governo passou a ser presa quase que exclusiva das oligarquias paulista e mineira, circunstância que resultou na Revolução de 1930.

O período que vai de 1930 a 1989 é marcado pela recorrência de regimes de força ou pelo constrangimento de sua ameaça sobre governos eleitos. O voto também não era universal e as eleições eram marcadas pela corrupção e compra de votos. Somados os dois períodos republicanos, o Brasil, em 127 anos, teve 36 presidentes, sendo que apenas 12 foram eleitos diretamente. Nos últimos 90 anos, apenas cinco presidentes eleitos terminaram os seus mandatos: Eurico Gaspar Dutra, Juscelino Kubitschek, Fernando Henrique, Lula e Dilma Rousseff no seu primeiro mandato. Assim, houve uma permanente violação dos critérios procedimentais da democracia, incluindo a não eleição popular do principal governante e a quebra da expectativa de término dos mandatos.

Se do ponto de vista procedimental não se pode afirmar que houve e que há democracia no Brasil, os outros critérios de sua existência a deixam ainda mais distante.

Ainda sobre as regras procedimentais da democracia, há que se chamar a atenção sobre os dois aspectos que seguem: 1) o excessivo peso do poder econômico nas eleições, particularmente nas eleições legislativas, implica uma não competitividade equivalente entre os pleiteantes a uma cadeira no poder Legislativo nas três esferas da Federação. O poder econômico é um fator que induz a resultados eleitorais enviesados, promovendo distorções na representação da pluralidade social. Estudos do DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar) e de outros institutos comprovam que o poder econômico vem impondo uma maior condicionalidade na eleição de deputados e senadores nas últimas legislaturas; 2) os competidores para os cargos Executivos não o fazem em igualdade de condições, pesando, também nesses casos, o poder econômico e os esquemas de corrupção.

Os critérios para a distribuição dos fundos públicos para as eleições e do tempo de TV concentram tempo e recursos em poucas legendas. A sobre-representação do

poder econômico por um lado, e a fraqueza e baixa participação da sociedade civil de outro, articulam um peso fortemente desigual dos interesses no Congresso (nos legislativos em geral) e junto aos poderes Executivos da União, dos estados e dos municípios. A capacidade de reivindicação e de barganha do capital é desproporcionalmente maior do que a capacidade dos grupos sociais subalternos. Este desbalanceamento vai se refletir tanto nas destinações orçamentárias, quanto numa série de definições legais e institucionais, a exemplo do sistema tributário que alivia os ricos e penaliza os pobres.

Há que se acrescentar ainda que, se a participação ativa dos cidadãos e existência de uma cidadania inclusiva fazem parte das regras procedimentais da democracia, o Brasil vai mal nesses quesitos. Há um enorme déficit de participação e de organização da sociedade civil e baixa inclusão da cidadania.

A rigor, a sociedade civil sempre foi frágil, invertebrada e gelatinosa, nos termos em que Gramsci analisou a sociedade civil da Rússia do início do século XX. Aqui no Brasil, o Estado repressor sempre foi quase tudo e a sociedade civil pouco mais que nada. Somente a partir da década de 1970 houve um crescimento significativo de organizações, de instituições e de associações voluntárias da sociedade civil. Esse crescimento pode ser imputado como significativo em face do pequeno número de organizações que existia anteriormente. Mas, mesmo hoje, essas associações, organizações e instituições se mostram débeis em termos de participação e influência nas esferas de decisão.

Os Conselhos Participativos das cidades, na sua maior parte, ou são desorganizados ou são controlados pelos partidos políticos, quando não pelo governo municipal. Raramente exercem um papel de participação autônoma efetiva ou de mobilização para reivindicar demandas e defender interesses. Nos momentos críticos, de colapso da legitimidade ou de golpes de Estado, a exemplo do que ocorreu em 1964 ou em 2016, a sociedade civil tem revelado toda a sua precariedade na defesa da democracia. Por não possuir de forma intensiva e ampla associações autônomas participativas e por carecer de uma cidadania inclusiva, o Brasil é um país que não está suficientemente democratizado, o que permite caracterizá-lo como uma não-democracia.

Os princípios fundamentais da democracia

O segundo fundamento da democracia é aquele que aglutina o conjunto das liberdades, das garantias e dos direitos fundamentais dos indivíduos - os direitos humanos em geral. A rigor, este fundamento é pré-requisito do primeiro. As três vertentes modernas da democracia - o republicanismo clássico, o contratualismo de John Locke e de Rousseau e a tradição revolucionária das revoluções americana e francesa - confluem para o mesmo caminho no sentido de afirmar que as comunidades humanas fundam ordens políticas estatais para garantir direitos. Sem a organização política das sociedades, os indivíduos estariam sujeitos aos riscos de todo tipo de violência, do arbítrio e do domínio dos mais fortes.

A única ordem política que é capaz de garantir direitos e a liberdade é a que veio a ser conhecida como a ordem republicano-democrática. Ordens políticas autocráticas, ditatoriais e até mesmo totalitárias podem garantir determinados tipos de direitos, particularmente direitos sociais, mas não garantem os direitos humanos universais e não garantem a liberdade e, conseqüente, a dignidade humana. Mesmo os direitos parciais garantidos estarão sempre sujeitos ao arbítrio do poder.

A garantia dos direitos e das liberdades individuais constitui um fundamento pré e supra constitucional da própria Constituição republicana e democrática. Sem a garantia dos direitos fundamentais, humanos, políticos e civis não há Constituição republicana e democrática. Os direitos fundamentais dos cidadãos não são apenas limite do poder constituído, mas limite da própria Constituição e de qualquer poder constituinte. A melhor sustentação para este fundamento pode ser encontrada nos *Artigos Federalistas*.

Os direitos fundamentais são os alicerces constitutivos do Estado de Direito. Estado entendido em duplo aspecto: 1) Estado que age sob a lei; 2) Estado de poder limitado pelo reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis dos indivíduos. A inviolabilidade dos direitos implica tanto que eles não podem ser derogados, quanto que sua eventual violação requer sanções contra os agentes do Estado que os violam e reparação dos indivíduos atingidos. Esses direitos são os fundamentos, também, do ordenamento jurídico do Estado Democrático. Ou seja, como vários autores têm demonstrado, existe um imbricamento necessário, inextrincável, entre os direitos fundamentais e a democracia.

No Brasil, como ademais na América Latina, os direitos humanos e, particularmente, os direitos civis, não são garantidos para vários grupos sociais, para a maioria da população. A ausência de Estado e de serviços públicos, as polícias e o Judiciário enviesados e parciais, a violência pública e privada contra grupos sociais vulneráveis e a falta das condições materiais necessárias para o gozo dos direitos são fatores que situam a maioria da população brasileira fora do abrigo efetivo da carta constitucional dos direitos, do Artigo 5º e das leis que os instituem. Em suma, há uma aparato legal de afirmação formal desses direitos e uma realidade econômica, social e cultural que expurga a maioria da população da efetiva garantia dos mesmos. Assim, para essas imensas parcelas da população, para as grandes periferias das cidades, para os camponeses pobres, para os indígenas, para a maior parte das mulheres e dos jovens não existe um regime de democracia efetiva. A democracia, nos seus vários fundamentos, existe para cerca de 30% da população brasileira.

Só recentemente, no Brasil, a partir do surgimento de novos movimentos sociais, há uma luta mais intensa pelos direitos civis. Eles não estiveram no centro das preocupações nem dos liberais (se é que estes existem em nosso país) e nem das esquerdas. Uma extensa lista de direitos civis, a exemplo da seguinte, se caracteriza pela precariedade em sua garantia: o direito de ser ressarcido em caso de danos por terceiros; o direito ao protesto pacífico; o direito à investigação e julgamento justos em caso de

suspeição de crime; o direito ao reparo contra a violação de direitos constitucionais e legais; o direito à liberdade pessoal; o direito à liberdade de ir e vir; o direito à proteção igualitária (minorias, grupos específicos, mulheres, indígenas e afrodescendentes); o direito ao *habeas corpus*; o direito de permanecer em silêncio; o direito a um advogado etc.

A rigor, o Estado de Exceção policial e judicial sempre existiu para o povo pobre das periferias. Somente agora ele ganhou o debate público, porque atingiu os políticos.

Se o próprio Estado Democrático de Direito nasce da noção da garantia dos direitos fundamentais há que se observar que uma das condições necessárias para a garantia efetiva dos direitos e para o funcionamento correto do Estado Democrático de Direito consiste em haver uma relação adequada entre os princípios do equilíbrio, pesos e contrapesos, no arranjo interno da distribuição do poder. No entanto, a relação entre esses poderes e princípios, no Brasil, sempre foi desequilibrada, em determinados momentos em favor de um, em outros, em favor de outro dos ramos do poder. Isto também enfraquece a democracia, seja no seu funcionamento político-institucional, seja no plano da garantia de direitos.

Então, tem-se que no âmbito do segundo conjunto de critérios fundamentais da democracia, o regime político brasileiro apresenta baixo desempenho para poder qualificar-se como democracia. Mais da metade da população brasileira vive sob risco permanente de violação de seus direitos civis e individuais. As populações afrodescendentes, indígenas, as mulheres, os grupos sociais minoritários e os pobres de modo geral não alcançaram o patamar necessário para que se possa situá-los no contexto de vida e dignidade concernentes a um regime democrático.

Essas pessoas carecem desses direitos em vários graus e têm suas dignidades violadas pela violência do Estado, nas formas de violência policial e judicial ou na forma de sua não proteção judicial e policial, ou, ainda, violadas por grupos de força e violência privados e de organizações criminosas. Vivem em situações de anomia e em espaços e situações vivenciais em que há graves lacunas quanto à presença do Estado Democrático de Direito e de sua ação protetiva de direitos. Ademais, não são tratadas de forma igual perante a lei em relação às pessoas que têm recursos e acesso ao sistema judicial. E quando o Estado chega até elas, não chega como Estado garantidor de direitos e como Estado limitado, mas como Estado de exceção e como Estado violento.

E, na medida em que não há um efetivo equilíbrio e balanço republicano entre os três poderes, não há uma adequada construção republicana nas relações entre eles, circunstância que enfraquece o seu conteúdo democrático.

Os alinhamentos políticos e ideológicos do Supremo Tribunal Federal e de outros setores do Judiciário são recorrentes, o que impede o controle e estabelece um viés persecutório a grupos políticos e indivíduos, enquanto que aqueles que estão alinhados são protegidos e não punidos. Ao obedecer a ditames políticos e ideológicos, os magistrados advogam uma atuação discricionária, consoante com suas vontades, mas não consoante com a Constituição e com as leis.

Tudo isto é agravado pela propensão golpista das elites brasileiras. O impeachment da presidente Dilma, sem que houvesse crime de responsabilidade, revela falhas estruturais propositais nas leis que regulamentam este instituto, deixando presidentes da República a mercê de grupos conspiradores e antidemocráticos, quando estes não controlam o poder diretamente. Se, por um lado, o Congresso é suscetível de praticar exasperações golpistas, por outro, dado o caráter fisiológico da política brasileira, ele se vende ao Executivo enquanto este tiver recursos e cargos para disponibilizar aos legisladores. Nos golpes, seja o de 1964, seja no de 2016, o STF, em regra, se alinhou com os vencedores, violando o seu dever de defender e aplicar a Constituição

Com tudo isto somado, o Estado brasileiro é atravessado pelos interesses dos grupos econômicos particulares mais poderosos, é prisioneiro desses grupos. O Estado está bloqueado em sua capacidade de desenvolver-se no sentido universalizante e se configura como um Estado de poucos em detrimento dos interesses e do bem-estar de muitos. As lutas democráticas vivem esse triste espetáculo: em sua fraqueza, são incapazes de romper a cadeia de rochedos que impede o desenvolvimento e a afirmação de uma democracia efetiva, uma democracia para todos, com liberdade, justiça e igualdade.

Os fundamentos materiais da democracia

O terceiro conjunto de critérios necessários para definir a democracia é aquele entendido como aquelas condições materiais do seu conceito e de sua existência. São as condições de igualdade.

Alexis de Tocqueville foi o primeiro pensador moderno a lastrear, de forma ampla, um vínculo inarredável entre democracia e igualdade, nos vários aspectos ou significações desse conceito. Ela é entendida como igualdade de condições, igualdade perante a lei, igualdade político-jurídica (de direitos), igualdade social, igualdade econômica ou material e igualdade como valor. Todas essas variações da igualdade são enredadas, de forma necessária, com a democracia. Mas o que importa aqui é a igualdade econômica ou material, entendida como senso reduzido das desigualdades, de um lado, e como as garantias que colocam todos os indivíduos ao abrigo das misérias e das vicissitudes da existência, bem como a garantia daquelas condições materiais que lhes permitem escolhas atrativas para o gozo efetivo dos direitos.

Tocqueville é inequívoco ao afirmar que a ascensão da democracia moderna representa a marcha contínua da igualdade para o poder. O principal valor da democracia é a igualdade. Valor que precisa ser temperado e moderado pela liberdade e pela participação política para evitar o despotismo da maioria. Se democracia e igualdade constituem um par indissolúvel, então a igualdade, embora não exclusiva do regime democrático, se torna um critério para medir a natureza, a intensidade e o alcance de uma democracia. Quanto mais desigual uma sociedade, menos democrática ela é, embora a igualdade não seja o único critério da democracia. A qualidade e a intensidade de uma democracia se medem pela articulação entre igualdade e liberdade em vários sentidos conceituais e práticos que estes dois termos significam e representam.

Assim, uma democracia requer equilíbrio material entre os diversos grupos sociais, com um senso reduzido das desigualdades sociais e materiais; requer a liberdade das pessoas, não só aquela inscrita nas leis e na Constituição, mas entendida também como aquela condição material que possibilita aos indivíduos liberdades efetivas de escolha; requer o Estado Social, garantidor dos direitos sociais, no qual as pessoas estão ao abrigo dos riscos sociais e preservados de uma vida degradada, principalmente nas condições de alimentação, saúde, habitação e educação.

O regime democrático deve ser entendido como incompatível com os privilégios de classe, de estamento e de burocracia. A mobilidade social e a sociedade aberta devem ser características suas permanentes. Um dos aspectos centrais da igualdade material, em Tocqueville, diz respeito à multiplicação e à divisão da propriedade, o que vai igualando as pessoas, faz circular a riqueza, favorecendo a descentralização do poder econômico e político.

É nesse critério material onde o regime político brasileiro revela sua face menos democrática e não-democrática. A tese de que o principal valor da democracia é a igualdade, geminado com a liberdade, é um princípio inextrincável ao seu conceito desde obra de Alexis de Tocqueville, *A Democracia na América*.

Pois bem: o Brasil ocupa uma das últimas posições dentre todos os países do mundo em termos de desigualdade. Mais de 100 milhões de pessoas vivem com até um salário mínimo, sendo que destas, 50 milhões vivem na linha da pobreza e 15 milhões são miseráveis - vivem abaixo da linha da pobreza. Em 2017, a renda média do brasileiro foi de R\$ 1.268, segundo o IBGE. Já, 90% dos brasileiros ganham menos do que o valor do auxílio moradia dos juízes e de outros altos funcionários estamentais, que é de R\$ 4.378. O Brasil gasta algo em torno de R\$ 1,2 bilhão por ano para o auxílio moradia para cerca de 17 mil juízes e em torno de R\$ 29,7 bilhões por ano para atender cerca de 13,2 milhões de pessoas no Bolsa Família.

Em resumo: o Brasil é um país com uma desigualdade brutal e com privilégios criminosos e inaceitáveis para uma pequena elite política e estatal. A concentração de riquezas nas mãos de poucas famílias é uma das mais abjetas do mundo. O sistema político e institucional, os altos funcionários do Estado e as elites econômicas ergueram um sistema de indignidades e de perversões, que mantém a maioria do povo pobre nas misérias, nos sofrimentos, nos carecimentos e deserdado de direitos.

Desta forma, a desigualdade profunda, o desequilíbrio social devastador, a falta de garantia de direitos sociais básicos, como saúde, educação e habitação, impedem que a maioria dos brasileiros tenha liberdade efetiva de escolha de alternativas significativas de consumo, de cultura e de lazer. São pessoas que não são capazes de se dar um destino, de escolher de optar por uma vida feliz porque vivem sob o constrangimento avassalador dos carecimentos materiais que carregam toda uma outra cadeia de carecimentos. Pelo critério material da definição de democracia, este país, definitivamente, é uma não-democracia para a imensa maioria da população.

O GOLPE AGRAVOU E ALARGOU A NÃO-DEMOCRACIA

Esse quadro de precariedade democrática ficou ainda mais agravado pelo golpe que afastou a presidente Dilma do governo. O governo ilegítimo de Temer investiu de forma virulenta contra alguns dos critérios definidores da democracia, assinalados acima. Tudo isso sofreu o impacto de uma erosão dolosa ainda maior por conta da conduta anti-constitucional do Supremo Tribunal Federal, que vem violando de forma sistemática comandos e garantias abrigados na Constituição.

O comportamento inconstitucional do STF encontra respaldo operacional na conduta de vários juizes, com destaque para Sérgio Moro, que age como um juiz de exceção, comandando um tribunal de exceção, violando as hierarquias internas do Judiciário e destruindo a jurisprudência. O Judiciário, em sua generalidade, vem aplicando o código penal de forma seletiva, orientada para punir pobres e negros e para salvaguardar os ricos e brancos, o que caracteriza um regime de apartheid jurídico.

Tanto o Judiciário, quanto as instituições policiais de segurança agem de forma enviesada e seletiva, em prejuízo dos pobres, dos negros, das mulheres e de outros grupos sociais vulneráveis.

Tal qual as não-democracias, existem vários tipos de ditaduras, sendo sempre uma tarefa difícil de defini-las. Mas, como regra geral, podemos dizer que as ditaduras têm algumas características comuns: o não funcionamento pleno das regras procedimentais da democracia, tais como, eleições periódicas, plurais e competitivas; o não limite temporal dos mandatos políticos e a não garantia do seu término; a não presença do Estado Democrático de Direito, do poder limitado e das garantias e direitos individuais fundamentais; alto grau de discricionariedade nas decisões do governo, prescindindo de forma parcial ou total da conduta constitucional ou legal. Outros critérios podem ser agregados a esses para definir formas específicas e singulares de ditaduras.

Um regime de não-democracia, contudo, não pode prescindir de eleições, pois se assim fosse, se tornaria uma ditadura. Convém lembrar que até mesmo o regime militar de 1964 manteve um determinado nível de eleições, visando alcançar um grau determinado de legalidade e de legitimidade. Manteve até mesmo um Colégio Eleitoral para as eleições presidenciais indiretas. Ademais, não realizar eleições implicaria abrir as portas para um contexto de pressão internacional que tornaria o regime de não-democracia insustentável, perdendo a legitimidade interna e internacional.

No nosso tempo, nem as democracias capturadas pelo capital financeiro e pelo capital transnacional - democracias européias - nem as não-democracias de tipo latino-americano precisam agir pela força direta do poder militar. Nas democracias capturadas, existe uma maré montante de legislação de exceção e de ação judicial de exceção e nas não-democracias do tipo brasileira, existe também uma maré montante de legislação de exceção e de ação judicial de exceção, somada à maré montante de utilização das Forças Armadas para conter e controlar as populações pobres. Tanto o Decreto da Garantia da Lei e da Ordem de 2017, quanto o Decreto de Intervenção

Federal na Segurança Pública de 2018, ambos relativos ao Rio de Janeiro, são exemplos da crescente utilização das Forças Armadas em funções que extrapolam as determinações constitucionais acerca dessas instituições. Assim, o uso sistêmico da força e da legislação de exceção não requerem mais o exercício direto do poder por generais.

O regime da não-democracia precisa ser combatido e removido pela força da mobilização e organização política e social, com políticas públicas sociais assertivas, com um programa reformador que ataque as condições estruturais da desigualdade e com uma estratégia de desenvolvimento econômico e social que oriente a construção nacional e a inserção do Brasil no mundo. Para superar o regime da não-democracia os setores progressistas e de esquerda não podem continuar negligenciando o fator da força organizada com vistas a contrabalançar a hegemonia dominante.

Não se pode ser reformador no sentido forte do termo, não se pode ser inovador político quando se depende das forças mercenárias, auxiliares ou da *fortuna* (sorte). Para se poder fazer reformas e inovar, é preciso ter forças sociais e políticas organizadas próprias, capazes de garantir as ações dos líderes e dos partidos reformadores e inovadores. Essas forças são ainda mais necessárias nos momentos de crises críticas do país, a exemplo de 1964 e a exemplo do golpe que derrubou Dilma. Sem forças organizadas, virtuosas, corajosas e combativas não há como enfrentar as forças conservadoras, retrógradas e golpistas, sempre prontas a promover recuos nas conquistas sociais e nas conquistas do povo. Sem forças organizadas e combativas, as derrotas estarão sempre inscritas num horizonte cruel onde os retrocessos turvam a luz da promessa de um país melhor e mais justo.

O PROBLEMA DA SOBERANIA POPULAR E O PODER CONSTITUINTE

Um dos maiores problemas que trava o Brasil como país adequado à dignidade humana e como país orientado para um desenvolvimento prolífico para o seu futuro diz respeito ao bloqueio da soberania popular.

Embora a noção de soberania tenha reminiscências ao pensamento político-filosófico do mundo antigo, é na era do Estado-nação moderno que este conceito ganha relevância efetiva para designar a realidade do poder, particularmente no período de ascensão das monarquias absolutas. Nos termos de Jean Bodin, soberania significava o poder supremo do Estado, no sentido de estar liberado e acima das leis, poder absoluto, portanto; ou, no sentido positivo, o poder de abolir ou de fundar as leis.

Na escola Jusnaturalista de Hobbes, Locke e Rousseau, a soberania está ligada a esta segunda acepção, positiva, a do poder de fazer as leis, embora cada um dos três pensadores tenha dado uma solução diferente para o problema. Hobbes remete o poder soberano para o monarca absolutista; Locke irá localizá-la no poder representativo do parlamento, embora, na sua origem e, em última instância, ela pertença à comunidade política já que esta é quem faz o pacto fundante e detém o poder de dissolver o

governo pelo direito à rebelião e de refundação da ordem política; e, em Rousseau, a soberania pertence, de forma inalienável e indivisível, à vontade geral, isto é, ao povo.

A soberania se situa no ato originário da criação do corpo político, que pode ocorrer através de uma revolução, de um contrato fundante ou de ambos. Seja qual for o caso da origem do corpo político, ele requer, nos termos das doutrinas contratualista e republicano-democrática, que o povo seja o sujeito fundante do ordenamento político sacramentado na Constituição. Esta noção estava presente não só no pensamento político-filosófico moderno, mas também nas revoluções modernas que fundaram a democracia, notadamente nas revoluções francesa e americana. No caso americano, além da fundação pela via da Guerra da Independência, a Constituição posterior passou pela aprovação popular por meio de um complexo processo de participação que equivaliu a um referendo popular nos termos de hoje.

Há ainda a noção jurídica da soberania, segundo a qual ela pertence ao ordenamento jurídico-estatal (Kelsen) e a mais ninguém. Ela seria absoluta se a prioridade for dada ao direito estatal nacional, ou seria relativa, se a prioridade for dada ao direito internacional. Mas, ressalve-se que, em termos políticos, a ordem jurídica é uma ordem de origem derivada de um poder fundante que, no caso das repúblicas democráticas, é o poder do povo.

Na história do Brasil, o poder político e suas formas constitucionais e jurídicas sempre foram produtos do trabalho usurpador das elites econômicas e políticas e expressão de seus interesses. Em nenhum momento dos processos fundantes desse poder o povo foi partícipe enquanto sujeito e sempre teve seus interesses e direitos excluídos dos arranjos legais e constitucionais que se efetivaram ao longo do tempo. Notadamente, a Independência se revestiu de uma transformação perpetrada por segmentos que representavam os interesses da metrópole e a Proclamação da República assumiu o caráter de um golpe do qual, o povo, bestializado, nos termos de Aristides Lobo, não participou e sequer compreendeu o significado.

Careceram os dois momentos de conteúdo revolucionário e popular que fosse capaz de fundar uma nação, constituir um povo enquanto comunidade política orientada pelo interesse comum e estabelecer a lei maior fundada nos princípios da liberdade e da igualdade. Sem este requisito republicano-democrático, os dois momentos fundantes do Brasil-nação careceram do fundamento que pudesse legitimar a validade da lei como expressão de uma comunidade igual. Este mal perdura até hoje e só será removido ou por reformas profundas e radicais ou por uma revolução refundadora.

Se algum pacto foi celebrado nesses dois momentos, foi o pacto das elites, com o povo excluído. Foram acontecimentos que vieram sem povo, sem armas, sem terra e sem direitos e, por isso, fundaram uma sociedade injusta, desigual, e a exclusão social, econômica, política e cultural. O fim da escravidão foi pouco mais do que formal, pois os afrodescendentes permaneceram na ignominiosa condição de deserdados da Terra, de serviçais, sem direitos. As chagas da escravidão estão aí abertas até hoje, com todos os seus males, com a cultura do preconceito e da discriminação

institucionalizada, sem que o país se disponha a dar passos efetivos para a reparação do seu crime, da sua culpa.

Nos demais momentos da nossa história em que existia a potência da mudança, o resultado foi sempre a “transição transacionada” das elites, o “vamos mudar para que tudo fique como está”, a mesma validação da exclusão perenizada no tempo. Os direitos trabalhistas da Era Vargas vieram do alto, do Estado, não se constituindo naquele processo uma força autônoma dos trabalhadores. A campanha das Diretas Já morreu no conciliábulo das elites, sacramentado no Colégio Eleitoral, resultando num desastroso governo de transição.

No plano político-institucional, o povo nunca validou qualquer estatuto constitucional fundante. Portanto, nunca foi o detentor do poder soberano fundante, nunca foi o titular da soberania que sempre lhe foi furtada. Se havia qualquer resquício de representação popular na Constituinte que faria a primeira Constituição do Brasil, ele morreu em 12 de novembro de 1823, na Noite da Agonia, quando D. Pedro I mandou o exército invadir o recinto da Assembléia, prendendo e exilando vários deputados. Mandou redigir uma proposta de Constituição por uma comissão de notáveis, que outorgou em 1824, sem que houvesse nenhuma soberania do povo, sequer de forma representada. Assim foi fundado o primeiro ordenamento político-jurídico do Brasil, o que mais durou até hoje.

A exclusão do povo no processo que levou à primeira Constituição republicana, de 1891, também foi grotesco. O papel da Constituinte foi meramente homologatório. Em dezembro de 1889, o marechal Deodoro nomeou uma comissão para elaborar uma proposta de Constituição. A proposta da Comissão foi modificada e revisada pelo governo provisório, na pessoa de Rui Barbosa. A Constituição que foi aprovada não foi nem a proposta da Comissão e nem uma proposta da Constituinte, mas a proposta do governo provisório. Foi desta forma que nasceu o ordenamento jurídico-republicano com o povo inteiramente expurgado do processo. As Constituições que surgiram no século XX não foram diferentes. Mesmo a chamada Constituição cidadã de 1988 não foi submetida ao referendo do povo, sendo mais uma vez sua soberania bloqueada por um pacto pelo alto que ocorreu no Congresso Constituinte.

As breves e pequenas conquistas de direitos e de bem-estar, a exemplo daquelas contidas na Constituição de 1988, e incrementadas por alguns governos, têm caráter efêmero e não removeram as condições e instrumentos que perpetuam as desigualdades. A desconstrução social promovida pelo governo Temer é prova testemunhal e material do caráter precário das parcas conquistas sociais da Constituição e aquelas promovidas pelos dois governos do PT. Nos momentos de crise, os frágeis direitos são os primeiros a serem passados no fio da espada para recompor e salvaguardar o capital. Não basta que os direitos estejam inscritos na Constituição e nas leis. Eles precisam ser efetivos, traduzidos em condições de vida dignas e em efetivas capacidades de escolhas.

No Brasil, o Estado sempre esteve a serviço do capital, da promoção da riqueza de poucos e da pobreza de muitos, do confisco fiscal dos pobres e da isenção e incentivo

dos ricos, da segurança e da educação dos abastados e da violência e da incultura do povo. Formas renovadas de patrimonialismo estão sempre prontas para servir de instrumentos de apropriação de recursos públicos pelo capital. Os privilégios dos políticos, do Judiciário, do Ministério Público, do alto funcionalismo dos três poderes e das cúpulas das polícias e das Forças Armadas são escandalosos e criminosos.

Os poucos partidos progressistas que alcançaram o governo não conseguiram implementar reformas radicais, se perderam nas conciliações e foram derrubados por golpes. A sociedade civil continua frágil, gelatinosa, sem capacidade de afirmar os direitos sociais e civis perante o Estado instrumentalizado pelo capital e esvaziado de conteúdo universalizante. Os movimentos sociais são frágeis em sua capacidade de constituir forças organizadas capazes de lhes conferir autonomia e poder.

Diante desta natureza do poder político brasileiro e de seu conteúdo constitucional e jurídico particularista, torna-se necessário quebrar este círculo histórico impenetrável e perverso que apresenta e se reproduz no tempo. É preciso quebrar a força do poder central concentrado nas mãos das elites. É preciso desconcentrar o poder, federalizar a União, entregar o Estado ao controle popular, conferindo-lhe um conteúdo local e comunitário. É preciso quebrar os privilégios dos políticos e dos altos funcionários dos três poderes. É urgente reorientar os fundos para o interesse público e para as necessidades sociais dos mais pobres. É imperioso barrar o confisco fiscal dos trabalhadores e dos mais pobres para financiar os mais ricos.

Para que o círculo impenetrável do poder das elites seja quebrado, torna-se imperativo que o povo se apose do poder constituinte da democracia e do republicanismo, refundando o seu ordenamento jurídico, normativo e constitucional. No simulacro da democracia existente, a soberania sempre foi expropriada, privatizada e nunca pertenceu ao povo. A representação dessa soberania se revestiu de falsidades medonhas no exercício ilegítimo de um poder contra as classes populares e em benefício dos ricos.

O exercício do poder impositivo das elites e a existência de suas normas jurídicas e constitucionais correspondentes sempre foi parcial, cruel, sonegador do futuro para a maioria dos brasileiros. A *res publica* foi sistematicamente privatizada, apropriada, dilapidada em seu conteúdo republicano e universalizante. Os instrumentos políticos, jurídicos, constitucionais e as instituições econômicas e sociais bloquearam a potência constituinte do povo, se petrificaram na imobilidade anticivilizatória e anti-humanística, inviabilizando a própria potência do Brasil enquanto nação no contexto do mundo.

O bloqueio do poder constituinte e da soberania do povo pelas elites não significa outra coisa senão a negação da sua liberdade, da sua autonomia e da sua capacidade de se constituir como uma comunidade política efetiva, justa e igual. A redução do povo a uma imobilidade estática pelo círculo impenetrável do poder sufoca o desenvolvimento das virtudes cívicas e sacramenta o sistema de operação do poder pelas elites em um sistema visceralmente corrupto.

A quebra da masmorra de ferro do poder constituído pela imposição ilegítima, que aprisiona a potência constituinte do povo, é o único caminho para liberar suas

energias criativas, sua capacidade de inovação, a sua potência para o desenvolvimento de uma vida social e política fundada nos valores cívicos e nas virtudes republicanas. O povo e seus indivíduos precisam construir sua autonomia, seu empoderamento, sua soberania coletiva e individual enquanto capacidades e possibilidades de escolher alternativas de vida criativas, realizadoras, fruidoras.

A democracia só é uma forma legítima de poder político se for constituída pelo povo, se ela não for insulada pelas normas jurídicas e pelas instituições, se ela não for aprisionada pelo capital e se não for bloqueada pelas decisões de vontade fundadas em poderes arbitrários e discricionários. Somente assim a democracia poderá persistir como uma forma aberta de poder numa sociedade aberta, e o poder constituinte do povo poderá transcender formas anacrônicas e inadequadas da liberdade, da vida social, econômica, política e cultural através de processos criativos e inovativos da existência humana.

Por não ser legítimo, o regime político, no Brasil, sempre foi “um mal-entendido”, um instrumento a favor das elites e contra o povo, uma não-democracia. Trata-se de um sistema em crise permanente, suscitada pela recorrente disputa entre os grupos particulares das elites para se apossar dos fundos públicos e do poder para validar as isenções e incentivos fiscais. Esse sistema em crise precisa ser levado a um momento crítico, a uma ruptura, a um colapso, pois ele representa a interdição do futuro e da dignidade para a maioria do povo brasileiro, a interdição do futuro do Brasil enquanto nação soberana, integrada de forma autônoma ao mundo.

Para que o poder político ilegítimo do Estado brasileiro, instrumento particular das elites, possa ser levado a um momento de superação, com a instauração da soberania constituinte do povo, será preciso construir força e unidade de um amplo campo político, social e cultural, democrático e progressista. Sob o princípio de unidade com pluralidade, será necessário superar o sectarismo impotente dos movimentos políticos e sociais deste campo, num processo que não extingue eventuais diferenças, mas que se une no que é fundamental para mudar o Brasil.

O respeito às singularidades, às individualidades, às pluralidades e às diferenças num permanente diálogo constitutivo da potência e do poder de uma multidão inserida nos movimentos, grupos, partidos e coletivos é condição para criar a força capaz de inovar e transformar o Brasil. Essa força e unidade deverão se expressar num programa universalizante de direitos, orientados pelos princípios da liberdade, da igualdade e da justiça. Deverão se expressar num programa de desenvolvimento econômico, social e cultural compatível com as exigências do presente e do futuro no que diz respeito à sustentabilidade ambiental. Deverão se expressar num programa que priorize o empoderamento e a soberania dos indivíduos e grupos mais vulneráveis, das mulheres, dos afrodescendentes, dos indígenas, dos pobres, dos trabalhadores, das crianças, dos jovens e dos idosos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto (2000). *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus;
- CORWIN, Edward S. (1986). *A Constituição Norte-americana e seu Significado Atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor;
- DAHL, Robert (2001). *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília;
- FAORO, Raymundo (1998). *Os Donos do Poder Volumes 1 e 2*. São Paulo: Editora Globo;
- IGLESIAS, Francisco (1993). *Trajatória Política do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras;
- KRISTSCH, Raquel (2002). *Soberania - A Construção de um Conceito*. São Paulo: Humanitas/USP;
- LIJPHART, Arend (2003). *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira;
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John (1993). *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira;
- NEGRI, Antonio (2002). *O Poder Constituinte - Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Editora;
- SKINNER, Quentin (1996). *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras;
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1977). *A Democracia na América*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo;

LEI DA FICHA LIMPA E A VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Alessandro Soares¹

Devemos iniciar reconhecendo que os rótulos e as nomenclaturas atribuídas usualmente a um diploma normativo cumprem mais do que uma função didática ou de popularização de seu conteúdo, já que muitas vezes é capaz de nos revelar o espírito que nutriu a sua formação, indicando, assim, aspectos contraditórios.

É esse o caso da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, denominada Lei da Ficha Limpa. Como se observa, o intuito dessa norma é um dos mais nobres e relevantes: assegurar uma assepsia da política. Junto a esse objetivo plenamente justificado do ponto de vista da cidadania, ao menos a partir de uma alusão genérica, impõe-se constatar que a expressão “Lei da Ficha Limpa” dialoga com sentimentos populistas² de cerceamento da luta política.

A questão a saber é até que ponto pode-se ir nesse sentido restritivo sem ofender princípios de ordem democrática e, com isso, a própria moralidade do poder que a lei procura salvaguardar?

1 Diretor Acadêmico da Faculdade Escola Paulista de Direito – EPD, Professor de Direito Constitucional da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – USAL, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP

2 Não causa espanto que a aprovação dessa lei pelo Congresso brasileiro tenha se dado inicialmente a partir de um abaixo-assinado para a aprovação de um projeto de lei de iniciativa popular com base no art. 61, § 2º, da Constituição brasileira de 1988. Apresentando para a população o projeto como de combate à corrupção, dificilmente alguém deixaria de apoiar. Vale observar que essa proposta de iniciativa popular foi encampada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), formado por diversas entidades da sociedade civil e movimentos sociais que iniciaram, em abril de 2008, a “Campanha Ficha Limpa”. A proposta recebeu aproximadamente 1,3 milhão de assinaturas, sendo apresentada perante a Câmara dos Deputados em 29 de setembro de 2009. Como havia eleições agendadas para 2010, os proponentes da “Lei da Ficha Limpa” tinham certo interesse em acelerar o processo de aceitação da proposta, ou seja, queriam ver logo a lei aprovada e aplicada em disputas eleitorais, o que seria impossível em face da necessidade de confirmar o cumprimento dos requisitos constitucionais e legais no recolhimento das assinaturas. Visando solucionar esse problema, o Deputado Antônio Carlos Biscaia e outros parlamentares subscreveram a proposta como de iniciativa parlamentar no dia 29 de setembro de 2009; assim, iniciou-se o trâmite do PLP n. 518, que posteriormente é apensado ao PLP n. 168/1993.

De chofre, em seu art. 1º, fica declarado que a mencionada lei regulamentará hipóteses de inelegibilidade com o intuito de assegurar a moralidade das candidaturas a partir de regras de bloqueio à capacidade de participação no embate político eleitoral. Tal pressuposto dá concretude, então, aos ditames do art. 14, § 9º, do Texto Constitucional de 1988,³ o qual estatui a faculdade de o Legislativo elaborar Lei Complementar instituindo inelegibilidades sob o fundamento de proteger a moralidade e a probidade.

Impende destacar que as inelegibilidades constituem restrições ao direito subjetivo de competição eleitoral: ao tornarem inviável uma candidatura (não a campanha), atingem, portanto, fração importante dos direitos políticos. Em outras palavras, as inelegibilidades obstam que o exercício do sufrágio (capacidade eleitoral ativa) – materializado no voto – recaia sobre um pretendente a cargo eletivo. Atinge tanto quem quer ser eleito quanto quem quer eleger.

A perspectiva da lei, dessa forma, é clara: quem não detiver moral e respeitabilidade pessoal suficiente para estar em exercício de uma alta função pública nem mesmo poderá validamente competir para ascender a tal posição de poder. Sobre esse aspecto, impõe-se observar que as inelegibilidades introduzidas pela Lei da Ficha Limpa têm caráter sancionatório, pois implicam valoração negativa de uma circunstância jurídica (ilícito cometido) e restrição da esfera do gozo dos direitos políticos como resultado.

De toda sorte, a questão central é definir qual situação jurídica pode ser legitimamente tomada pelo legislador como causa de inelegibilidade – isso porque regras dessa natureza devem ser adotadas em caráter excepcionalíssimo, uma vez que causam impacto na correlação de forças do jogo político-democrático no cenário eleitoral.

A tendência geral, por exemplo, é considerar que condenados em processos judiciais, como aqueles que apuram o cometimento de crimes contra a Administração Pública ou os direitos humanos, não possam pleitear cargos eletivos. Imagina-se, por óbvio, um processo judicial no qual tenham sido asseguradas todas as garantias individuais previstas na Constituição. Dessarte, a gravidade da situação abre a possibilidade de restrição aos direitos políticos a partir da construção de hipóteses normativas abstratas de inelegibilidade. É a circunstância extrema que legitima uma medida ostensivamente ameaçadora ao princípio democrático e à correlata vontade popular. Em verdade, nessas situações, compreende-se que o poder político democrático exige sujeitos éticos como seus titulares; caso contrário, o próprio exercício do poder e a legitimidade do Estado está ameaçada.⁴ Diante disso, convém expor algumas palavras sobre esse ponto.

A Constituição brasileira de 1988 adota em seu traçado fundamental um regime democrático universalizador, no qual é assegurada uma participação eleitoral ampla e igualitária, tanto no que se refere ao direito de votar quanto ao de ser votado,

3 Com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 4/1994.

4 Já tivemos a oportunidade de tecer alguns apontamentos sobre esse tema: SOARES, Alessandro. *Processo de cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99-106.

contemplando ainda manifestações no plano da democracia direta (direito de tomar posição política sobre determinada decisão estatal).

Essa abordagem da Carta Política contraria a tradição histórica latino-americana e nacional. Um dos grandes dramas das sociedades foi incorporar ao processo político as massas populares. Duramente, a partir de muitas lutas e idas e vindas, mulheres, trabalhadoras e trabalhadores, negras e negros, pobres, idosos e analfabetos foram sendo aceitos formalmente nos processos eleitorais. Verdade que nem sempre essa ampliação participativa se deu com real influência decisória, pois juntamente com esse processo implementava-se a fraude e a violência eleitoral de modo a garantir a manutenção do poder das elites.⁵

É essa a dinâmica histórica que explica o regime de excepcionalidade absoluta das regras limitativas à participação política, mesmo quando baseado em autorização constitucional, como é a circunstância das inelegibilidades tratadas pelo art. 14, § 9º, da atual Constituição brasileira. Com efeito, é sempre importante sublinhar que a exclusão participativa e a exclusão cidadã constituíram a regra em nosso continente tardio. Estamos, portanto, transitando em um território onde todo cuidado é insuficiente.

Faz-se imperioso, no entanto, realçar um cenário contextual que dialoga diretamente com o argumento que desejamos apresentar. Normalmente, nos recuos aos processos democráticos ocorridos no cone sul da América Latina, a introdução de regimes ditatoriais ocorreu sob o fundamento de uma narrativa que fazia da moralidade pública o seu cavalo de batalha. Com essa justificativa, entre outras, forças sociais antipopulares não hesitavam em derrubar presidentes eleitos, fechar parlamentos, perseguir oponentes, cassar mandatos e direitos políticos, limitar ou impedir eleições, desconstituir partidos, realizar processos judiciais de exceção, implementar execuções e torturas.

Sob o manto da proibidade, quase tudo o que era moralmente vil era posto em prática. Nesse sentido, observe-se que a ditadura civil-militar brasileira de 1964-1988 foi implantada a partir de um discurso em que a defesa da moralidade e da proibidade, bem como o combate à corrupção, era um dos seus eixos centrais – basta, quanto a isso, uma leitura dos Atos Institucionais n. 1, 2 e 5.⁶

5 Nesse sentido, ver LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

6 Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964: “O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica (...), se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil”. Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965: “A revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação de um governo que afundava o País na corrupção e na subversão”. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, “Considerando que a Revolução Brasileira de 21 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada (...) na luta contra a corrupção...”.

De fato, o princípio da moralidade e da probidade pública só ganha sentido próprio e apenas encontra a sua razão de ser na presença do regime democrático; por isso, em nome da limpeza ética não se está constitucionalmente autorizado a produzir atos, legislações ou interpretações que minem a legitimidade do sistema político.

O que nos parece é que a Lei Complementar n. 135/2010, ao alterar o regramento das inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990), ultrapassou as balizas democráticas constitucionais. Nessa perspectiva, vejamos que a lei estabeleceu que são inelegíveis todos aqueles condenados por certos crimes,⁷ desde que essa decisão passe por órgão colegiado, mesmo sem a ocorrência do seu trânsito em julgado (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/1990).

A prescrição normativa supracitada relativiza o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade em nome da moralidade.

Como se sabe, a Constituição brasileira determina em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É a culpa final e inequívoca que possibilita a aplicação da sanção, posto que seria despropositado fazer alguém iniciar o cumprimento de uma pena que poderá ser anulada ou alterada no futuro, a não ser que se queira minar a legitimidade do Estado enquanto locus do monopólio da violência. A presunção de inocência, parece-nos, é um princípio aplicável a qualquer âmbito judicial, e não só penal, compondo o cenário de um devido processo legal justo.

Não é excessivo rememorar que, com a edição do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José (Costa Rica, 22 de novembro de 1969), e este, em seu art. 8º, 2, ao tratar das garantias judiciais, estipula que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. No mais, não se pode olvidar que a presunção de inocência é cláusula pétrea, consubstanciando componente intangível do ordenamento jurídico a teor do art. 60, § 4º, da Constituição,⁸ uma vez que corporifica um direito individual, não sendo admitida

7 Art. 1º. São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

8 Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

deliberação legislativa de qualquer proposta de emenda constitucional que tenda a eliminá-la do ordenamento jurídico.

Assim, pode-se concluir que a inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa, em seu art. 1º, I, “e”, antecipa um efeito sancionatório, tratando alguém que ainda está debatendo a sua causa em juízo como se definitivamente culpado fosse.

É a situação de presunção de culpa que gera a “ficha suja”. Dessa visão constata-se uma tensão principiológica entre a presunção de inocência e a moralidade pública, o que deveria, segundo entendemos, acarretar um posicionamento enfático por parte dos tribunais no sentido de reconhecer a ofensa ao Texto Constitucional. Infelizmente, o próprio Supremo Tribunal Federal assim não compreendeu a questão.⁹

Convém verificar ainda que, para dar ensejo ao fenômeno da inelegibilidade, a relativização legal do princípio da presunção de inocência não é fato novo no desenvolvimento histórico do direito brasileiro. Durante a última ditadura civil-militar, a Lei Complementar n. 5, de 05 de abril de 1970 (posteriormente revogada pela atual lei de inelegibilidades), previa regra similar à apresentada pela Lei da Ficha Limpa, estatuindo em seu art. 1º, I, “n”, que seriam inelegíveis aqueles que “tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente”. Diante dessa constatação é indispensável afirmar que a fragilização do princípio da presunção de inocência, que parece tão afeita a um direito de índole individual, acaba por solapar o princípio democrático e o regime de igualdade cidadã. Sobre esse aspecto, não causa surpresa que preceitos similares à Lei da Ficha Limpa tenham vigorado durante o período ditatorial.

Dessa forma, defrontamo-nos com um cenário em que a inconstitucionalidade se desdobra, ou seja, em nome do princípio da moralidade e da probidade pública inseridos no art. 14, § 9º, da Constituição o legislador, premido por um populismo punitivista, relativizou a presunção de inocência e o princípio da representação democrática.

Dentro desse horizonte, é preciso notar que toda candidatura posta para a escolha do eleitorado aparece como um elemento de representatividade. A redução arbitrária do campo de seleção da cidadania pode causar a eliminação da representatividade política perante determinada conjuntura, atingindo a legitimidade do sistema de poder institucionalizado. Note-se que o afunilamento do campo de escolha tem um sentido de restrição do próprio direito de sufrágio ativo, isto é, fragiliza o voto de cada integrante da cidadania.

Em verdade, a Lei da Ficha Limpa, na prática, cria uma avaliação moral prévia e vinculada a partir de um processo judicial em andamento, não finalizado.

Vale observar que antes mesmo da edição da Lei Complementar n. 135/2010 foi proposta uma ação judicial [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144/DF] por parte da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) na qual se demandava ao Supremo Tribunal Federal uma interpretação do art. 14,

9 Ver ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4.578/AC julgadas em 16 de fevereiro de 2012.

§ 9º, que determinasse a aplicabilidade plena e imediata do seu conteúdo. Com isso, solicitava-se que a análise quanto à vida pregressa das candidaturas, a fim de proteger a probidade e a moralidade, fosse realizada de modo discricionário pelo Poder Judiciário, com ampla margem de liberdade para dizer quais postulantes a cargos públicos poderiam competir em pleitos e quais ficariam impedidos de fazê-lo.

Sendo esta a métrica da referida ação judicial, como último pedido se requereu a declaração de inconstitucionalidade das regras até então vigentes na Lei Complementar n. 64/1990 que exigiam o trânsito em julgado de processos judiciais para a decretação da inelegibilidade.¹⁰ Para os proponentes da ADPF, a valoração da vida pregressa não poderia se submeter a requisitos fixos e determinados, com a especificação de hipóteses fechadas. Em síntese, uma Magistrada poderia decidir pela inelegibilidade de um candidato, considerando diversos aspectos de sua vida pregressa, como número de processos judiciais que sofre, inquéritos a que está submetido, condenações etc., sem a obrigatoriedade de se apegar ao trânsito em julgado de uma decisão judicial.¹¹

É no mínimo interessante notar que toda essa argumentação sobre a valoração da vida pregressa é adotada tomando como modelo as regras aplicadas aos que realizam concurso para cargos públicos. Se muitas vezes há investigação social, legalmente prevista, para averiguar a vida anterior do pretendente a um cargo efetivo, por que em relação aos cargos eletivos tal medida não poderia ser aplicada, sobretudo considerando o mandamento do art. 14, § 9º, da Constituição? A resposta é simples: o cargo eletivo implica sempre responsabilidade política periódica, uma vez que se trata de mandato republicano. Como se sabe, esse quadro de responsabilidade política está ausente do horizonte do cargo burocrático, o qual demanda preponderância do elemento técnico.

No fundo, vingasse a interpretação apresentada na ação proposta pela AMB, ao Judiciário seria conferida uma faculdade ampla de análise de situações de moralidade de candidaturas, substituindo a cidadania nesse processo valorativo. Em outros termos, haveria a transferência para os órgãos burocráticos judiciais de uma competência avaliativa moral cujo monopólio diz respeito à comunidade de eleitoras e eleitores no momento da decisão em pleitos. O julgamento de ordem ético-comportamental

10 Eis o argumento exposto na ADPF: “Sustenta, nesse quadro igualmente relevante, A AMB que (a) a exigência do ‘trânsito em julgado’ das decisões mencionadas nas alíneas ‘d’, ‘e’ e ‘h’ do inciso I, do art. 1º, (b) a ressalva quando ‘a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário’ mencionada na alínea ‘g’, do inciso I, do art. 1º, (c) bem ainda a exigência de que tenha ‘trânsito em julgado’ a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar n. 64/90, conflitam diretamente com o texto do § 9º, do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR n. 4/94, no ponto em que estabeleceu que a Lei de Inelegibilidade teria a finalidade também de ‘proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato’.

11 Mais uma vez, o argumento da ADPF: “Não há necessidade, pois, de que a lei complementar de inelegibilidade disponha sobre hipóteses que haveriam de ser apuradas na investigação da vida pregressa, porque se trata de uma apuração ampla, impossível de ser reduzida a determinada hipótese, conquanto, reafirme-se, possa a lei vir a estabelecer algumas dessas hipóteses, de forma exemplificativa”.

antecipado em face de processos judiciais sem trânsito em julgado consubstancia um ato de natureza tipicamente política.

Há similaridade entre os objetivos da ADPF n. 144/DF, que abordamos anteriormente, e o conteúdo adotado pela Lei da Ficha Limpa, já que nas duas situações se procura neutralizar o requisito do trânsito em julgado com vistas a punir candidaturas tidas como ofensivas à probidade e à moralidade pública. Mas há uma diferença, qual seja, a ADPF claramente vai no sentido de realocar a discricionariedade popular no Judiciário, enquanto a Lei da Ficha Limpa automatiza um pré-julgamento político a partir da decisão emitida por um órgão judicial colegiado em certas situações. O que aproxima ideologicamente as visões em ambos os casos é o espírito elitista de desconfiança para com os processos democráticos.

Alguém poderia afirmar que estamos exagerando na análise realizada acima e que o tempo atual exige uma interpretação mais conforme às condições factuais; afinal, a democracia estaria consolidada e a doença da corrupção seria o grande mal a ser extirpado. Com efeito, o caráter de excepcionalidade que deveria nortear a criação e a aplicação de normas restritivas aos direitos individuais e aos princípios democráticos vão sendo paulatinamente ampliadas, como se o próprio regime democrático e o Estado de Direito não corressem qualquer tipo de perigo. Guiando-se por esse caminho, não tardará a vermos que a democracia e os direitos individuais constituirão o caso excepcional e ninguém irá se responsabilizar por essa obra final. O princípio de preponderância da cláusula democrática estabelecida pela Constituição de 1988 é o único escaninho de defesa contra esse ovo da serpente. “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.”

REFERÊNCIAS

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOARES, Alessandro. *Processo de cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PODER DA AUSÊNCIA

Alfredo Attié¹

“The writer can only write about what he admires... The poor are still in the open. When they make a struggle, it is an heroic struggle with starvation, death or imprisonment the penalty if they lose.... Our race admires gallantry, the writer ... finds it in the struggling poor now.” J. Steinbeck, 1939.

Numa sociedade dividida e desigual como a brasileira, em que cobrar a imparcialidade, estabelecida pela lei, dos titulares dos Poderes e dos agentes públicos parece cada vez mais difícil, a construção da unidade no Estado, a partir das diversidades naturais e culturais, torna-se uma tarefa impraticável.

Um projeto importante de construção de unidade foi o da doutrina da chamada Separação de Poderes,² nos séculos XVII e XVIII. O fato de essa doutrina ter-se convertido em dogma, no curso dos processos das Revoluções francesa e americana, não nos deve impedir de proceder a uma reavaliação. Isso porque não vivemos no mesmo mundo imaginado para a, e pela Separação de Poderes. Porque temos, ainda, o dever de refletir sobre as vicissitudes dessa doutrina, para entender nossa crise atual de organização e de conflito entre, e de poderes.

Ao pretender analisar as razões da superação desse paradigma de construção da unidade política, gostaria de referir ideias esquecidas e ideias a retomar no processo de sua formação.³

-
- 1 Presidente da Academia Paulista de Direito, em que é Titular da Cadeira San Tiago Dantas, sucedendo a Goffredo da Silva Telles Jr, Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo, exerce a função de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, autor de Montesquieu (Lisboa/São Paulo: Chiado Editora, 2018).
 - 2 Ver ATTÍE, Alfredo. “O Supremo que a Sociedade quer” in O Estado de São Paulo, 24 de julho de 2018. Acesso em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-supremo-que-a-sociedade-quer>.
 - 3 Tema e assunto de minha Conferência “Conflitos entre os Poderes na Contemporaneidade”, proferida no dia 10 de julho de 2018, no Tribunal da Relação de Lisboa, por ocasião do VI Congresso Internacional de Direito, organizado pela Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa.

1. *A Separação de Poderes foi pensada para um regime monárquico de governo, especificamente, uma monarquia de supremacia do Parlamento.*

O texto de John Locke que introduz a ideia da Separação, na Era Moderna, é, com efeito, o panfleto dos vitoriosos da chamada Revolução Gloriosa inglesa, que firmou o pacto das autoridades real e parlamentar, ao instituir a soberania desta sobre aquela, e findar os conflitos da Guerra Civil, estabelecendo limites mais ou menos precisos para a conformação do poder político, impedindo a permanência do estado de revolução e os perigos de seu radicalismo, após a experiência do Interregno.

No Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1688/1689), Locke propõe a consolidação de um sistema de poder – ao mesmo tempo econômico e político – estabelecendo a prevalência da propriedade (*property*), firmada historicamente de modo irrevogável, e um estado de direito que impede a discussão dos conflitos passados, por meio de um pacto político. Há, portanto, dois institutos fundamentais: a propriedade, que sustenta as relações sociais e consolida a sujeição a um regime de poder, e o contrato, que engaja a sociedade na, e a sujeita à organização política dedicada a garantir a submissão ao poder político, em contrapartida da manutenção de determinados direitos e deveres.

O povo aparece como o agente desses dois institutos: ele consolidou a propriedade, mediante o trabalho – quando era possível, na narrativa ou ficção histórica engendrada por Locke, transformar trabalho e posse em propriedade – e ele firmou o pacto, autorizando o exercício do poder soberano. Dois institutos que não são criados simultaneamente, nessa mesma narrativa da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade (por meio da instituição da propriedade) e para o estado político (por meio da instituição do contrato ou pacto político, pelo qual se promete guardar a paz e a situação de propriedade que o precede). E o povo pode revogar o pacto e afastar o soberano, se o exercício do poder abandonar os termos do pacto político, tornando-se abusivo.

O poder político localiza-se no poder legislativo (*legislative power*), que tem o direito de determinar o modo como a força da sociedade política deve ser empregada para a preservação da comunidade e de seus membros (§ 143): “*the legislative power is that, which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed for preserving the community and the members of it.*”

O Poder Legislativo é um poder fundador, perpétuo e soberano, estabelecido numa assembleia, todavia, não permanente de diversas pessoas. Estabelecidas as leis, o poder legislativo, motor da sociedade política, entra em estado de inércia, cedendo sua atividade, sua força ativa, ao poder executivo (*executive power*), um poder derivado e permanente, que permanece sempre em atividade, para o fim de dar às leis uma força de atuação constante, visível. O executivo é um poder *always in being*, sempre ativo, mas que nada cria, pois apenas atua e atualiza o poder legislativo.

O poder das leis é soberano, mas aqueles que as fazem desaparecem, ao se submeterem a essas mesmas leis. As leis, portanto, não têm sujeito presente. Elas são elaboradas por uma assembleia que se desfaz, perdendo sua identidade.

As leis são o objeto mais elevado da política. Feitas para a sociedade, submetem a todas as pessoas, indistintamente. Seu sujeito, o poder, na verdadeira acepção do termo, força motriz, que inaugura a vida política, criadora, aparece como assembleia para sua criação, para, a seguir, tornar-se ausência. O deus criador deixa a sociedade e passa a atuar por suas criaturas, das quais exige a execução de suas regras, por meio de um poder atuante e ávido apenas de fazer reafirmar constantemente a soberania do criador. Esse poder de atualizar as leis civis, leis da sociedade política, é o governo. Quem o controla? O poder ausente, o legislativo, atualizado pelo executivo. O controle do governo, portanto, é circular, autoalimentado. O executivo faz visíveis as leis, ativa-as sem nada criar, mantendo viva a memória do pacto político - mas sobretudo de seus limites e contrapartidas -, cujo descumprimento permite o rompimento do contrato entre povo e soberano. O povo, portanto, permanece como a força adormecida, sempre apta a despertar e fazer recuperar o poder que lhe pertencia e que foi entregue ao poder legislativo, para a preservação dos direitos de propriedade. O soberano (o Parlamento e não o rei, mesmo que o regime se autodenomine monárquico) atualiza o poder legislativo, ao executar as leis.

Portanto, a Separação de Poderes foi criada para essa monarquia muito específica: a monarquia em que o monarca foi derrotado pela dinâmica parlamentar. A assembleia é agente de representação dos poderes políticos advindos do pacto (do povo, portanto). O monarca é apenas a imagem de unificação dessas diversas pessoas⁴ (“*divers persons*”) que fizeram a assembleia.

Não existe, portanto, conflito entre os poderes. Há uma coordenação de seu trabalho e de suas potências ou capacidades. Na verdade, existe mesmo uma subordinação pura e simples do executivo ao legislativo. E isso decorre do fato de a Separação de Poderes, como doutrina, surgir como resultado do fim do conflito concreto entre rei e parlamento, quando, ao fim do processo revolucionário inglês - que perpassa toda a história da formação do sistema moderno ou regime de governo da Inglaterra, mas se agudiza no curso do século XVII -, o parlamento vence e preserva a monarquia sob condição de submissão, dando ao povo a imagem da unidade e os símbolos do poder. Poder da imagem. Visibilidade e identidade, que atualizam e ocultam o lugar e o tempo do poder - ausente, imaginário, mas efetivo, engendrado na narrativa lockeana da construção do poder legislativo.

Com efeito, a “*Separação de Poderes (...) não foi criada para resolver conflitos entre poderes, mas para, por um lado, evitar que o poder do Estado - ainda em construção*

4 O arranjo ou concerto dos poderes visa a evitar o conflito. O abuso ou usurpação do poder coloca sempre o governante em estado de guerra com o povo e sua soberania. O poder legislativo representado pela assembleia deve ser dissolvido e permanecer ausente, para evitar que os membros da assembleia pretendam tratamento distinto em relação aos demais membros da sociedade, obtendo privilégios a que não têm originalmente direito. Impede-se assim que haja abuso de poder. Do mesmo modo, em Montesquieu, o poder judiciário não será devotado a uma assembleia permanente de pessoas, mas deverá ser preservado invisível e nulo, evitando assim que haja usurpação por alguns do *si terrible* poder de julgar - que também é societal.

nos séculos XVII e XVIII – usurpasse as virtudes das relações sociais e para, por outro lado, fazer com que o Estado viesse a cumprir papel relevante na solução das crises geradas pelos vícios dessas mesmas relações. A Separação de Poderes foi concebida como um fator de incentivo à moderação na convivência humana e de indução da liberdade política, isto é, a segurança e a confiança na vida social, entre seus verdadeiros agentes, indivíduos e instituições da sociedade e não artificiais agentes estatais. Separam-se poderes, portanto, para possibilitar a limitação do Poder do Estado em face da sociedade e para que o Estado seja capaz de solucionar os problemas e conflitos no interior dessa sociedade. É ela que importa, nesse concerto dos poderes, que era para ser, em verdade, um arranjo inteligente de poder e contra-poder, ação e contenção, governo e controle.”⁵

Como consequência dessa narrativa e dessa tópica⁶ lockeana dos poderes – mas não apenas delas – observa-se que não há poder judicial do Estado.⁷ O poder judicial ou judiciário é poder da sociedade, social ou societal, portanto. Esse fato – não referido por Locke – decorre da evolução da *common law*, e resulta de um outro conflito, simbolizado pela divergência entre Francis Bacon, Lord Chancellor, e Edward Coke, Chief-Justice, em que o lugar e o tempo de criação das leis civis é deslocado para a elaboração dos juízes - com a preservação da independência dos juízes - na aplicação de normas, que são precedentes.

O poder de criar e aplicar e modificar os precedentes é um poder social ou societal, estando nas mãos dos juízes, que exercem o poder judicial com independência. O fato de os manipuladores dos precedentes serem independentes é essencial para a compreensão desse caráter do poder judiciário. Mas o poder judiciário em si não possui independência. Como poder societal ele está subordinado ao órgão de soberania do Estado, que é o Parlamento. Note-se que a Câmara dos Lordes encimou o sistema judicial inglês até recentemente, quando foi criada, por adaptação ao, ou exigência do direito comunitário europeu e do sistema europeu dos direitos humanos, a Suprema Corte, em 2009.

Introduzo, portanto, esses três aspectos, que saliento porque considero esquecidos, no curso da história da Separação de Poderes: a doutrina foi criada para o regime monárquico; para uma monarquia específica, em que o poder supremo instalou-se no parlamento, passando o monarca propriamente a exercer um papel simbólico, porém fundamental, como imagem de unidade do poder; essa doutrina não foi cogitada para o conflito de poderes, nem entre os poderes; o poder judicial está fora do dos poderes estatais ou políticos, mas, mesmo que poder societal, ele se submete àqueles.

5 ATTIÉ, Alfredo. “O Supremo que a Sociedade quer” in O Estado de São Paulo, 24 de julho de 2018.

6 ATTIÉ, Alfredo. Montesquieu. Lisboa/São Paulo: Chiado Editora, 2018.

7 Para uma análise da Magistratura e do Poder Judiciário e suas funções, ver ATTIÉ, Alfredo. “A Magistratura” in LEMOS Fo., A.; BARSALINI, G.; VEDOVATO, L.R.; MELLIM Fo., O. (orgs.). Sociologia Geral e do Direito. 7. ed. Campinas: Alínea, 2018.

2. *Um grau de sofisticação maior alcança a mesma doutrina, quando passa pelo crivo de Montesquieu.*

Primeiro, porque – outro ponto fundamental esquecido – a doutrina da Separação de Poderes decorre da análise bastante precisa da situação do poder ou, mais propriamente, dos poderes no interior da sociedade. Qual é a localização dos poderes, em quais sujeitos aparecem, de que modo, seguindo quais tipos de arranjos, de regras. Qual é o contexto em que se expressam e quais os princípios que emanam dessa expressão e passam a controlá-la. Esse é o gênio da formulação da doutrina, hoje perdido, pela pretensão de que a doutrina seria uma teoria e um dogma. Em sua formação, todavia, não há teoria da Separação de Poderes.

A teoria dos fundadores é teoria da sociedade, visando a acentuar determinados valores que esses fundadores enxergavam como fundamentais. A Separação de Poderes, em consequência, foi formulada como modo de concertar a expressão dos poderes, coordená-la, com o objetivo de fazer prevalecer uma visão do concerto desses valores fundamentais.

Não é à toa que a Separação de Poderes aparece no seio de uma obra de análise da sociedade política e de sua formação para a preservação de determinados fins, em Locke. E o mesmo em Montesquieu, com a sofisticação de ter sido, no capítulo específico do Espírito das Leis (1748), voltado à explicitação da doutrina, que o filósofo inseriu um de seus importantes conceitos de liberdade. No caso, a liberdade política em relação aos cidadãos: segurança, tranquilidade de espírito, confiança nos demais cidadãos,⁸ certeza de que é possível relacionar-se com os demais, forjando relações seguras, laços sociais confiáveis.

Portanto, há, em Montesquieu,⁹ uma análise que identifica as *puissances* (potências, capacidades) e os princípios ou paixões que regem os regimes. O que governa é a paixão predominante: os poderes se submetem ao grau de liberdade. E o regime em que a Separação desses Poderes aparece como virtude e necessidade ou remédio, é o monárquico, também, sendo a referência precisa (ficcional e real) a constituição inglesa, o regime inglês. Nele, novamente, o poder legislativo predomina e submete os demais, que Montesquieu chama de executivos. São dois: um executivo das leis civis (as leis formadas dentro do Estado) e outro executivo das leis correspondentes ao direito das gentes, o direito internacional. Ao primeiro executivo, Montesquieu chama de poder judiciário: o poder que executa as leis civis. Ao segundo, poder executivo: poder que trata das regras decorrentes das relações internacionais.

Nesse passo, preciso salientar uma outra importante ideia esquecida: o Estado a que se refere a doutrina da Separação de Poderes não está formado, pronto e acabado, por assim dizer, como pretendem e pretenderam os dogmáticos da Separação. Tanto Locke quanto Montesquieu lidam com uma sociedade política muito flexível, lábil, plástica, contraditória. Seus contornos não estão plenamente estabelecidos. A

8 E cidadãs, diríamos hoje, corrigindo a expressão de gêneros de nossos Clássicos.

9 Ver ATTÍE, Alfredo. Montesquieu. Lisboa/São Paulo: Chiado Editora, 2018.

doutrina, como disse, serve à construção, diria mesmo à invenção da unidade política. A ideia de soberania é ainda polêmica. Tanto assim é que Montesquieu releva sobremaneira as relações internacionais e as regras que geram para a sociedade política, para esse Estado em formação, referindo um poder voltado para a execução dessas regras: o poder executivo, propriamente. E o mesmo em Locke, que referia como terceiro poder, de seu concerto, o poder que chamava de federativo: poder de empreender as relações exteriores, realizar paz e guerra, gerar as relações de comércio e seus tratados.

Portanto, o terceiro poder é o das relações internacionais.

Sublinho assim um aspecto que considero extremamente relevante: do concerto dos poderes faz parte essencial – mesmo que em caráter coerentemente subordinado ao poder soberano legislativo – o direito internacional.

Federativo para Locke: o que refere com clareza uma ideia de soberania bastante limitada e flexível. Executivo para Montesquieu: o que revela um jogo extremamente hábil com os números dois e três, jogo que acabou por confundir os teóricos e políticos que se seguiram.

Dois ou três poderes? Montesquieu fala em legislar e executar as leis internas e internacionais. Se só há legislação e execução, porque então três poderes?

E o mesmo jogo encontraremos em Locke. O legislativo aparece para formular as leis e logo desaparece. Guarda-se na memória do resultado de sua atividade temporária: as leis que dela resultam. Somente permanece o poder de executar as leis e, ao lado dele, o poder de fazer as relações internacionais. Os únicos poderes presentes, atuantes, são o executivo e o federativo. Por que, então, três poderes?

O número três, a trilogia e a tripartição guardam uma força simbólica essencial e servem para assegurar a unidade pretendida, impedindo que o conflito se instaure ou reinstaure na sociedade política. Os três poderes se comunicam, coordenam-se e se subordinam, impedindo que haja apenas dois possíveis jogadores, diante dos quais a prevalência assegurada na doutrina poderia falhar. Há uma ordem de preferência e essa precisa ser respeitada. Legislativo sobre executivo das leis internas e internacionais. Mas se forem apenas dois poderes, será possível que a subordinação seja contestada e que o executivo venha a desejar se sobrepor ao legislativo. Até porque é ele que permanece. O executivo se faz presença, na ausência do soberano legislativo. O governo da sociedade deve ser o governo das leis, não dos homens ou mulheres. Esses e essas poderão buscar usurpar o poder, negando a soberania das leis e desejando impor sua presença e seus caprichos – habilmente disfarçados em meros intérpretes e aplicadores da lei. O remédio está em que esses dois poderes se digam três, desenhando-se uma relação que coíba constantemente o desejo de poder. Fazer anônima a assembleia que cria as leis; fazer ausente o poder legislativo; fazer o executivo apenas cumprir e fazer cumprir as leis, impedir que inove, que legisle; tornar o terceiro poder (todos, cada um a seu tempo e a sua vez) o fiscal da estabilidade da subordinação. Mas não apenas isso.

O judiciário, como fiz ver, em Locke, é um poder da sociedade. Já em Montesquieu, deve ser nulo, não ter poder, não ser poder, ser não poder.

O judiciário deve ser apenas uma capacidade, uma potência de execução das leis. Não pode se localizar num corpo permanente, um estado ou estamento ou senado, mas deve ser exercido por pessoas chamadas a atuar temporariamente, mas sem corpo definido.

Em Montesquieu, é o judiciário que deve tornar-se ausente. A capacidade de julgar é tão terrível entre as pessoas, e o desejo de usurpar esse poder e desvirtuar a sociedade política e o arranjo, concerto ou tópica dos poderes é muito grande. O judiciário pode desnaturar a monarquia e instaurar uma espécie de despotismo: o regime do medo.

Em Locke, o legislativo deve ser reprimido em sua capacidade de usurpação, pela invisibilidade ou ausência. Em Montesquieu, é o judiciário que deve adquirir a invisibilidade, tornar-se ausente como poder.

A Separação de Poderes serve, em síntese, como instrumento de contenção, de moderação, no regime político da monarquia, regime da honra, do preconceito da condição própria, da dignidade de cada um, que se vê como dotado de poder em relação aos demais. Separam-se os poderes para que se conttenham e passem a cooperar, mesmo sem perceberem que cooperam.

Essa doutrina seria desnecessária na democracia pensada por esses autores – sobretudo por Montesquieu -, porque a democracia sequer pediria leis, uma vez que os membros da sociedade política se tratariam como iguais e estariam satisfeitos com o quinhão de bens e de existência que lhes coubesse: pouco, para antes reprimidos, controlados por um desejo de contenção – avesso quicá à própria condição humana.

A monarquia, não. Essa pediria um sistema de controle, que impedisse que entes dotados de poder e de capacidade de expansão, em luta permanente de todos contra todos, destruíssem os liames sociais frágeis por natureza. E um sistema que impelisse ao engajamento social, mesmo que em meio aos conflitos, aprimorando a sociedade e seus bens, na convivência de uma sociabilidade insociável. Regras de sociedade, pela identificação dos poderes e sua Separação engenhosa.

Em Locke, afinal, é necessário salientar, a ausência parece ter um papel que quase se assimila ao da matriz religiosa, na tradição monoteísta: a ausência da força criadora reafirma a crença em sua existência e em seu poder. A ausência gera poder. A falta é fator de preenchimento da vontade de se submeter ao poder. O ausente é, nominado ou não, plena potência. Assim, o legislativo empodera-se por se ter tornado invisível.

O fascinante é que Montesquieu vai fazer derivar tal expressão do poder da ausência do poder legislativo lockeano para o seu poder judiciário, executivo das leis civis. Ele dirá que a sociedade civil não deve temer os magistrados, mas a magistratura. Portanto, o poder de julgar deve ser nulo e desaparecer após seu exercício, não se fixando em nenhum corpo, individual ou coletivo.

Num caso e no outro, legislativo e judiciário¹⁰ devem se reunir e se separar após realizarem suas tarefas. É a razão pela qual, até hoje, judicatura e legislatura possuem

10 Estudei as relações entre os poderes de legislar e de julgar no artigo ATTIÉ, Alfredo. “Legislar e Julgar no Século XXI: para um novo estilo da política e do direito” in E-legis, Brasília, n. 20, p. 7-17, maio/ago. 2016.

seus recessos, suspendem-se, deixando que a sociedade aja no exercício daquilo que impuseram, quando se exercitaram.

Corpos permanentes de legislativo e de judiciário tendem a usurpar o poder e a conferir para si mesmos privilégios, buscarão sempre a distinção.

3. *Assim a doutrina foi tomada como dogma, na Revolução francesa e nas declarações de direitos que a acompanharam e seguiram.*

E, de modo diferente, mas também dogmático, na Constituição da república americana.

Essa dogmatização da doutrina veio a se tornar, por influência desses dois processos, lugar comum das organizações políticas da era contemporânea.

Na República Americana, os poderes tomam forma concreta, fixa, encarnam-se em órgãos estabelecidos. A União tinha de se estabelecer em poder distinto dos estados, ex-colônias. O presidente substitui o monarca e exerce um poder geral, submetido ao controle do Congresso (quanto ao direito internacional, do Senado) e executa políticas do legislativo (menos em momentos de crise, como com Lincoln e Delano Roosevelt, por exemplo).

O judiciário é criado (ou prossegue, parcialmente) como uma constelação de juizes, ou, sobretudo, de júris. Contudo, surge a Suprema Corte, originalmente, órgão unificador do direito e de arbitramento ou de coordenação dos conflitos entre executivo e legislativo e entre Estado, e Estados e União. Mas logo, a partir da atuação de seus membros – temor de Montesquieu – a Suprema Corte passa a guardar a Constituição, interpretando-a de modo soberano, a expressar o conteúdo mais importante das leis, exercendo um controle sobre a atividade (poder decaído) legislativa de União e Estados.

A ideia dessa corte constitucional acaba influenciando a própria formação do direito europeu, com a criação de sistemas de controle constitucional e o estabelecimento de constituições chamadas de rígidas. Na verdade, tal sistema, a exemplo do americano, torna-se um fator de deslocamento do poder legislativo dos parlamentos para as cortes, fazendo ruir a confiança necessária à preservação e à evolução da sociedade política, e pondo em xeque o regime de representação política.¹¹

Como resultado desse processo, hoje, o poder de julgar se autonomiza. Não executa mais o direito interno nem o internacional (este, especificamente, tem dificuldade de compreender). Aplica enunciados vagos, que, muitas vezes, chama de princípios, mas que constituem essencialmente opiniões, declarações, *soft-law* transfigurada em doutrina, emaranhados de noções abstratas, distanciadas, portanto, do controle social da política, carentes de legitimidade, de representação. Essa largueza de aplicação, velada na ideia de interpretação ampla, de elucidação de conflitos entre princípios,

11 A doutrina europeia continental, sobretudo de origem alemã, parece, até o presente, salvo raras exceções, não se ter dado conta desse efeito. Repete, constantemente o modelo, mesmo que por meio de vocabulário diverso.

de preenchimento de lacunas e omissões legislativas, alia-se a uma crise na formação dos juristas, a uma crescente busca de envolver não juristas, profissionais de outras áreas na atividade de conhecer e julgar conflitos, na insegurança causada pela interpenetração de normas, regimes, sistemas e métodos de ensino e formação jurídica, na abertura de centros de formação e de informação, aperfeiçoamento e concessão de títulos autônomos, na procura por especializações em faculdades e universidades de outros países (combinada com a fragilidade na formação na língua, na doutrina e no sistema jurídico nacionais).

Mesmo que não seja o caso de censurar cada um desses fenômenos, que parecem indicar tendências de mudança profunda, que devem ser compreendidas e estudadas, para permitir que se realizem e se expressem de modo virtuoso, com a participação democrática e crítica de seus sujeitos, que não se podem tratar, nem se devem colocar como meros consumidores de saber forjado sem sua compreensão e atuação consciente.

4. Está ausente uma capacidade de voltar a analisar, com o cuidado necessário, a expressão dos poderes na contemporaneidade, para a formulação de uma doutrina nova ou renovada, que indique e possibilite a busca e consolidação de valores condizentes com a democracia e os direitos humanos.

Poder, hoje, é governança. Implementação de políticas públicas, em cenário de conflito acirrado por desigualdades e pela luta por conceituar o espaço público. Esse espaço público transformou-se, lamentavelmente, em tempo público de intervenção (destituída de legitimidade democrática). Isso provoca toda uma literatura voltada a entender os fenômenos da exceção, que revigoram a ideia de uma soberania que se manifesta ação extraordinária, decisão que burla a ordem legal estabelecida. A ordem antiga preserva-se apenas culturalmente, mas não se realiza mais.

Carl Schmitt indicava a intervenção extraordinária como constitutiva do poder, e o próprio Hans Kelsen chegou a admitir que a ordem positiva não era senão aparência que, desvelada, faria ressurgir a face aterradora da Medusa, olhar petrificante do poder, que desativaria as normas.

Nessa sucessão de intervenções o direito vê-se destituído de seu caráter civilizacional, passando a ser substituído por uma moral de ocasião, carregada de preconceitos e com pretensão universalizadora.

5. É evidente que esses vetores de desfiguração da democracia e da ordem dos direitos humanos não se impõem sem resistência e ações de índole construtiva e transformadora.

O mundo contemporâneo também participa de expressões crescentes de diversidades, que se empoderam: são capacidades que tendem a se tornar poderes, portanto assumirem, na sociedade política global e fragmentária, espaço de invenção de direitos e de transformação dos termos “democracia”, “direitos” e “humanidade”.

Perfazem-se novas redes políticas – mesmo que atravessadas por redes ditas sociais, que minam a capacidade de empoderamento daquelas novas redes.

O único regime político, em sua verdadeira condição e natureza, é a democracia,¹² pois é o único que possibilita a expressão de paixões em relação à vida comum, ao espaço público, e a construção de lugares e tempos de conflito em relação aos valores, interesses e razões de um destino compartilhado, inclusivo, integrador.

Vivemos um mundo internacionalizado:¹³ sistemas regionais e internacionais, tribunais internacionais, capacidades legislativas de standardização e de imposição de regras internacionais.

A Separação de Poderes parece não mais se adaptar a um mundo fragmentário, apesar da internacionalização e de expressões crescentes da diversidade, por meios que não estão mais sob controle pleno do Estado, mas de múltiplas corporações e com relativa autonomia de usuários.

A saída por um sistema de poder que prescindia da política e pretenda substituir a representação, a eleição, o voto por um discurso moralista, de exclusão, adversários da expressão popular e de políticas voltadas a sua expansão igualitárias e universais, por um ativismo de profissões jurídicas de Estado parece extremamente perigosa, ao apontar o caminho de regimes destituídos de controle democrático, com vistas a objetivos que escapem da determinação do sufrágio do povo.

A verdadeira saída para a crise política e jurídica que vivemos deve estar em deixar a imanência para recuperar a transcendência, a partir da ideia de ocupação do espaço público, e recuperação de caráter civilizacional do direito, cuja missão é a de mudança constante, pela invenção de direitos e transformação do humano.

É preciso fazer prevalecer a política, portanto a democracia, nesse jogo engenhoso do poder da ausência.¹⁴

12 Ver ATTÍE, Alfredo. *Towards International Law of Democracy*. Birmingham: Samford University, 2014.

13 Sobre a internacionalização da produção das atividades legislativa e judicial ver ATTÍE, Alfredo. *“Legislar e Julgar...”* cit.

14 A pesquisa Ibope, realizada no dia 28 de maio, aponta, entre outras coisas, que a presença de Lula como candidato não apenas lhe dá um terço da intenção dos votos válidos, mas que faz cair a porcentagem de votos brancos e nulos do mesmo um terço para um quinto dos pesquisados; assim como também provoca a queda do índice dos que não sabem ou não respondem em quem votariam, de 8 para 6 por cento. No mais, Bolsonaro perde 2 por cento; Marina, 5 por cento; Ciro, 4 por cento; Alckmin, 2 por cento; Álvaro Dias, 1 por cento; e Collor, 1 por cento. Somente permanecem estáveis as candidatas e os candidatos que só tinham 1 por cento da intenção, no cenário em que Lula estaria ausente.

A candidatura de Lula parece ser a de maior estabilidade e a que recebe maior confiança de eleitores e eleitores, inclusive entre os/as que ousariam outras opções - à esquerda ou à direita, extremas ou não -, apenas porque Lula não poderia ser candidato.

Lula está preso, sem condenação definitiva, desde meados de abril.

Do ponto de vista político, os adversários de sua candidatura cometeram erro sério ao condená-lo e ao executarem, contra a Constituição, a pena de prisão antecipadamente. Pesquisas mais recentes conferem a Lula ainda mais votos.

A TOGA LEGISLADORA

Alvaro de Azevedo Gonzaga¹

Na mitologia grega existia a figura das sereias, entidades sedutoras que, com seu belo canto, atraíam os marinheiros para um destino que, invariavelmente, revelava-se um caminho sem volta! A história segue-se repetindo. Ao menos o fundo de verdade que a inspirou. Novos marinheiros, novo mar, outro canto, mas o mesmo fim trágico!

A parábola do canto da sereia serve, em boa medida, para ilustrar a tragédia política que o Brasil vem seguindo, navegando, irresponsavelmente, de encontro a um naufrágio. A tentativa de impedir a candidatura do ex-presidente Lula, a despeito da vontade popular, daquilo que deveria ser a liberalidade máxima de uma democracia: o voto! É a melodia da vez.

Não é inédito, em nossa história, a criação de barreiras legais para impedir pessoas de concorrerem e serem eleitas pelo voto popular. No período colonial apenas os “homens bons” tinham direito ao voto. Durante a primeira república o voto cabresto representava uma democracia de fachada, mais tarde, a ditadura militar cassou o direito político de adversários. É a vigência do impulso de limitar e restringir a autonomia ou alcance da soberania popular. Ora controla-se quem pode votar ora controla-se quem poderão ser os votados.

A Lei da Ficha Limpa, ou Lei Complementar 135/2010, faz parte de um malversado conjunto de ações que promete melhorar, corrigir o país, produzir uma nação ilibada. Tudo isso na velocidade de um passe de mágica, de maneira quase instantânea e, o principal, guiada por um grupo restrito de pessoas iluminadas, incorruptíveis,

1 Livre Docente em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorados na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e na Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e graduado em Direito pela PUC/SP. Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo – USP. Professor concursado da Faculdade de Direito da PUC/SP, tanto na Graduação como na Pós-Graduação Stricto Sensu. Professor e coordenador da OAB no Curso Fórum. Membro do Instituto Euro-Americano de Derecho Constitucional, na Condição de Membro Internacional. Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD). Ex-presidente do Instituto de Pesquisa, Formação e Difusão em Políticas Públicas e Sociais. Coordenador, autor e coautor de inúmeras obras e artigos. Advogado.

capazes de impedir que a população, que não consegue discernir o que é melhor para si, prejudique-se!

Nesse sentido, é preciso dizer que a Lei da Ficha Limpa parte de um princípio interessante: defender a coisa pública de corruptos, de gestores mal intencionados. Porém, é fundamentada na noção preconceituosa da incapacidade de discernimento do povo brasileiro. Ou seja, é preciso um dispositivo legal que impeça que os eleitores votem nos políticos que possuem esses predicados negativos, porque, se depender da população, são exatamente esses sujeitos que serão eleitos.

Em vez de investirmos em mecanismos que garantam e amplifiquem a participação popular na administração, gestão e fiscalização das diferentes instâncias do Poder Público, a opção escolhida vai no sentido oposto. Retira-se a autonomia, tutela-se o direito de escolha.

Pode parecer jogo de palavras, uma mal disfarçada defesa do ex-presidente Lula, mas não é este o caso. Aliás, é simbólico e salutar partir desse caso, ainda mais por ter sido o próprio pré-candidato a assinar a lei a qual, em tese, o impede de ser empossado. É simbólico não pela ironia da lei ser usada contra quem a sancionou, é simbólico porque é a lei sendo usada contra quem, segundo as pesquisas, ganharia em primeiro turno, em uma campanha cujos índices de rejeição superam os de preferência dos interessados ao cargo.

Corre-se, ao meu ver, o risco de ampliar, de maneira perigosa, o descompasso entre a classe política e o restante da sociedade. É preocupante para mim - e acredito que deveria ser para todos - uma campanha para o principal cargo político do país se dar nesses termos.

A Lei da Ficha Limpa nos leva a essa encruzilhada por tentar seguir o caminho de corrigir a política “por cima”, sem a participação popular, seguindo acordos confessáveis e inconfessáveis das cúpulas de poder, porém buscando aparentar a existência de uma democracia saudável, pulsante, onde a opinião de cada Maria, João, Francisca e José tem o mesmo peso, o mesmo valor. Os primeiros decidiram que Lula não pode voltar a ser presidente, os segundos, a despeito de tudo, querem elegê-lo. Para onde vai esse navio? Em direção de um porto seguro ou de encontro às rochas?

Propor uma crítica desse dispositivo legal pode parecer, à primeira vista, coisa de “petralha” ou de “mortadela” em oposição àqueles chamados de “coxinhas”. Esse reducionismo do indivíduo com um pensamento contrário ao do seu ‘time’ em nada contribui para o diálogo; pelo contrário, esse comportamento degenera nossa democracia.

Aqueles que se renderam a esse pensamento visceral e pouco racionalizado há tempos abriam mão de tomar uma postura mais moderada, isto é, são voluntariamente capazes de ignorar fatos que vão contra aquilo que acreditam e deixam de lado uma postura que dê espaço para a crítica, para o debate saudável, pela busca por um consenso ou alternativas capazes de fazer o país avançar.

Esse “comportamento de torcida” é catártico e prazeroso de ser experimentado durante o gol do meu Corinthians contra o Palmeiras. Contudo, a paixão, a emoção

vai bem aí, no que diz respeito ao sentir. Nossa lógica política e racional não pode ser mediada exclusivamente por esse sentir. Por exemplo, racionalmente, não faz o menor sentido eu tentar convencer um palmeirense a se tornar corintiano. Não importa quantos títulos, quantas vitórias em clássico, gols marcados, dribles executados.

Posto isso, proponho essa reflexão para debater a situação política atual e o quão perigoso é usar a Lei da Ficha Limpa para impedir que um candidato com 60% das intenções de voto concorra. Para colocar as coisas em termos mais claros: 1. O ex-presidente Lula não foi alcançado pela Lei da Ficha Limpa, ele foi condenado, em tempo recorde, para ser enquadrado por ela. 2. A Lei Complementar nº 135/2010 é um erro político-jurídico, que promete algo incapaz de entregar.

Como já refletimos em outros trechos, é praticamente uma atualização do antigo bordão “Brasil do Futuro”, outrora repetido para engajar os brasileiros de modo acrítico, ao prometer que os sacrifícios do presente sejam recompensados num tempo vindouro. Hoje, promete-se um “Brasil sem corrupção”.

O canto das sereias do “Brasil sem corrupção”, algo que todos queremos, só será construído com outras práticas políticas, mas muitos estão seduzidos pelo canto e ingressando suas naus no naufrágio. O tom do canto aumenta quando pretensos heróis usam indiscriminadamente essas leis. A construção de um país democrático e justo passa pelo debate público, pela escolha livre e autônoma da população. Essa ideia pode ser um eclipse da voz das sereias porque não é uma tarefa fácil, não pode ser implementada por heróis; é uma tarefa árdua e real que deve ser feita por todos nós.

A LEI DA FICHA LIMPA COMO VIA ANTIDEMOCRÁTICA NO CASO LULA

Angelita da Rosa¹

O Caso Lula fez reacender, com a proximidade do período eleitoral, especialmente no que concerne ao registro de candidaturas, a celeuma jurídica acerca da tão criticada Lei Complementar nº 135/10, a Lei da Ficha Limpa, e suas consequências, quiçá, irreversíveis às Garantias Constitucionais e à Democracia.

A pauta está sobre a mesa e, diante deste cenário, não sendo o Direito uma ciência estanque, devemos, pois, refazer os caminhos que possam resgatar o cumprimento à Constituição da República e frear o crescimento do Ativismo Judicial que só avançou desde o advento da Lei Complementar trazida à baila.

Evidente que o Ativismo Judicial não é exercido com exclusividade em relação à Lei da Ficha Limpa, mas é através dela que ele atinge o âmago da Democracia, uma vez que dialoga diretamente com o indeferimento dos registros de candidaturas que, como no caso do Ex-presidente Lula, o qual tem a maciça maioria das intenções de votos, se torna incontroverso o grande prejuízo à Democracia um eventual indeferimento respaldado pela referida lei.

É consabido que a regulamentação exigida pelo parágrafo 9º do Art. 14 da Constituição Federal passou a vigorar a partir do advento da Lei Complementar nº 64/90, que estabelece os casos de inelegibilidade, bem como disciplina outras matérias afetas ao processo eleitoral.

Para além disso, sabe-se ainda que tal diploma legal sofreu alteração normativa por meio da Lei Complementar nº 135/10, e os reflexos fomentaram calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais no âmbito do Direito Eleitoral e Constitucional Brasileiro.

Desde então, a Lei da Ficha Limpa outrora considerada Constitucional pelo STF é frontalmente contestada pela comunidade jurídica, devendo, neste momento crucial

1 Angelita da Rosa, Advogada Administrativista, Especialista em Direito Público e Constitucional. Atualmente, é a Procuradora Geral do Município de São Leopoldo, Município da Região Metropolitana de Porto Alegre, RS. Palestrante e painelistas em Cursos, Seminários e Congressos. Possui vários Artigos publicados em veículos nacionais e regionais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Municipal, Políticas Públicas, Enfrentamento à Violência de Gênero, especialmente quanto à discriminação da Mulher nos ambientes de trabalho e sobre Ativismo Judicial.

de avanço a passos largos do Ativismo Judicial, ser levada, inclusive, à análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser cabalmente antidemocrática e contrária aos interesses dos cidadãos e ao Estado Democrático de Direito, sobretudo, por - assim como a prisão após julgamento em segunda instância, ambas prescindindo de trânsito em julgado da sentença condenatória - ferir a Garantia de Presunção de Inocência assegurada pela DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos.²

Desde o final de 2017, quando foi marcado o julgamento do Ex-presidente Lula no TRF da 4ª Região para o dia 24/01/18, ficou ainda mais evidenciado que o Ativismo Judicial imperava na medida em que a manipulação da pauta de julgamento com sua quebra de ordem cronológica vislumbrava o calendário eleitoral e tinha um único objetivo: retirar a capacidade eleitoral passiva do Ex-presidente.

Assim, o desenho previamente esboçado se concretizou e o Ex-presidente foi condenado em segunda instância, tendo como consequências gravíssimas e absolutamente inconstitucionais a sua prisão provisória e uma pretensa inelegibilidade sendo antecipadamente propagada pelos meios de comunicação, mesmo que contrária à própria Lei da Ficha Limpa, no que concerne a requisitos processuais e temporais para declaração de eventual inelegibilidade.

Neste passo, se continuar assim a interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto a estes dois temas de absoluta relevância jurídica, o Ex-presidente Lula estará sendo ceifado do processo eleitoral que definirá o próximo Presidente do País, destacando-se que, mesmo preso arbitrariamente e pairando sobre ele a possibilidade real de impugnarem seu registro de candidatura, ele possui mais de 30% (trinta por cento) das intenções de voto, sendo este índice maior do que todos os demais pré-candidatos somados.

Esta realidade antidemocrática, resultado das pressões externas, especialmente fomentadas pela grande mídia, reforça, no Brasil, o papel ativista do Poder Judiciário e agrava o déficit democrático, gerando o aprofundamento da crise política e institucional, uma vez que os cidadãos eleitores não estão sendo respeitados em sua vontade, vontade esta expressada pela intenção de votos da maioria dos eleitores até agora.

Na busca do bem jurídico tutelado que é a legitimidade eleitoral passiva, enquanto adequação da manifestação política formal à vontade geral, se destaca, sobremaneira, o papel da Justiça Eleitoral como instrumento não somente do controle da legalidade, mas de verificação da preservação da vontade popular, que nada mais é do que uma síntese da democracia material.

2 Artigo 11.º

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.
2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

Neste sentido deveriam atuar a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal de modo que preservassem a vontade da maioria do povo, conservando, assim, a Democracia e a Constituição da República na sua essência Cidadã.

Por isso, ainda que as condições da Ficha Limpa não sejam punições, e sim condições de elegibilidade, elas assim se materializam, pois pressupõem um juízo de culpa, e tal juízo de culpa só existe, ou deveria existir, diante de sentença transitada em julgado. Assim, a pena ou condição de elegibilidade e sua incidência exige um reconhecimento de culpa, de reprovação de comportamento que, segundo a Carta Magna, não ocorre antes de transitada em julgado a condenação.

Entretantes, definitivamente, não é o que está ocorrendo na aplicação do Direito Constitucional Brasileiro pela Suprema Corte.

Dito isso, temos em nossa frente não só a celeuma jurídica, mas um verdadeiro estado de exceção configurado, sendo medida urgente que se impõe para a comunidade jurídica nacional e internacional neste momento a rediscussão da Lei da Ficha Limpa e o enfrentamento de sua aplicabilidade inconstitucional, sob pena de não conseguirmos parar o avanço do autoritarismo do Judiciário com vestes democráticas, sendo emblemático o Caso Lula para muito bem representar este escárnio que, por óbvio, atingirá muitas outras candidaturas.

A Lei Complementar nº 135/10 sedimentou o caminho para o Poder Judiciário fazer política através dos seus atos jurisdicionais, demonstrando que as decisões “técnicas” não estão sendo tomadas desprovidas de cunho ideológico, mas sim em detrimento à participação popular, flagrantemente, atendendo aos interesses das minorias brancas e proprietárias dos meios de produção da sociedade Brasileira.

O caso Lula é simbólico e está sendo a mola propulsora para que a Lei da Ficha Limpa seja rediscutida e revista a bem da soberania popular, evitando-se a limitação da participação política como instrumento, historicamente praticado no Brasil, de domínio de agrupamentos da elite, que hoje encontra guarida no âmbito do Poder Judiciário.

É imperioso que tenhamos claro que o Ativismo Judicial em níveis intoleráveis, como vivemos nos últimos meses no Brasil, esfacela a Constituição da República e o sistema legal do País a ponto de utilizar-se do calendário eleitoral para impor a ideologia política que parcela do Judiciário entende como a melhor, evitando que saia das urnas a vontade popular, sendo esta a mais grave consequência do exercício do Ativismo Judicial.

Sob este enfoque, não raro os magistrados agem quase como se tivessem o poder/dever de prestar uma tutela jurisdicional autônoma de um Judiciário formado majoritariamente pela mesma minoria branca anteriormente mencionada, tendo como pano de fundo, inclusive, a cada eleição, os questionamentos implícitos e explícitos acerca da capacidade intelectual dos eleitores, como os nordestinos e beneficiários de programas sociais, como terríveis exemplos.

Contudo, nosso grande desafio é, pois, a manutenção do pacto civilizatório através da resistência da comunidade jurídica comprometida com a Democracia, salvaguardada pela Constituição da República de 1988, a fim que no Brasil esta onda mundial de repressão aos Direitos e Garantias individuais seja desacelerada, materializando-se na possibilidade real e Constitucional, através do convencimento das Cortes Superiores, de que o Ex-presidente Lula tenha sua capacidade eleitoral passiva garantida, tendo o direito de ser candidato para que a verdadeira vontade popular seja respeitada e a nossa Democracia, que custou tantas vidas, por fim seja restabelecida e prevaleça.

LULA PODE SER CANDIDATO?

Antônio Alberto Machado¹

A GRANDE dúvida do momento é saber se Lula da Silva pode ser ou não candidato à Presidência da República estando condenado e preso. Seu nome ainda é considerado uma alternativa por todos os institutos de pesquisa eleitoral; e, como se sabe, o ex-presidente continua liderando a corrida presidencial; lidera contra qualquer outro pré-candidato, em todos os cenários – no primeiro e no segundo turnos.

Lula vem se declarando candidato, aliás, “candidatíssimo”; e o Partido dos Trabalhadores também já lançou oficialmente sua candidatura. Assim, logo após a convenção partidária, o PT, conforme declarou sua presidenta, registrará normalmente a candidatura de Lula junto à Justiça Eleitoral, dentro do prazo estipulado pela lei – que se encerra às dezenove horas do dia 15 de agosto.

Juridicamente, porém, o quadro se mostra meio confuso: nunca se viu um candidato à Presidência da República concorrer às eleições de dentro da cadeia, com uma condenação criminal nas costas. O cenário jurídico, além de confuso, é inusitado. Mas, apesar disso, dá para entendê-lo: não é uma situação juridicamente tão hermética; tão inacessível.

Se não, vejamos.

Por força das modificações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/10), o art. 1º, I, alínea “e” da LC 64/90, determina expressamente que quem tiver uma condenação criminal em segunda instância, ou seja, proferida por um órgão judicial colegiado, poderá ser considerado inelegível. É o caso do Lula. Ele foi condenado pelo TRF4 de Porto Alegre e, a partir dessa condenação, ficou inelegível; impedido, portanto, de concorrer nas próximas eleições presidenciais.

Acontece, porém, que essa inelegibilidade não é automática; não basta a condenação criminal. Ela precisa ser declarada pela Justiça Eleitoral. De acordo com o art. 11, § 10, da Lei de Eleições (Lei nº 9.504/97), “as causas de inelegibilidade devem ser

1 Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991) e doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Foi Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Atualmente é advogado e professor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp).

aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”. Ou seja, mesmo condenado e preso, Lula pode registrar sua candidatura e ir participando normalmente da campanha.

É claro que o registro da candidatura de Lula será impugnado: tanto pelos partidos adversários quanto pelo Ministério Público. E o registro ficará então *sub judice*. A impugnação tramitará pela Justiça Eleitoral e, enquanto ela não for definitivamente julgada pelo TSE, Lula da Silva será candidato, podendo participar normalmente da campanha, em igualdade de condições com os outros concorrentes, participando até dos debates televisivos – isso é o que garante a lei, expressamente.

De fato, o art. 16-A da Lei 9.504/97, assegura que “o candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica”. Quer dizer: enquanto a Justiça Eleitoral não indeferir o registro da candidatura de Lula em última instância, ele poderá ser candidato, ou, como ele diz: “candidatíssimo”.

Claro que fica um pouco esquisito: Lula está hoje inelegível, mas pode ser candidato. É esquisito, mas nas últimas eleições municipais quase 150 prefeitos concorreram nessas condições; autorizados pelos tribunais eleitorais. De modo que há uma jurisprudência nesse sentido; e jurisprudência firmada com base na letra da lei – ou melhor, na interpretação literal da lei.

Dessa forma, Lula somente não será candidato se o TSE decidir, com trânsito em julgado, a tempo e a hora, pelo indeferimento de seu registro. A questão estará, portanto, nas mãos do TSE. Será a Justiça, e não a Política, quem definirá o resultado da próxima eleição presidencial. Isso talvez não seja nada bom para a democracia, porque substitui a soberania do voto popular pela tecnocracia das decisões judiciais burocráticas – nem sempre justas, legítimas ou imparciais.

Nesse ponto, é interessante notar que, num caso idêntico, numa decisão recente, o TSE autorizou um candidato a prefeito da cidade de Araújos-MG a participar da eleição municipal porque sua condenação no processo-crime, exatamente como a condenação de Lula, estava pendente de recurso, não era definitiva; ainda não tinha transitado em julgado.

O TSE decidiu assim em respeito ao princípio constitucional de inocência (art. 5º, LVII, CF). E decidiu bem. Pois ninguém deve ser considerado culpado antes da condenação definitiva, com trânsito em julgado. Resta saber se esse princípio e os precedentes jurisprudenciais aplicados ao prefeito mineiro (e a outros 145 prefeitos nas últimas eleições municipais) valerão também para o ex-presidente Lula: pois os casos são idênticos; resta saber, enfim, se a Justiça usará também agora os mesmos pesos e as mesmas medidas – como nos Estados de Direito.

DEMOCRACIA: UMA ESCOLHA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bruno César de Caires¹
Vitor Marques²

Os direitos políticos, classicamente definidos como a disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular, cujo núcleo fundamental consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado³, vêm, sistematicamente, sendo alvo de diversos ataques e mitigações desde sua consagração na Constituição Federal de 1988.

É possível claramente identificar este processo, de certa maneira já conhecido na história da ciência política⁴, pelo qual as forças reais de poder se reorganizam para promover um arrefecimento dos avanços civilizatórios conquistados no momento de ruptura e consagrados nos texto constitucional. Infelizmente, a recente história do nosso constitucionalismo não foge à regra. É preciso pontuar, e, sobretudo, denunciar, os ataques à Constituição, mormente aqueles que atentam contra seu conteúdo identitário.

A tarefa de identificar este núcleo axiológico constitucional é árdua e transcende o propósito deste trabalho, contudo é possível traçarmos algumas balizas.

Como próprio do campo de estudos das ciências humanas, é preciso levar em consideração, *prima facie*, as especificidades históricas e políticas de cada Estado no momento de sua formação constitucional.

1 Advogado, mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa, cumprindo estágio docente em Direito Constitucional na PUC-SP.

2 Advogado, mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP, cumprindo estágio docente em Direito Administrativo na PUC-SP.

3 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 300-1

4 A história das constituições mostra que na gênese a Carta Magna norte americana de 1787 foi um instrumento de ataque aos interesses do povo, pois se caracterizava como um instrumento de contenção da democracia, uma reação aos avanços das chamadas “políticas de liberdade” um significativo avanço da democracia nos EUA, o constitucionalismo, nesta esteia, significou um oportuno e eficaz meio de proteção dos interesses das elites tradicionais. Esses foram, na origem, os reais fundamentos dos institutos, dentre outros, da federação e do Presidencialismo. Essa é a razão, também, pela qual o texto originário não possuía um rol de direitos fundamentais: não se pretendia proteger o cidadão mas as elites tradicionais. MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. p.72-73.

Muito embora as constituições costumem adotar concepções políticas teóricas amadurecidas historicamente, filiando-se às doutrinas jurídicas mais avançadas do momento de sua elaboração; o que tende a levar a um pretensão núcleo mínimo universal, contendo preceitos comuns a todos os países que adotam uma forma de governo democrática-constitucional⁵, isto, por si só, não retira daquele que a tem como objeto de estudos, a responsabilidade de interpreta-la à luz das especificidades regionais, políticas, sociais e históricas de cada Estado.⁶

Nunca é demais lembrar o contexto e o momento histórico quando da promulgação de nossa Carta Política, vincado na superação da ditadura militar caracterizada como um Estado de exceção autoritário que fora superado pela consagração de direitos e garantias fundamentais essencialmente democráticos, de modo que, como não poderia deixar de ser, a Constituição traz para seu núcleo axiológico o valor democrático como um norte.

É certo que tal núcleo político essencial não abarca todo o complexo de princípios e normas do texto: aceitar posição contrária seria paradoxal em relação à própria ideia de centralidade. Neste sentido, é preciso reconhecer que certos princípios têm peso axiológico maior que outros, sobretudo, aqueles recobertos pela petrificação de suas normas. Estes princípios devem atuar, indubitavelmente, como norte na busca para definir o núcleo identitário da Constituição, não limitando o exercício interpretativo aos seus contornos.

Assim, no momento em que o poder constituinte traduz a vontade política em texto, mais precisamente em norma, sua obra passa a conter, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado⁷; consubstanciando a Constituição, em um produto para o futuro, que carrega em seu cerne uma promessa de modernidade, que aponta, ao mesmo tempo, para vinculações positivas (caracterizada pelos direitos prestacionais) e negativas (como os gerados pelos direitos às liberdades que não podem ser violados).

5 “Todos os textos constitucionais tendem a reproduzir de algum modo as ideias de um dado tempo histórico. É natural e óbvio, inclusive, sobretudo em Países subdesenvolvidos, periféricos, como é o nosso caso, a tendência imediata e natural e fixar a sua visão, é fixar os olhos, nos centros mais evoluídos, vale dizer, nos Países mais adiantados. De tal sorte que, quando se produza um texto constitucional, de regra ele trate as conquistas mais avançadas do ideário político da época. Ou então as mais extremamente avançadas, pelo menos aquelas que se incorporam como um patrimônio cultural da Humanidade. Esta a razão pela qual dificilmente se encontra uma Constituição claramente retrograda.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. Revista de Direito Constitucional e Ciências Políticas, São Paulo, v. 4, p. 69-104. jan./jun.1985.

6 STERCK, Lenio Luiz. A Concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. Caderno de Direito Constitucional – 2006. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Módulo V. Teoria da Constituição e Justiça Constitucional. p. 30.

7 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 1991. p. 11.

Não há temor em afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 traz consigo em seu cerne uma dupla garantia; uma garantia contra retrocessos sociais e uma garantia de avanço na busca por um estado mais igualitário e democrático.⁸

Neste sentido, o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, com o brilho próprio dos poetas, preconiza ser a democracia o “*valor dos valores de toda a constelação axiológica da Constituição de 1988*”, consubstanciando-se no princípio que mais repassa a sua materialidade para os outros, norteando a interpretação de todo o texto constitucional.⁹

Uma Constituição, conquanto, não é democrática apenas e tão somente porque querida pelo poder constituinte do povo soberano, mas sim, sobretudo, porque não permite a nada ocupar a totalidade do espaço de ação, dentre o qual se movem as forças de diálogo, compromisso e reconhecimento, legitimando a primazia de que a democracia é o próprio “ser constitucional”.

Por isso ser tão caro à sociedade a imposição de limitações aos direitos políticos, ainda que baseada em um pretensão republicanismo moralista, herança de nosso passado autoritário. É inequívoco que o caráter social democrático de nosso texto político vem, sistematicamente, sendo vilipendiado nestes quase 30 anos de vigência normativa da Constituição. Seja pela atuação dos próprios juristas que não se furtam em retirar normatividade da Constituição, sob o manto das normas programáticas, negando qual eficácia, condenando-as a serem verdadeiras normas simbólicas¹⁰.

8 MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da constituição. p.74

9 “Ela é a que mais se faz presente em cada um dos fundamentos da República e em cada uma das cláusulas expressas materiais do § 4º do art. 60 e por tal razão é que não houve necessidade de clausulá-la como norma pétrea. Ela é o mais pétreo dos valores pétreos, porque todos os outros somente valem porque ela vale. Ela é a razão de ser dos demais, e, assim, o princípio que mais norteia a interpretação dos outros e o que dota a Constituição do mencionado caráter de processualidade endógena. (...) A Democracia é a quintessência ou o próprio ser da Constituição, em derradeiro exame. Ela é a chave de abóbada do sistema constitucional brasileiro, cumprindo o papel instrumental de impedir que o auto-impulso axiológico da Magna Lei (de um patamar inferior para outro superior) venha a se perder no infundável. (...) E esse valor-teto, que dentro da Constituição não conhece outro que se lhe iguale em importância funcional-sistêmica, é precisamente aquele cuja existência é a principal justificativa lógica de quase a totalidade da axiologia constitucional.” BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet. Acesso em: 10 de Agosto de 2016.

10 Canotilho, quando no desenvolvimento de sua tese de constitucionalismo diligente chegou a afirmar que já não se podia falar “de *normas (textos jurídicos) programáticas e, portanto, as assim denominadas “normas programáticas” não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade, e, sim, que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Nesse sentido, afirmava o mestre português que a positividade jurídica-constitucional das assim denominadas normas programáticas significa, fundamentalmente, o seguinte: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade con-*

Seja por debates inócuos que não raras vezes limitam o constitucionalismo a técnicas hermenêuticas e ações de controle de constitucionalidade, relegando as atribuições e competências do Estado às ciências políticas e sociais¹¹. Seja pela tardia e dificultosa constitucionalização do direito codificado, no qual a interpretação constitucional é feita, conscientemente, às luzes dos códigos; invertendo-se a hierarquia normativa¹². Seja pelo uso desenfreado de teorias jurídicas estrangeiras alienígenas¹³ ao constitucionalismo brasileiro, sempre com o objetivo de desmontar o Estado Social, ou seja, ainda, pela própria atuação política que já promulgou mais de 90 emendas ao texto constitucional¹⁴.

Este cenário de perda da força normativa da Constituição, cuja percepção havia se atenuado na última década, ressurgiu, mais atual do que nunca, nos discursos de crise do capitalismo, arrocho e cortes de direitos sociais. A cidadania encontra-se ameaçada, até mesmo em sua clássica concepção, ligada aos direitos políticos - aqueles tão

cretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam”. STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. Doutrina, Rio de Janeiro/RJ, n. 13, p. 280-310, 2002. Nesta mesma perspectiva Celso Antônio Bandeira de Mello: “Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas –, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. p. 237. Ainda; Paulo Bonavides: “Vemos com frequência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 218. Não por acaso, José Afonso da Silva, clássica referência quando da aplicação das normas constitucionais em solo brasileiro, afirma que: “aqueles que negam juridicidade às normas constitucionais programáticas têm por hábito caracterizar como programática toda norma constitucional incômoda”. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. p. 153.

11 Idem, *Ibidem*.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006

13 Termo fartamente utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28 ed.

14 “Contudo, comum a todos os estados constitucionais é o fato de que a Constituição visar à vinculação da política e a política frequentemente perceber essas vinculações como perturbadoras. Destarte, provavelmente não será encontrado nenhum Estado constitucional, no qual a política não tente, ao menos ocasionalmente, ignorar as vinculações do direito constitucional ou instrumentalizar a Constituição para alcançar seus objetivos”. GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Traduzido por Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, p. XLI.

caros para nós, que foram duramente conquistados em um passado recente e, até por este motivo, são protegidos de forma quase que sagrada pelo texto constitucional, encontram-se relativizados, amesquinçados pelos “donos do poder” que, utilizando-se da sobreintegração do direito, encontram subterfúgios para garantir seus interesses¹⁵.

É neste contexto, portanto, de fragilidade normativa da constituição que é sancionada a Lei Complementar 135 de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um sem número de limitações ao exercício dos direitos políticos inerentes à cidadania.

Em tempos no qual o punitivismo dá o tom do debate político, assumir uma tarefa de defesa da Constituição e de valores contra majoritários não é tarefa simples. As restrições impostas às condições de elegibilidade pela Lei da Ficha Limpa, sobretudo em virtude de condenações cíveis ou criminais antes do trânsito em julgado de ações judiciais, a nosso ver, não guarda sintonia com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da Constituição, chamado por Canotilho de “prudente positivismo”, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa da Constituição¹⁶.

Isto porque, por esta perspectiva, também o texto é um limite que estabelece o ponto de partida para a hermenêutica, vinculando o intérprete às suas mensagens, escolhas ou, porque não, ideologias.

Nesta esteia, na linha do prudente positivismo, a democracia como núcleo axiológico da Constituição, perfeitamente determinável e definível no bojo do discurso constitucional, como demonstrado, deve ser entendida como um valor indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional, vinculando o intérprete à sua posição política e repudiando a postura assumida por quantos optam por concepções ideológicas dela diferentes.

Interpretações que não se conformem, por exemplo, com uma busca de se tentar maximizar a participação democrática, resultariam em interpretações inconstitucionais e destoariam do que compreendido como limites à atuação política, estabelecido pela Constituição, dentro da sociedade brasileira.¹⁷

15 A sobreintegração dos grupos privilegiados, se externa no sistema com o apoio da burocracia estatal, que desenvolvem ações bloqueantes da reprodução do direito, para garantir seus interesses, utilizando-se dos direitos fundamentais e garantias individuais como subterfúgio da legalidade e mecanismo propagador de impunidade. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 37, São Paulo, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-4451996000100006&script=sci_arttext.

16 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 224

17 GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 176 e 177. Nas palavras de Canotilho: “Realizar a Constituição’ significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma dire-

Adotando, pois, a postura de que é necessário resguardar a sintonia com a materialidade da Constituição, a partir do exercício de um prudente positivismo, que privilegie o valor democracia por ser indispensável à preservação da força normativa do seu texto, temos por claro que a Constituição brasileira, ao definir no artigo 15 que: “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”, impede o intérprete de realizar ponderação, vez que já auferida pelo constituinte, o qual se preocupou em determinar o momento (trânsito em julgado) e a modalidade (perda ou suspensão).

Tal qual preceituado por Müller, no momento em que se atribui normatividade ao texto produzido pelo poder constituinte, os conceitos de Estado e Sociedade daquela determinada Nação são fixados por meio de uma expressão de linguagem que, como tal - um texto escrito -, carrega uma forte carga axiológica em sua semântica¹⁸. Deste modo, os valores inexoráveis daquela determinada sociedade se fixam no texto constitucional, de modo tão intrínseco, que, por vezes, sua própria alteração ou restrição é retirada da arena política, vinculando às gerações futuras com o objetivo de preservar o pacto constitucional¹⁹.

Neste ponto, causa espécie a previsão infraconstitucional de perda ou suspensão dos direitos políticos em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação. A

ta e imediata, os seus direitos e deveres” in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional. p. 201-202.

18 “A confrontação de ideologias na discussão dos problemas constitucionais é ineliminável, dado que a interpretação constitucional remete para uma teoria de constituição que, por sua vez, vai terminar em teorias do Estado e da sociedade.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 8.

19 A vinculação de gerações futuras à Constituição é um dos debates mais frutíferos do constitucionalismo contemporâneo quando confrontado diretamente com o conceito de democracia. Longe de se pretender esgotar o tema que consome rios de tinta da doutrina, compete mencionar a clássica metáfora criada por Elster comparando as limitações impostas pela constituição às gerações futuras com a clássica aventura grega vivenciada por Ulisses, personagem da Odisseia de Homero, que toma uma série de medidas preventivas para que ele e sua tripulação passem ilesos pelo mar das sedutoras, porém fatais, sereias. Tais medidas visam evitar que o herói e sua tripulação caíssem no encantamento e fossem seduzidos por uma vontade irresistível que certamente lhes trariam ruína. Homero narra que Ulisses tinha plena consciência de que, ao percorrer seu destino, seria atraído pelo canto demasiado irresistível das sereias, o que conduziria sua embarcação ao naufrágio. Em razão disso, ele toma as medidas necessárias para resistir a este canto: determina aos seus marinheiros que tapem os ouvidos com cera e que o amarrem no mastro do seu próprio navio, não o soltando em hipótese alguma ainda que ele o ordenasse. Tomadas as devidas providências, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos, ouvir o canto das sereias, sem, no entanto, a ele sucumbir. Nesse mesmo sentido, o comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se submeteu o povo, quando atribuiu a si normas constitucionais fundamentais, e limita seu poder de reforma vindouro, para evitar que, vítima de suas próprias paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco a sua própria existência enquanto corpo político. ELSTER, Jon. *Ulisses unbound*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.115

envergadura dos direitos políticos na Constituição da República é tamanha, que proíbe, expressamente, sua cassação, admitindo apenas em casos específicos e *numerus clausus* sua suspensão e perda.

É latente a preocupação do constituinte em fixar garantias para não repetir o modelo de exercício dos direitos políticos vigente no regime militar. A Constituição anterior de 1967, por exemplo, suspendia os direitos políticos em caso de “condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos”. Sintomaticamente, a Constituição de 1988 introduziu a expressão “condenação criminal transitada em julgado”. Não se trata de mero capricho, o regime militar utilizou-se da criação de inelegibilidades justamente para suprimir e abafar o pluralismo político, afastando candidatos sob os mais variados argumentos, sempre sobre o manto da moralidade e vida pregressa²⁰, conforme artigo 151 da Constituição de 1967. A estratégia, portanto, não é nova e vem sistematicamente sendo utilizada, sob as vestias de um republicanismo moralizador, para restringir, pouco a pouco, o exercício dos direitos políticos. A inclusão ao texto do artigo 14, §9º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº4, de 1994, da expressão “a fim de se proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”, é outro exemplo de pronta constatação.

Longe estamos de se fazer uma defesa do improbo ou do político corrupto. Mas é certo que a democracia se coloca como núcleo estruturante de nossa república, o que significa dizer que a escolha do bom ou mal político compete única e exclusivamente ao povo. Mitigar a interpretação histórica dada à presunção de inocência em favor de argumento como cobrança de ética da sociedade civil, apenas concorre para consolidar a deslegitimação da política, substituindo a escolha do eleitor pela do judiciário, substituindo, em suma, a democracia pela aristocracia.

20 O Min. Luiz Fux correlacionou em seu voto no julgamento de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa que a constitucionalidade da normativa estava calcada na “meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gradativamente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país.”

A NÃO INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE DE LULA. TEREMOS UM JUDICIÁRIO QUASE MONOLÍTICO, JÁ SABENDO COMO PRETENDE JULGAR?¹

Bruno Espiñeira Lemos²

BREVE INTROITO QUE JÁ DIZ TUDO

Antes de adentrarmos na discussão quanto aos fundamentos jurídicos que entendemos respaldar a não incidência da hipótese específica de inelegibilidade do ex-presidente Lula, não podemos deixar de iniciar nossa peroração com uma afirmação indissociável e premissa essencial para todo o restante do debate, que vem em resposta à seguinte pergunta:

Que cenário jurídico poderia hoje tornar Lula, em tese, inelegível?

Resposta. Uma sentença, até agora mantida pelo Tribunal regional respectivo, em seus fundamentos basilares, com agravamento de pena, sendo essas decisões vazadas sob o alicerce de que “a prova indiciária teria um papel relevante em relação à criminalidade complexa” e com base em tais indícios, alguém foi condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

À época da condenação em primeira instância escrevi para um blog de um grande veículo de comunicação e lembrei que houve quem dissesse que, para condenar um ex-presidente da República, 218 páginas seria pouco. No mesmo *locus* afirmei e reafirmo aqui e agora que sem provas (em sentido técnico), nem um milhão de laudas serviriam para nada a não ser uma obrigatória absolvição de quem quer que fosse.

Naquela época também me chamou atenção o excesso de preocupação do sentenciante em justificar a sua não suspeição por meio de dezenas de páginas da sua decisão,

- 1 Outro título para esta breve contribuição ao debate: “Por querer ser Presidente, novamente, Lula encontra a ira e a má vontade do Judiciário conservador que não o quer de volta, em nenhuma hipótese”.
- 2 Advogado Criminalista. Ex-procurador federal. Ex-professor de direito processual penal. Especialista em Direito Penal e Processo Penal, mestre e doutorando em Direito. Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), no Distrito Federal. Ex-membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB. Ex-membro da Comissão de Ciências Criminais e Segurança Pública da OAB do Distrito Federal. Participou da Zweite Summer School für Wissenschaft und Dogmatische deutschen Straf Criminals, em matéria de direito penal, direito processual penal e criminologia, na Universidade Georg-August em Göttingen, na Alemanha.

inclusive, ao tratar da controvertida condução coercitiva do ex-presidente (ao que se sabe hoje proibida pelo próprio STF) e a não menos controvertida interceptação telefônica que se estendeu a advogados de defesa, sendo por si sintomática e suspeita em si, pois quem se justifica além do razoável, algo deixa à mostra.

E que mostra! Não tive mais dúvida quanto à explícita suspeição do sentenciante já agora, após sua intervenção sagaz, espacial e juridicamente fora do foro, em ataque direto e pessoal à técnica e literal e juridicamente competente decisão do Desembargador Rogerio Favreto.

O resto é estória e história...

E o que ficou à mostra para o Brasil e para o mundo? Uma condenação com base em indícios, ilações e deduções pessoais.

Sigo afirmando que uma sentença que adjetiva a argumentação da Defesa como “dramática”, em episódio ainda mal esclarecido para advocacia brasileira e internacional, sobre interceptações telefônicas de escritório de advocacia da própria Defesa, assume, *juris et de jure*, a indissociável suspeição do prolator da sentença.

Hoje, mais do que nunca tenho a convicção de que o réu no caso em comento, fosse ele quem fosse, que não o ex-presidente Lula, teria em seu favor uma decisão técnica obrigatória de absolvição por falta de prova.

Aliás, minha qualificação de “ex-professor” da cadeira de direito processual penal se deu exatamente por não mais suportar responder aos meus alunos quando indagado, que aquilo que está escrito literalmente no CPP e na Constituição Federal de tal forma pode se ler, mas não mais se escreve. Que na prática a teoria é outra. E por que? Ora, apenas alguns “porquês” dentre tantos.

Porque a grafia clara da Constituição para “trânsito em julgado” passou a ser pela vontade “soberana” do STF que hoje legisla, “condenação em segunda instância”.

Porque o Ministério Público vem assumindo um lugar de um “quase Poder”, quase sem limites na atual sociedade brasileira, pois afinal ele pode muito, mas não pode tudo, mas mesmo assim a pseudo paridade de armas já se desfigura e nasce morta quando o seu Representante, ostentando a condição de parte autora da ação penal, se senta ao lado do Juiz, no mesmo plano, enquanto que a Defesa simbolicamente, a refletir na dinâmica efetiva do curso nem sempre dialético da ação, assume condição e assento inferior no teatro processual pátrio.

Não bastando, as agências punitivas seguem hasteando bandeiras que insistem em “demonizar” de modo generalizado e inconsequente a política e os políticos. Como se a política não significasse a gênese da vida em sociedade, mas sempre se utilizando dela quando lhe favorece alguma demanda de classe.

Porque o Judiciário hoje no Brasil usurpa a função do Parlamento e escancara um ativismo judicial sem precedentes, criando uma fissura, que alguns já veem como uma fratura exposta na estrutura da nossa frágil democracia.

O Judiciário brasileiro é absurdamente conservador e eu não tenho dúvidas de que Lula é um preso político nesse contexto ideológico. E quem quiser que venha me

dizer que o Judiciário não tem partido. Se não tem, tem agido como se tivesse e é interessante notar que o mundo inteiro dito civilizado já percebeu isso, só não percebeu quem efetivamente não tem interesse em fazê-lo, mesmo que tenha que pactuar diante de tudo que vem acontecendo, com a destruição sistemática de garantias e direitos fundamentais.

É difícil para os que vieram de dentro da sala e dos demais cômodos da Casa Grande aceitar uma inclusão tão profunda daqueles que dormiram no relento ou nas Senzalas da vida. Isso é de um “simbolismo literal”, pois Lula abriu uma ferida freudiana aonde deveria haver uma rara possibilidade de conciliação histórica.

Lula hoje é um prisioneiro político das elites arcaicas e concentradoras de poder e renda que encontram eco em um Judiciário conservador que tem agido como sua longa *manus*. E aqueles membros do Judiciário que ousam agir de modo diverso, o que lhes acontece?

É só verificar a união imediata de “todos” os “juízes competentes” com o intuito de impedir o cumprimento de uma ordem judicial verdadeiramente competente no contexto em que foi prolatada, sem aguardarem, como seria o certo, os meios processuais cabíveis e *a posteriori*, por obrigatória provocação do MPF como seria o correto, jamais de ofício, em julgamento que teria que ser posterior ao plantão judiciário; além da própria PGR, que de imediato pediu investigação contra o Desembargador Favreto, pois ousou enxergar de modo distinto dos “cegos do castelo”...

MOTIVAÇÃO JURÍDICA

A Lei Complementar nº 64/90, que estabelece os casos de inelegibilidade, nos moldes do art. 14, § 9º da Constituição Federal, sofreu alteração por meio da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “lei da ficha limpa”.

O artigo 1º dispõe que são inelegíveis aqueles que foram condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena e então elenca os crimes a que se aplica, dentre os quais, os crimes contra a administração pública e lavagem de bens, direitos e valores.

Nessa sequência, e naquilo que interessa ao caso aqui tratado, o artigo 2º prevê que a arguição de inelegibilidade, no caso de candidatura a Presidente da República é de competência do Tribunal Superior Eleitoral.

Acrescente-se ao debate aqui proposto, a previsão do artigo 15, da Constituição Federal que estabelece ser vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Previsão essa que deve ser lida, em nosso sentir, em conjunto com a previsão, também da Constituição Federal, em seu artigo 14, § 3º, que consigna como uma das condições de elegibilidade, o pleno exercício dos direitos políticos. E aqui suscitamos um conflito entre a lei (LC 64/90) e a Constituição Federal. Ou seja,

pode uma lei, ainda que complementar trazer restrição ao exercício pleno dos direitos políticos, em nossa ótica, em conflito com o que prevê a Constituição?

É evidente que o cenário jurídico, aqui resumido em excesso, deverá contar com o esgotamento de todos os jurídicos e legítimos recursos e medidas cabíveis em sede de TSE e mesmo STF. Porém, enquanto perdurar tal discussão jurídica, Lula seguirá com o seu direito inalienável de registrar sua candidatura e fazer campanha, como prevê a Lei Eleitoral (9.504/97), precisamente, no seu artigo 16-A, ao disciplinar que o candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior³.

MORAL DA ESTÓRIA/HISTÓRIA

A completa ausência de substância constitucional para a manutenção de quem quer que seja em prisão antecipada por condenação em segunda instância, sem que existam os fundamentos específicos para uma eventual prisão cautelar, torna ilegal a prisão de Lula e de qualquer cidadão brasileiro que se encontre na mesma situação.

A decisão que condenou Lula, ainda que avalizada em segunda instância, encontra-se frágil e amparada em meras ilações, supostos indícios, tudo isso construído com silogismos que somente se sustentam pela vontade de condenar. Qualquer outro cidadão brasileiro teria outro resultado em seu favor se réu fosse na mesma ação penal e precisamente estivesse no lugar de Lula.

Infelizmente, o Judiciário brasileiro possui o ranço de um conservadorismo atávico, salvando-se honrosas e dignas exceções, o que torna difícil no atual momento histórico a leitura e compreensão jurídica das normas aplicáveis (desde a Constituição Federal, passando-se pelo CPP, LC 64/90 e todas as demais leis) que resgatem os direitos do cidadão Lula, hoje um prisioneiro político, a todas as luzes, em condição comparável a de Mandela e Gandhi.

Passará o tempo, virá a história e como dizem muitos por aí, quem se lembra dos nomes dos juízes que condenaram Mandela e Gandhi?

Encerro minhas palavras trazendo uma canção bela e justa que se pode encontrar no *Youtube*, em que o músico Daniel Téó que mora nos Estados Unidos (interessante como o olhar de fora traz maior isenção) presta uma comovente homenagem a Lula colocando-o no seu merecido patamar:

3 Entendo que esse direito, por si, deve ser fundamento peremptório, inclusive, para a liberdade de LULA, após o registro de sua candidatura.

You're not Alone

You're not alone,
Together we are stronger
We know a better way of winning.

Can't you hear me y'all God,
there ain't no walls for dreamers
they can't keep us from dreaming

Hey you in the valley
Come to the top of the hill
Lets bring our hands together
Lets chant down the avenue for:

Tutu, Gandhi, Parks, King,
Joseph, Douglas, Paine, Anthony.
For Lula, Lennon, Malala, Dalai Lama,
Mandela, Simone, Guthrie!

You gotta wake up!
Shut down the noise sister
You got the vision.

Don't give up to fear
We're gonna be standing here,
They can't divide us.

Hey you in the valley
Come to the top of the hill
Lets bring our hands together
Lets chant down the avenue for:

Tutu, Gandhi, Parks, King,
Joseph, Douglas, Paine, Anthony.
For Lula, Lennon, Malala, Dalai Lama,
Mandela, Simone, Guthrie.

O GOLPE DE 2016 E A SOBERANIA POPULAR AMEAÇADA: O CASO DO EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA NAS ELEIÇÕES DE 2018 DIANTE DAS PRÁTICAS DE *LAWFARE*

Eder Bomfim Rodrigues¹

O Brasil já não é mais o mesmo. Desde o Golpe de 2016, o Golpe Jurídico-Parlamentar-Midiático-Empresarial, que culminou com a destituição da Presidenta Dilma Rousseff e que aconteceu por meio de um *impeachment* com mera aparência de legalidade, o país tem passado por muitas mudanças, todas elas voltadas a uma realidade muito distante da vontade popular e dos mais de 54 milhões de votos que foram dados a um projeto de governo e de país soberano e independente.

Busca-se agora estabelecer um modelo de Estado voltado exclusivamente aos interesses do mercado e do capital, de modo inclusive a desconsiderar inúmeros direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988 e em tratados internacionais em que o Brasil é parte.

O que não dizer da limitação de gastos públicos estabelecida pela Emenda Constitucional 95/2016, da nefasta Reforma Trabalhista, das mudanças no ensino médio brasileiro, da busca pela privatização da Eletrobrás, da entrega da Embraer à Boeing e das tentativas de reforma da previdência? Ou, também, das alterações na Lei 12.351/2010 que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, geradas pela Lei 13.365/2016, que retirou a obrigatoriedade de participação da Petrobras e facultou à estatal brasileira exercer o seu direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de apenas 30% nos consórcios formados na exploração do pré-sal?

Esses são apenas alguns poucos exemplos que fizeram com que o Brasil caminhasse a passos largos à adoção de uma lógica neoliberal e que só foi possível diante da mudança abrupta e violenta de governo que interrompeu o regime democrático no país em 2016. Uma mudança que não condiz com a vontade das urnas, haja vista que

1 Realiza pós-doutorado em Filosofia na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD). Advogado.

a sociedade brasileira escolheu, nas eleições de 2014, um governo progressista, democrático e popular.

Ultimamente, o que menos tem tido importância na realidade brasileira é o texto constitucional. Na verdade, vive-se uma época de desconstrução do Estado Democrático de Direito. Uma consequência direta do Golpe de 2016 que foi responsável² pelo movimento de transformação do Estado Democrático de Direito num Estado Pós-Democrático³ que não possui nenhum compromisso com a democracia e com os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

De fato, o “Pós-Democrático” é o Estado compatível com o neoliberalismo, com a transformação de tudo em mercadoria. Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico. Fins que levam à exclusão social de grande parcela da sociedade, ao aumento da violência – não só da violência física, que cresce de forma avassaladora, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento “normal” do Estado Pós-Democrático –, à inviabilidade da agricultura familiar, à destruição da natureza e ao caos urbano, mas que necessitam do Estado para serem defendidos e, em certa medida, legitimados aos olhos de cidadãos transformados em consumidores acrílicos. (CASARA, 2017, p. 25).

Num Estado Pós-Democrático, a Constituição e os direitos fundamentais ficam sujeitos à vontade do grande capital. Dessa forma, a ordem jurídica passa a ser condzente com os anseios do neoliberalismo para que os interesses do mercado sejam realizados, inclusive, se necessário for, com o atropelo da Constituição e de qualquer espécie de legislação que venha impedir a concretização dos objetivos do mundo financeiro.

2 “O golpe não teria acontecido sem a politização do judiciário. Ninguém guardou ou defendeu efetivamente a Constituição. Direitos individuais sagrados foram e são profanados. Foi, na realidade, em grande medida, um golpe jurídico – um golpe que articula capitalismo selvagem de rapina e enfraquecimento das garantias democráticas. As perspectivas são de um capitalismo selvagem do saque à riqueza nacional, com um Estado repressivo e policial. Sua execução, no entanto, foi obra de mestres do engodo e da hipocrisia. O ataque à democracia e às garantias constitucionais se deu em nome da justiça e da moralidade.” (SOUZA, 2016, p. 131).

3 “A expressão ‘pós-democracia’ costuma ser atribuída ao cientista político inglês Colin Crouch, que a utilizou para designar o momento em que há o pleno funcionamento (formal) das instituições democráticas (eleições, liberdade de expressão etc.), mas no qual a dinâmica democrática progressivamente desaparece.” (CASARA, 2017, p. 23).

O Estado Pós-Democrático assume-se como corporativo e monetarista, com protagonismo das grandes corporações e destaque para as corporações financeiras, na tomada das decisões de governo. [...] Um Estado em que o governo se põe abertamente a serviço do mercado, da geração de lucro e dos interesses dos detentores do poder econômico, o que faz com que desapareça a perspectiva de reduzir a desigualdade, enquanto a “liberdade” passa a ser entendida como a liberdade para ampliar as condições de acumulação do capital e a geração de lucros. Na pós-democracia, a liberdade intocável é apenas a que garante a propriedade privada, a concentração dos meios de comunicação de massa, a fabricação de “próteses de pensamento” – televisores, computadores, smartphones etc. – capazes de substituir cidadãos por consumidores acríticos, a acumulação de bens, os interesses das grandes corporações e a circulação do capital financeiro. (CASARA, 2017, p. 29-30).

No paradigma pós-democrático o Estado não está sujeito a restrições em seus poderes de ação. Tem-se um Estado autoritário e que age com um poder persecutório contra todos aqueles considerados indesejáveis, os inimigos políticos do sistema, aqueles que, de acordo com o neoliberalismo, constituem uma ameaça ao exercício de um poder supremo dos detentores do capital. O mais importante é a realização dos objetivos do mercado, os quais não estão sujeitos a limitações éticas, morais ou legais, pois o centro das atenções se volta para o mundo das finanças. Acima de qualquer coisa, o que inclui soberania popular, soberania estatal, direitos e garantias fundamentais, estão os negócios, o lucro e uma maior acumulação por parte do capital financeiro.

O Poder Judiciário assume uma postura singular nesse ambiente de um Estado Pós-Democrático, pois agora ele é um instrumento de concretização desse novo paradigma que não tem nenhuma preocupação com a democracia e com o exercício do poder limitado pela Constituição. Com isso, o Judiciário passou a ter um modo de ação mais voltado à proteção dos interesses das forças econômicas neoliberais em detrimento do texto constitucional que se tornou um mero detalhe na realidade jurídica. E aqui há uma grande mudança de perspectiva para o que se esperava da atuação do Judiciário na ordem constitucional vigente, pois saiu-se de um modelo que era visto como capaz de proporcionar a tutela dos direitos e garantias fundamentais para um caracterizado por uma crescente omissão em relação a tais direitos, num forte e aguerrido processo de colonização das mentes das pessoas e da forma de agir dos juízes pelo neoliberalismo.

Desse modo, é possível dizer que o Judiciário brasileiro ao invés de seguir um caminho de luta pela efetivação da Constituição da República de 1988 preferiu se manter muitas vezes próximo, outras vezes como parte integrante da Casa-Grande no Brasil. Seja em um ou outro lugar, o Judiciário não se coloca de modo mais claro no exercício de sua função contramajoritária e de afirmação suprema da Constituição. Pelo contrário, o Judiciário é parte do sistema e das elites no país.

Hoje, percebe-se claramente que o Sistema de Justiça se tornou um *locus* privilegiado da luta política. Uma luta em que o Estado Democrático de Direito foi sacrificado. Não há como pensar o fracasso do projeto democrático de Estado sem atentar para o papel do Poder Judiciário na emergência do Estado Pós-Democrático. Chamado a reafirmar a existência de limites ao exercício do poder, o Judiciário se omitiu, quando não explicitamente autorizou abusos e arbitrariedades – pense, por exemplo, no número de prisões ilegais e desnecessárias submetidas ao crivo e autorizadas por juízes de norte a sul do país. (CASARA, 2017, p. 127-128).

E, na mesma direção, está o Ministério Público, o que segundo Casara (2017) faz com que essa instituição possa ser vista como agente a serviço do Estado Pós-Democrático e de sua realização. Realmente, uma parcela do Ministério Público parece ter se perdido no tempo desde o novo *status* constitucional que tal instituição alcançou com a Constituição de 1988. Passou a se preocupar em agir de forma cada vez mais repressiva, de modo a adotar a bandeira de um punitivismo exacerbado e de um processo penal do espetáculo distante da realização dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado também, “[...] na pós-democracia há uma verdadeira confusão e/ou promiscuidade entre o acusador/fiscal e o juiz, o que faz com que, em um grande número de casos, atuem em conjunto contra o réu, na tentativa de confirmar a hipótese acusatória.” (CASARA, 2017, p. 139-140).

A espetacularização do direito penal e do direito processual penal tem promovido uma constante violação de leis e da própria Constituição da República num caminhar profundo de afirmação de um Estado totalitário, fascista e distante da realização de uma democracia efetiva. Tal tipo de prática é difundida pelos meios de comunicação de massa que não têm nenhuma responsabilidade com a Constituição, mas que querem apenas promover o sensacionalismo, destruir a reputação de pessoas e agradar a opinião pública.

Hoje, vive-se um momento sombrio na realidade brasileira, um tempo de ausência da observância dos limites traçados pela Constituição, de perseguição política, de um processo penal do espetáculo, de juízes justiceiros e outros agentes estatais que estão mais preocupados com a opinião pública e com o aparato midiático do que realmente com a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Todo esse ambiente leva o direito a ser utilizado, em alguns momentos, como uma arma de guerra, um instrumento de perseguição política e de aniquilamento de alguém que possa ser considerado um inimigo político. No passado, em outros modelos de regimes autoritários, como por exemplo na ditadura brasileira instalada pelo Golpe Militar de 1964, os militares eram os verdadeiros agentes do regime de exceção, sendo utilizados com uma finalidade persecutória contra todos aqueles que fossem contrários ao governo e suas ações. Os golpes de Estado eram tradicionalmente orquestrados e realizados pelas forças armadas em nome das elites nacionais, mas também das elites

financeiras do capital internacional e das grandes multinacionais. Porém, nos tempos atuais, a situação é diferente, pois o mundo mudou e novas técnicas de golpes são utilizadas, haja vista que não há mais espaço para esse tipo de ação que foi comum num passado não muito distante, seja na realidade do Brasil ou da América Latina.

Na verdade, houve um aprimoramento nas técnicas de operacionalização, de modo que os golpes de Estado atuais são construídos dentro de uma aparência de legalidade e com o uso de todas as formalidades jurídicas necessárias. Ao invés da farda o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Federal são utilizados para o cumprimento das finalidades de um regime de exceção e de perseguição, tornando-se atores dos novos golpes. No lugar dos canhões tem-se o direito e a lei como meios para se aniquilar o adversário. A arma agora é o direito com a sua indevida utilização. E isso é nada mais do que *lawfare*.

Que a *lawfare* é um instrumento de perseguição ilegítimo e antidemocrático, é evidente. *Lawfare* transforma o Direito em um jogo de cartas marcadas. Faz com que, por exemplo, a teoria da prova no processo penal regrida às ordálias. *Lawfare* é antiacusatório. O ponto menos óbvio que deve ser frisado, repetido, pois, é que a *lawfare* é uma consequência sintomática de um Direito que cede aos seus predadores [...]. (STRECK, 2017, p. 122-123).

Assim, as práticas de *lawfare* fazem com que o direito seja utilizado de forma manipulada, pois o seu objetivo passa a ser a destruição de alguém e de sua reputação. Há um uso perverso do aparato jurídico, inclusive com a promoção de inúmeras ações judiciais, mesmo que as mesmas não apresentem razões de ordem fática e jurídicas mínimas. O direito transforma-se num instrumento de guerra que busca prejudicar pessoas e a Constituição passa por um processo de relativização constante, o qual faz com que os direitos e garantias fundamentais sejam desrespeitados e desconsiderados.

A *lawfare* tem por finalidade usar o direito indevidamente para se alcançar objetivos políticos. Na verdade, está-se diante de uma forma fraudulenta e perversa que leva o direito a ser empregado como um mecanismo de exclusão de uma pessoa do universo da cidadania e de sua transformação em um inimigo a ser caçado e deslegitimado. Isso faz com que o Judiciário, o Ministério Público e as forças policiais venham agir dentro de uma lógica seletiva, espetacularizada e midiática como se o processo penal devesse funcionar a partir de um sistema de execração pública nos moldes de um direito medieval, mas que encontra amparo na lógica de ação do Golpe de 2016, golpe este que, como muito bem destaca Yarochevsky (2017, p. 261), é permanente⁴ no Brasil.

4 “Pois é, o golpe parlamentar que depôs DILMA ROUSSEFF da Presidência da República constituiu um ‘crime permanente’. Enganam-se aqueles que acreditavam que o golpe findou-se com a saída de DILMA da presidência da República, na verdade o golpe travestido de ‘impeachment’ estava apenas se iniciando. O golpe que derrubou a Presidenta eleita democraticamente com mais de 54 milhões de votos, não foi como alguns poderiam crer um acidente de percurso da neófito democracia brasileira. Trata-se de um projeto

Tudo isso é de fácil percepção na realidade brasileira e tem atingido o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva há muito tempo, principalmente se for levado em conta as novas perspectivas paradigmáticas de um Estado Pós-Democrático e o uso do direito como instrumento de perseguição política. Lula é vítima de *lawfare*, essa forma de uso da lei com finalidades políticas.

Não é por acaso que se instalou no país uma caçada desumana ao ex-presidente e que tem um grande e claro objetivo que é impedi-lo de concorrer novamente à Presidência da República nas eleições de 2018. Retirar Lula das eleições tornou-se uma das grandes metas da chamada Operação Lava Jato. Um fato de fácil percepção quando se observa o trâmite de um dos processos existentes contra o ex-presidente, aquele que envolve o tal apartamento triplex do Guarujá. O referido processo teve uma tramitação acelerada na 13ª Vara Federal de Curitiba, bem como no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

Ora, a velocidade fora do comum no julgamento do ex-presidente Lula da Silva e a sua condenação em 2ª Instância teve como clara finalidade gerar a sua teórica inelegibilidade nos termos da Lei Complementar 64/1990 (com redação dada pela Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa). E, diante disso, alguns argumentam que o ex-presidente estaria inelegível simplesmente por ter contra si uma decisão proferida por órgão judicial colegiado, no caso o TRF-4.

Entretanto, será que apenas uma leitura simplista do art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/1990 é capaz de fechar o sistema e gerar automaticamente a inelegibilidade de Lula e assim impedi-lo de ser candidato a Presidente da República? Ele poderá requerer o registro de sua candidatura? A resposta está cristalina na legislação e jurisprudência vigentes: a pretensa inelegibilidade de Lula não é automática e, logo, ele poderá sim requerer o registro de sua candidatura junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Pois bem, para se chegar à resposta acima deve-se fazer uma leitura de qualquer espécie legislativa, entre elas as Leis Complementares 64/1990 e 135/2010, a partir da Constituição da República. Esse é o caminho a ser seguido. Assim, dispõe o texto constitucional em seu art. 14, § 3º, que são condições de elegibilidade, na forma da lei, a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária; e a observância de idade mínima para determinados cargos eletivos, em especial de trinta e cinco anos para Presidente da República. Todas essas condições são facilmente passíveis de cumprimento por parte do hoje pré-candidato Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive aquela que diz respeito aos direitos políticos, pois esta última só deixa de existir para qualquer cidadão brasileiro quando há condenação criminal transitada em julgado, de acordo com o art. 15, III, da Constituição.

muito mais amplo, costurado pelos neoliberais, plutocratas e pela mídia golpista.” (YAROCHEWSKY, 2017, p. 261).

Todavia, pelo que se percebe atualmente a discussão está centrada no requisito contido na Lei Complementar 64/1990 que diz respeito à decisão proferida por órgão judicial colegiado. Este requisito é na verdade uma grande afronta à Constituição e ao princípio da presunção de inocência presente no art. 5º, LVII, CR.

Fruto de uma mudança operada na lei por força de um projeto de iniciativa popular que, dentre outras discussões em torno de sua constitucionalidade, apresenta um viés extremamente populista, punitivista e que relativiza um importante princípio constitucional, a presunção de inocência. Inclusive este foi um tema objeto de discussão no STF quando do julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que apreciaram a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Voto vencido, o Ministro Dias Toffoli salientou que a presunção de inocência impede que um candidato seja considerado inelegível enquanto não houver uma condenação transitada em julgado, diante da previsão constitucional. De acordo com o Ministro:

A incidência das regras de inelegibilidades deve reclamar o caráter definitivo de julgamento das causas que lhe são antecedentes. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa da inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito de candidatura.

Supondo a ausência de tutela cautelar que assegurasse a participação no pleito ao candidato, como se sanaria eventual injustiça da sua ausência na eleição? Essa, por óbvio, não se repetirá (ou não se deveria repetir) a cada falha na apuração de eventual ilícito, cuja ocorrência for descartada por Corte de grau superior ao órgão colegiado prolator da decisão desabonadora. Onde se encontra a lógica ou a racionalidade de tal sistema? Se se afirmasse que a aplicação da regra de inelegibilidade é forma de tutela provisória, poder-se-ia avistar a reversibilidade do provimento? Passada a eleição, não há como o candidato impedido dela participar, nem ser indenizado pelo dano por outra forma. É situação similar do condenado à sanção capital, ao qual, uma vez executada a pena, não se pode devolver a vida. (BRASIL, 2012, p. 22).

Observe-se que a partir de uma leitura simplista da Lei Complementar 64/1990, leitura esta que está muito distante dos direitos consagrados na Constituição, é que se busca impedir a candidatura de Lula em 2018, e isso acontecendo por uma mera condenação em 2ª Instância. O mais lamentável é o fato de Lula ter sido condenado pelo TRF-4, e o mesmo também tendo acontecido com a sentença de 2017 na 1ª Instância, sem provas concretas, mas sim em meras convicções e em razões de ordem política.

Na verdade, a condenação de Lula aconteceu de forma prévia na mídia, antes mesmo da existência do processo penal, independentemente da verdade dos fatos, e pretendeu evitar, como já mencionado, que ele seja candidato à Presidência da República

e, ainda, que possa se sagrar vencedor mais uma vez. Assim, vive-se um impasse na realidade brasileira, pois a soberania popular está ameaçada diante de uma tentativa espúria de impedir o ex-presidente de participar das eleições.

Todavia, ainda existem alguns caminhos dentro da institucionalidade do Judiciário e da legislação eleitoral. Não é de se duvidar, diante da polarização e da perseguição política existentes no país atualmente, que o registro de candidatura de Lula a ser realizado no dia 15 de agosto de 2018 será impugnado. Diante disso, a própria Lei Complementar 64/1990 apresenta algumas saídas para a discussão em torno da inelegibilidade.

Em primeiro lugar, não haverá (pelo menos é o que se espera dentro do procedimento legalmente estabelecido) uma decisão sumária inicial de cassação do registro da candidatura de Lula por parte do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Assim, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/1997:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.

Por outro lado, diante da regra de inelegibilidade contida já mencionada no art. 1º, da Lei Complementar 64/1990 caberá a Lula recorrer ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e requerer, em caráter cautelar, a suspensão da inelegibilidade relacionada à condenação do TRF-4, não desconsiderando ainda que o caso poderá ser resolvido no Supremo Tribunal Federal (STF). *In verbis*:

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.

Destaque-se que na defesa da presunção de inocência, princípio basilar do sistema constitucional brasileiro e que tem origem no direito romano e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Ministro Dias Toffoli entendeu que os dispositivos legais *retro* mencionados violam esse princípio pelos seguintes argumentos:

Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, a fim garantir-lhe a participação na eleição, até porvindouro trânsito em julgado de condenação que desabone sua moralidade e afete seu pregresso histórico de vida, a norma tece prescrição contrária, **presumindo a culpabilidade e negando o acesso do cidadão ao pleito eleitoral, a não ser que obtenha provimento cautelar permissivo**. Tal situação é um descalabro jurídico, com a devida vênia, já que, como antes ressaltado, a incidência da garantia tem fim no trânsito em julgado e na conseqüente definitividade da situação jurídica ensejadora da inelegibilidade. [...]

O dispositivo também é marcado pela **fragilização do princípio da presunção de inocência, diante da ausência de um critério objetivo que pautae a concessão ou a negação de acesso do candidato ao pleito eleitoral**. [...]

Por fim, no meu entender, a questão que mais me causa perplexidade no dispositivo ora em análise é que ele **demonstra o quanto é injusto e inconstitucional a incidência de causa de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial, uma vez que ressalta a fragilidade das decisões ainda precárias**. Ora, se é necessária a concessão de espaço para o afastamento cautelar da inelegibilidade se plausível a pretensão recursal, é porque se admite a possibilidade de equívocos nas decisões proferidas pelos órgãos colegiados, o que inegavelmente trará prejuízo irreparáveis ao candidato.

Por outro lado, salta-me aos olhos, o fato de que essa previsão **confere aos juizes o poder de determinar, por critérios por demais subjetivos, quem continua ou sai da disputa eleitoral**. Relega-se, por completo, a **premência constitucional de que as hipóteses de inelegibilidades recaiam sobre situações objetivas, de forma a evitar critérios subjetivos e não isonômicos, que possam burlar inclusive a lisura do pleito eleitoral**. Há aqui **quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos, dei-**

xando-se espaço para casuísmo, surpresa, imprevisibilidade e violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos. (BRASIL, 2012).

Impedir a candidatura do ex-presidente Lula é o mesmo que não ter uma eleição legítima no país, sobretudo em razão de um processo e de uma condenação que não é definitiva e que, além de tudo, é fruto de muitas controvérsias e críticas no mundo jurídico. Não é demais lembrar, inclusive, de acordo com Vladimir Safatle, que “existem várias maneiras de não haver eleição. O Brasil teve eleição até 1930, sem eleição. A gente criou essa figura: eleição sem eleição. Uma eleição no interior da qual você tira os candidatos que vão contra o interesse de quem ‘deve’ ganhar”. (VLADIMIR SAFATLE..., 2018). Não se pode permitir a volta ao passado, num renascimento das práticas eleitorais da República Velha, pois isso em nada contribui para o futuro do país e de seu desenvolvimento soberano. Ao contrário, desgasta e destrói a soberania popular.

A legitimidade é componente necessário para a realização de um pleito eleitoral. Permitir a realização de eleições sem legitimidade compromete em muito o próximo governo eleito e todas as suas realizações. Não contribui em nada para a busca de solução dos inúmeros problemas que surgiram na sociedade brasileira após o Golpe de 2016. Só a participação cidadã será capaz de promover a superação do atual Estado de exceção.

Uma eventual ausência do principal líder da esquerda mundial no processo eleitoral brasileiro de 2018 seria uma grande catástrofe sob o ponto de vista político e jurídico para o Brasil, o que atenderia os interesses das grandes forças econômicas do capitalismo nacional e internacional, as quais exercem um poder imperialista histórico no Brasil. Inclusive são os mesmos atores responsáveis pela morte de Getúlio Vargas em 1954, pela derrubada do Governo de João Goulart em 1964 e pela morte de Juscelino Kubitschek em 1976, atores estes que procuram impedir qualquer tentativa do Brasil de sair de uma condição de subserviência às grandes potências econômicas e militares e de ser um país de destaque no cenário internacional, capaz de ter um desenvolvimento autônomo, bem como de proporcionar uma justa distribuição de renda ao seu povo.

Que o povo brasileiro possa ser efetivamente o juiz do caso do ex-presidente Lula nas eleições de 2018 e que a soberania popular possa ser exercida em sua plenitude e sem restrições, em cumprimento às disposições constitucionais e aos direitos consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578*. (2012) Voto Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC29DT.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

VLADIMIR SAFATLE: “Brasil não terá eleição em 2018”. *Brasil247*, São Paulo, 27 abril 2018. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/352850/Vladimir-Safatle-Brasil-não-terá-eleição-em-2018>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

SOUZA, Jessé. *A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado*. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Lawfare. In: ALVES, Giovanni; GONÇALVES, Mirian; TONELLI, Maria Luiza Quaresma; RAMOS FILHO, Wilson. *Enciclopédia do Golpe*. vol. 1. Bauru: Canal 6, 2017, p. 119-126.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *O direito penal em tempos sombrios 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PROCESSO, MINIMALISMO POLÍTICO E ATIVISMO JUDICIAL: VOCÊ TEM SEDE DE QUÊ¹?

Edilene Lobo²

A música que embala este trabalho coloca a indagação no horizonte, que se pretende respondida a seguir. A sede não é da justiça que prende pobre, preto, puta e petista. É daquela que faz valer a igualdade e o respeito aos direitos elementares, sem distinção de qualquer classe, credo, cor, sexo ou ideologia. Seja no campo penal, civil, político, enfim, em quaisquer quadras em que o direito se aplique por meio do processo. Ainda mais no processo eleitoral, no enlace com o processo penal, ambos bastante

-
- 1 A pergunta posta no título é feita sob inspiração da música *Comida*, da banda brasileira Titãs, lançada em 1987, no álbum *Jesus não Tem Dentes no País dos Banguelas*, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=n30hqe5LSKE>>. Acesso em 26 jul. 2018. A letra, como se reproduz abaixo, exorta à busca de outras perspectivas além da mera repetição e do conformismo, tal qual se pretende com a crítica exposta no presente artigo:

Bebida é água!/Comida é pasto!/Você tem sede de quê?/Você tem fome de quê?/A gente não quer só comida/ A gente quer comida Diversão e arte/A gente não quer só comida A gente quer saída Para qualquer parte/A gente não quer só comida A gente quer bebida Diversão, balé/A gente não quer só comida A gente quer a vida Como a vida quer/Bebida é água!/Comida é pasto!/Você tem sede de quê?/Você tem fome de quê?/A gente não quer só comer A gente quer comer E quer fazer amor/A gente não quer só comer A gente quer prazer Pra aliviar a dor/A gente não quer Só dinheiro A gente quer dinheiro E felicidade/A gente não quer Só dinheiro A gente quer inteiro E não pela metade/ Bebida é água!/Comida é pasto!/Você tem sede de quê?/Você tem fome de quê?/A gente não quer só comida A gente quer comida Diversão e arte/ A gente não quer só comida A gente quer saída Para qualquer parte/ A gente não quer só comida A gente quer bebida Diversão, balé/ A gente não quer só comida A gente quer a vida Como a vida quer/ A gente não quer só comer A gente quer comer E quer fazer amor/ A gente não quer só comer A gente quer prazer Pra aliviar a dor/ A gente não quer Só dinheiro A gente quer dinheiro E felicidade/ A gente não quer Só dinheiro A gente quer inteiro E não pela metade/ Diversão e arte/ Para qualquer parte/ Diversão, balé/ Como a vida quer/ Desejo, necessidade, vontade/ Necessidade, desejo, eh!/ Necessidade, vontade, eh!/ Necessidade.

- 2 Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (1995). Professora do Mestrado e da Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogada em Minas Gerais.

distantes do referencial teórico que lhes legitima: o encaminhamento da cidadania por meio da participação na vida política sem intermediários, perseguições ou obstáculos paternalistas.

O tratamento de segunda categoria dado aos direitos políticos, especialmente no que tange ao controle das eleições pelo voto, afastando o debate acerca de sua conformação e aplicação - como se seu real destinatário não o merecesse, numa relação de subordinação do povo aos donos do poder, no fenômeno que Gilberto Freyre bem anotava como a essência do patriarcalismo³ - é tratamento comezinho no processo judicial eleitoral. Isso, associado à ausência de participação dos interessados diretos na sua formação, eis que os cidadãos estão vetados no manejo das ações eleitorais, o que evidencia, de forma simplificada, o desvalor conferido à essência de um sistema que se queira democrático. A tônica de ignorar o controle popular e avantajar o poder das autoridades estatais, numa inversão inaceitável, está longe do que se estabeleceu no texto constitucional brasileiro como garantia fundamental incrementadora da soberania popular.

É de tal monta retrógrado o discurso das elites jurídicas nesse campo, que mesmo séculos depois da superação formal do Estado absolutista, o cenário por aqui não se modificou. Assim sendo, o Brasil não superou, na essência, o modelo medieval de processo - o que também pode ser visto, em cores berrantes, há bastante tempo, no processo penal.

E a prisão de Lula é a prova mais contundente desse insuperável medievalismo inspirado na inquisição, em que a denúncia é a prova da culpabilidade, a prova exigida é da inocência do acusado, ele que preso, incomunicável, ainda se vê submetido à execração pública e à devastação de sua família.

Pontuando de modo bastante direto e simples, Gisele Cittadino anota que “Há na sentença de Moro um conjunto de perversidades, todas elas asseguradoras do engano. Para atingir seus objetivos, o juiz ignora as garantias processuais do réu, manipula a lei e a teoria jurídica e, finalmente, pretende atacar um projeto político de país”⁴.

Ao comentar tal decisão, conhecida mundialmente por encarcerar um dos maiores líderes políticos do mundo, mesmo eivada de vícios e produzida por Juiz reconhecidamente incompetente, essa autora assevera que “Sérgio Moro elegeu três inimigos: Lula, o direito e a soberania popular”⁵.

Essa concertação engendrada contra tão importante liderança política, indubitavelmente preparada pelas elites numa espécie de desforra que ignora o direito e a soberania popular, estende-se do campo eleitoral ao campo penal. E, ao que tudo indica,

3 FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.

4 CITTADINO, Gisele. *Os múltiplos e perversos significados da sentença de Sergio Moro*. In: PRONER, Carol *et all.* (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 190.

5 CITTADINO, Gisele. *Os múltiplos e perversos significados da sentença de Sergio Moro*. In: PRONER, Carol *et all.* (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 190.

veio corroborar a máxima de que a justiça (que não é cega) se dirige maciçamente contra pretos, pobres e putas, “efetuando controle social por intermédio “do sistema carcerário, da polícia e da mídia”⁶, o que leva, indubitavelmente, a “acentuado aumento da exclusão”⁷.

A hipótese de que no Brasil só se prende pobre, preto, puta e petista, é confirmada a partir do exame da realidade, sem máscaras, quando se tem Lula condenado e preso sem provas seguras, em contraponto a outros acusados, de outras cores partidárias, sem tratamento similar, como noticiou artigo recente publicado no New York Times, assinado por Mark Weisbrot:

O juiz Sérgio Moro já demonstrou seu próprio partidarismo em numerosas ocasiões. Ele teve que pedir desculpas ao Supremo Tribunal em 2016 por divulgar conversas telefônicas entre o Sr. da Silva (Lula) e a presidente Dilma Rousseff, seu advogado, sua esposa e filhos. O juiz Moro organizou um espetáculo para a imprensa em que a polícia apareceu na casa do Sr. da Silva e levou-o para interrogatório – apesar de o Sr. da Silva ter dito que iria se apresentar voluntariamente para interrogatório.⁸

No ponto mais contundente da seletividade, Mark Weisbrot destaca que “As provas contra o Sr. da Silva estão muito abaixo dos padrões que seriam levados a sério, por exemplo, no sistema judicial dos Estados Unidos”⁹. E ainda:

O Estado de direito no Brasil já havia sido atingido por um golpe devastador em 2016, quando a indicada do Sr. Silva, Sra. Dilma Rousseff, eleita em 2010 e reeleita em 2014, foi acusada e removida do cargo. A maior parte

6 MÜLLER, Aline Beatriz; GIMENEZ, Chalise P. Colet; DUTRA, Gabrielle Scola. *Pretos, Pobres e Putas: Dos Discursos da Sociedade e da Mídia à Seletividade do Direito Penal*. Artigo apresentado no 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, de 08 a 10 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-5.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2018.

7 MÜLLER, Aline Beatriz; GIMENEZ, Chalise P. Colet; DUTRA, Gabrielle Scola. *Pretos, Pobres e Putas: Dos Discursos da Sociedade e da Mídia à Seletividade do Direito Penal*. Artigo apresentado no 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, de 08 a 10 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-5.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2018.

8 Conforme noticiou REDE BRASIL em 23 de janeiro de 2018, em reportagem intitulada “Artigo no ‘NY Times’ critica falta de provas em julgamento de Lula”. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/01/artigo-no-ny-times-critica-julgamento-de-lula-e-sergio-moro>>. Acesso em: 27 jul. 2018

9 Conforme noticiou REDE BRASIL em 23 de janeiro de 2018, em reportagem intitulada “Artigo no ‘NY Times’ critica falta de provas em julgamento de Lula”. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/01/artigo-no-ny-times-critica-julgamento-de-lula-e-sergio-moro>>. Acesso em: 27 jul. 2018

do mundo (e talvez a maioria do Brasil) pode acreditar que ela foi acusada de corrupção. Na verdade, ela foi acusada de uma manobra contábil que temporariamente fez com que o déficit orçamentário federal fosse menor do que seria de outra forma. Algo que outros presidentes e governadores fizeram sem consequências. E o próprio Procurador Geral da República concluiu que não era um crime.¹⁰

A seletividade é herança medieval – assentada num sistema de estamentos, em que os senhores se colocam no topo e os súditos rendem-lhes homenagens, compondo cortes. E os servos, porventura insubordinados ao sistema excludente, padecem as penas que se lhes quiserem impor. É de tal forma igual que o judiciário brasileiro ainda se compõe de cortes e o povo a ele está subjugado, num medievalismo processual sempre visto desde a inquisição¹¹, imune às influências do iluminismo¹². Nada que ver com legitimidade, direito ou democracia. A colisão com o sistema internacional de direitos humanos é flagrante, a propósito.

Ainda assim, em regra inspirada no modelo de antanho, invocada para justificar o afastamento da candidatura de Lula, a partir da tutela de evidência, prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, conjugada com a Lei da Ficha Limpa, que prevê inelegibilidade daqueles eventualmente condenados por crimes específicos, sem que haja trânsito em julgado se dará em franca contrariedade ao artigo 15, inciso III, da Constituição¹³.

E por quê? A resposta se encontra nas mais recentes pesquisas de opinião, o que corrobora a assertiva de que a condenação de Lula se deu contra a soberania popular, mais que contra o direito e suas teorias:

Pesquisa CUT/Vox Populi aponta que o ex-presidente Lula vence no primeiro turno com 58% dos votos válidos; no cenário estimulado, quando os nomes dos candidatos são apresentados aos entrevistados, as intenções de voto do ex-presidente aumentaram para 41% contra 39% registrado em maio; já a soma de todos os outros adversários alcançou 29%; no segundo lugar está Jair Bolsonaro (PSL), com 12%, seguido por Ciro Gomes (PDT),

10 Conforme noticiou REDE BRASIL em 23 de janeiro de 2018, em reportagem intitulada “Artigo no ‘NY Times’ critica falta de provas em julgamento de Lula”. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/01/artigo-no-ny-times-critica-julgamento-de-lula-e-sergio-moro>>. Acesso em: 27 jul. 2018

11 LOBO, Edilene. *Processo Eleitoral Democrático: A via para aprofundamento da participação popular*. Revista Internacional Consinter de Direito, Ano IV, nº VV, 1º Semestre de 2018. Porto, Portugal.

12 PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. *O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma*. Revista de Informação Legislativa do Senado, Brasília, Ano 48, nº 190. p. 93-120, abr./jun. 2011.

13 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

que alcançou 5%; Marina Silva (Rede) caiu de 6% para 4%, empatando com Geraldo Alckmin (PSDB), que também registrou apenas 4%.¹⁴

Não se pode ignorar, apertando os fios da trama urdida há tempos, que a principal regra agitada para afastar Lula da disputa eleitoral, advém da malsinada Lei da Ficha Limpa, editada no governo petista, criada exatamente para afastar o povo do poder, por meio de decisões liminares do judiciário eleitoral, elaborada a partir do engodo. Sim, porque embora dita que originava da vontade popular, sabe-se que ela foi concedida por organizações ligadas aos tribunais, como noticiado fartamente e jactado por muitos¹⁵.

Lênio Streck, com apoio na obra de Pedro Serrano, registra o que resume o quadro vivido no Brasil, que serve como a mão à luva no processo eleitoral brasileiro: “A democracia vai se esfacelando e se transformando em uma maquiagem, que confere a aparência de um Estado Democrático, mas ao invés de ampliar e efetivar direitos, suprime-os paulatinamente”¹⁶.

Fazendo coro, Francisco Fonseca, em alusão à poesia de João Bosco e Aldir Blanc que se transformou na inesquecível música “O bêbado e a equilibrista”, verdadeira ode à democracia e à ruptura da ditadura, resume o cenário atual: “A ‘democracia’ brasileira encontra-se na ‘corda bamba equilibrista’: de um lado, o autoritarismo enevoadado pelas formalidades legais falsamente democráticas, desestruturadoras dos direitos políticos, sociais e trabalhistas; de outro, a luta dos trabalhadores e dos pobres em busca destes”¹⁷.

E o que fazer?

A par da própria Lei da Ficha Limpa, Fernando Neisser e Luiz Fernando Casagrande Pereira respondem:

Em relação ao caso do ex-presidente Lula, pendem de análise os pedidos de suspensão da inelegibilidade, como apregoa o artigo 26-C da Lei Complementar 64/90, feitos no corpo dos recursos especial e extraordinário interpostos contra o acórdão do TRF da 4ª Região.

14 Disponível em: < <https://www.brasil247.com/pt/247/poder/363082/Nova-pesquisa-CUTVox-Lula-tem-41-O-resto-29.htm>>. Acesso em 28 jul. 2018.

15 Vale leitura de artigo publicado no Estadão por Márlon Reis e Valdecir Pascoal, ambos mentores da aludida lei, um juiz outro conselheiro do TCEPE. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-ficha-que-nao-pode-cair/>>

16 STRECK, Lênio Luiz. *Check list: 21 razões pelas quais já estamos em estado exceção*. São Paulo: CONJUR, 29 de junho de 2017, *online*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

17 FONSECA, Francisco. *A democracia no Brasil ou a (des)esperança quilibrista*. São Paulo: Revista Le Monde Diplomatique Brasil, Ano 10, Número120, julho de 2017, p. 08.

A possibilidade de concessão do efeito suspensivo nesses casos é patente, uma vez que se consolida a compreensão, quanto mais se analisa e discute o processo criminal que culminou com sua condenação, que os inúmeros vícios ali identificados tornam insustentável a manutenção daquele entendimento.

Mais que isso, não se pode afastar de plano a possibilidade de que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal decidam o mérito dos recursos, reformando o acórdão regional e absolvendo o ex-presidente Lula daquela acusação.

Em quaisquer dessas hipóteses, é imprescindível que se tenha permitido o exercício pleno do direito de realização de propaganda eleitoral, direito não apenas do candidato, mas também do eleitor. Sem isso, a absolvição seria uma vitória de Pirro, uma vez que o tempo perdido não volta, e a campanha que deixou de ser feita jamais pode ser retomada.¹⁸

Além disso, é preciso que se alarguem os espaços públicos, nacionais e internacionais, para o debate acerca da injustiça e da violação dos direitos políticos do povo, com o afastamento de Lula das eleições vindouras. O que, a se manter, certamente não permitirá validade às eleições nacionais. Em resumo, eleição sem Lula, é fraude!

REFERÊNCIAS

CITTADINO, Gisele. *Os múltiplos e perversos significados da sentença de Sergio Moro*. In: PRONER, Carol et all. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 189/191.

FERRAJOLI, Luigi. *O garantismo e a esquerda*. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coords.). *Garantismo Penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FONSECA, Francisco. *A democracia no Brasil ou a (des)esperança quilibrada*. São Paulo: Revista Le Monde Diplomatique Brasil, Ano 10, Número120, julho de 2017.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.

HAILER, Marcelo. *A democracia por um fio*. São Paulo: Revista Caros Amigos, ano XXI, nº 244, julho de 2017.

LÔBO, Edilene. *O déficit de legitimidade no processo político brasileiro. A violação da teoria da democracia*. Encontro de Internacionalização do CONPEDI (Organizadores: Rubens Beçak, Jordi Garcia Viña). Madrid: Ediciones Laborum, 2015. Vol. 3, p. 175-189.

_____. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

18 NEISSER, Fernando; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. *O caso Lula e o direito de candidato com impugnação fazer campanha*. Revista Eletrônica CONJUR. São Paulo. Artigo de 26 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-26/opiniao-direito-candidato-impugnacao-campanha>. Acesso em 26 jul. 2018.

O DIREITO DE SE APRESENTAR COMO ALTERNATIVA AO ELEITORADO: UMA BREVE ANÁLISE DA ELEGIBILIDADE E DAS INELEGIBILIDADES A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Eneida Desiree Salgado¹

Um Estado de Direito, ainda mais se marcado pelo adjetivo democrático, é pensado a partir da garantia dos indivíduos contra o abuso do poder, com a previsão e garantia de direitos. Direitos, poder e indivíduo são as categorias centrais do Estado de Direito, em um desenho que garante a proteção dos indivíduos por meio do Direito.² No contexto do constitucionalismo, essa arquitetura se dá pela Constituição, que reserva um regime jurídico específico para determinados direitos, marcados pela fundamentalidade.

A definição de quais direitos se caracterizam como fundamentais se dá ou por sua relação com um valor fundante (dignidade ou cidadania³) ou por decisão constituinte. No caso da Constituição de 1988, há um elenco de direitos fundamentais estabelecido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que vai desde os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º) até os Partidos Políticos (artigo 17). Além disso, há uma cláusula de abertura prevista no parágrafo 2º do artigo 5º, admitindo os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e também dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Partindo dessas premissas – e dizendo o óbvio, porque se faz necessário – os direitos políticos são direitos fundamentais. Assim estão previstos na Constituição, no Capítulo IV do já mencionado Título II. Entre os direitos políticos estabelecidos expressamente pelo texto constitucional estão o sufrágio universal, caracterizado pelo voto direto, secreto e igual, pelos instrumentos de democracia participativa (plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis), pela elegibilidade, pela proteção contra a cassação ou suspensão de direitos políticos e pelo princípio da anterioridade eleitoral.

1 Mestre e doutora em Direito. Professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná. Líder no Núcleo de Investigações Constitucionais. Coordenadora do Política Por/De/Para Mulheres. Advogada.

2 COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198, p. 96.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Ainda é possível assinalar o direito de associação a partido político e ao seu funcionamento democrático como dotado de fundamentalidade.

Os direitos políticos, como todos os direitos fundamentais, são multifuncionais: atribuem ao seu titular posições jurídicas múltiplas.⁴ Em relação ao direito de voto (capacidade eleitoral ativa), é possível indicar como pretensões jurídicas dele derivadas a liberdade do voto, a relação de representação, a existência de instrumentos de accountability e a participação em consultas populares. No que se refere ao direito de concorrer a cargo eletivo (capacidade eleitoral passiva), pode-se apontar as pretensões de que apenas a Constituição possa estabelecer condições de elegibilidade, de que os recortes ao direito de concorrer obedçam ao regime de restrições aos direitos fundamentais, e de que haja garantias de condições iguais na disputa, com regulamentação do financiamento de campanha (tanto como prestação material como quanto proteção) e com acesso à propaganda eleitoral.⁵

Desta maneira, as condições de elegibilidade são aquelas taxativamente estabelecidas pela Constituição, não podendo o legislador (e menos ainda o Poder Judiciário, pelas criativas – e quase sempre inconstitucionais – Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral) expandir essas condições, tornando menor o âmbito de proteção do direito fundamental. A tentativa do Tribunal Superior Eleitoral de ampliar o conceito de quitação eleitoral para restringir o acesso à disputa⁶ é um exemplo, infelizmente entre outros tantos, do baixo apreço ao caráter de direito fundamental da capacidade eleitoral passiva.

No tocante às restrições ao direito, as inelegibilidades, o desprezo é ainda mais evidente. Combinado com um discurso de demonização da política e dos políticos, o desdém frente a direitos fundamentais no campo político tem se mostrado como uma ameaça ao Estado de Direito.

Como todo direito fundamental, o direito de se apresentar como alternativa ao eleitorado ocupa uma posição de supremacia axiológica no ordenamento jurídico, mas não é absoluto. Suas restrições, no entanto, são cabíveis apenas se autorizadas pela Constituição e devem observar limites: não podem atingir seu conteúdo essencial, somente podem ser impostas por lei, devem ser gerais e abstratas, não podem ser

4 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, julho/dezembro de 2013.

5 SALGADO, Eneida Desiree; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Os direitos políticos no ordenamento brasileiro e a multiplicidade de posições jusfundamentais. In: Amanda Luiza Oliveira Pinto, Bárbara Mendonça Bertotti, Miriam Oliva Knopik Ferraz (orgs). *Reformas legislativas em um Estado em crise*. Curitiba: Ithala, 2018, p. 85-105.

6 Sobre as acrobacias judiciais ao redor do conceito, ver SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, item 1.3.

retroativas, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e devem ser fundamentadas na proteção de outros direitos fundamentais ou valores constitucionais.⁷

A Lei Ficha Limpa reprova em quase todos esses testes, com a exceção de trazer as restrições por lei, uma lei cercada de uma mística de soberania popular, mas que não foi discutida com a cidadania ao se recolherem as assinaturas, além de ter sido bastante modificada durante o processo legislativo.

Os valores ou princípios constitucionais que servem de justificativa para restrições ao direito de se apresentar como alternativa ao eleitorado são a autenticidade eleitoral e a fidedignidade da representação, além do princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral que fundamenta a inelegibilidade por parentesco e a original irrelegibilidade nos cargos executivos.⁸

Não é compatível com a Constituição uma leitura moralizadora ou perfeccionista que use a menção à moralidade para o exercício do mandato e à vida progressa – presentes na autorização ao legislador para estabelecer hipóteses de inelegibilidade (parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição) – para restringir direitos fundamentais. Não há um “princípio da precaução da sociedade” ou interesse público que possa suprimir um direito fundamental.

A irretroatividade da restrição a direito fundamental é componente até mesmo das versões menos ambiciosas da noção de Direito. Se a consequência jurídica de um comportamento implica redução das capacidades jurídicas, é evidente que a consequência precisa estar prevista antes da prática do ato. As restrições, ainda, precisam ser proporcionais e não podem atingir o núcleo essencial do direito, pois há limites aos limites aos direitos fundamentais.

Ao estabelecer a inelegibilidade antes do trânsito em julgado (em franca oposição à Constituição) e seu término apenas 8 anos após o cumprimento da pena, a Lei Ficha Limpa permite que alguém fique inelegível por um período não determinado pela lei.⁹ Em caso de decisão final absolutória, não há como se recuperar os direitos inconstitucionalmente suspensos. Além disso, há hipóteses sem prazo final (alínea i) ou sem necessidade de decisão judicial (alínea m). A Lei ainda deixa de ser geral e abstrata quando se aplica a casos anteriores à sua vigência e permite aprofundar a

7 MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 63.

8 SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. In: Roberta Corrêa de Araújo Monteiro; André Vicente Pires Rosa. (Org.). *Direito Constitucional - Os Desafios Contemporâneos - Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 194-218.

9 Como apontam Polianna Pereira dos Santos e Paulo Henrique de Mattos Studart (SANTOS, Polianna Pereira dos; STUDART, Paulo Henrique de Mattos. Limitações ao exercício dos direitos políticos passivos: um estudo sobre a hipótese de inelegibilidade decorrente de condenação criminal. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*. RPGMBH, Belo Horizonte, v. 7, n. 13, p. 131-155, jul./dez. 2015.

inautenticidade quando prevê a possibilidade de uma suspensão da inelegibilidade por decisão do Poder Judiciário (artigo 26C).

Embora não seja compatível com a Constituição e nem com o Pacto de San José,¹⁰ a Lei Ficha Limpa foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da provocação da Ordem dos Advogados do Brasil com base em argumentos como a ausência de caráter sancionatório da inelegibilidade e de seu caráter de proteção.¹¹ O que se conseguiu com a edição e incorporação dessa lei no ordenamento jurídico foi permitir que o Poder Judiciário sirva de filtro para as opções do eleitorado, seja por controlar o tempo do processo, seja pela faculdade de suspender a inelegibilidade. A Justiça Eleitoral, que já ignorava a vontade eleitoral quando lhe parecia incompatível com suas exigências de moralidade,¹² passa a ser a verdadeira arena de decisão sobre a representação política, ao arrepio da soberania popular.

Baseada em uma lei que contraria a Constituição ou mesmo para além da lei, criando conceitos como “irregistrabilidade” e restringindo a liberdade de expressão e o direito de fazer propaganda, o Poder Judiciário interfere na seara eleitoral tomando o lugar da decisão do eleitorado e tutelando a cidadania. Em um cenário de polarização e de descrença política, de flerte com o autoritarismo declarado, as restrições ao direito de se apresentar como alternativa ao eleitorado ferem os direitos fundamentais das pessoas que desejam disputar as eleições e também os direitos fundamentais de cidadãs e cidadãos que devem, em nome da autodeterminação e da democracia, escolher livremente quem lhes representará politicamente.

Para as eleições de 2018, o principal objeto de atenção é em relação à participação ou não do ex-presidente Lula nas eleições. Pela Lei Ficha Limpa haveria restrição à sua elegibilidade, em face de condenação criminal por decisão colegiada (artigo 1º, I, e da Lei das Inelegibilidades). No entanto, a existência de inelegibilidade somente é verificada mediante um processo, na ação de impugnação de registro de candidatura (prevista na Lei de Inelegibilidades), garantidos o contraditório e a ampla defesa, além de existir a possibilidade de se alcançar a suspensão de inelegibilidade por liminar (artigo 26C da Lei das Inelegibilidades). Não há qualquer impedimento constitucional ou legal para que o ex-presidente apresente seu registro de candidatura.

Em relação a atos de campanha, há autorização legal expressa: o artigo 16A da Lei das Eleições dispõe que “o candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito

10 Marcelo Peregrino Ferreira aponta as incompatibilidades da Lei Ficha Limpa com o tratado internacional (FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015).

11 Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 16 de fevereiro de 2012.

12 Veja-se, por exemplo, o caso do governador do Maranhão Jackson Lago (SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A democracia no “tapetão”: a Justiça Eleitoral contra a soberania popular. In: Filomeno Moraes, Eneida Desiree Salgado e Vânia Siciliano Aieta (orgs). *Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Íthala, 2016).

no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”.

A Constituição ainda prevê que os direitos políticos serão suspensos por condenação criminal transitada em julgado (artigo 15, III) e a Lei de Execução Penal assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º) – assim, não pode haver restrição em relação à participação em entrevistas, bem como seu nome não pode ser excluído das pesquisas eleitorais.

A inexistência de um procedimento prévio de verificação da inexistência de hipótese de inelegibilidade (uma “habilitação” de possíveis candidatos, como chegou a ser cogitada na reforma política) e o cada vez mais reduzido tempo de campanha podem causar uma certa insegurança em relação às alternativas colocadas ao eleitorado, pois não haveria decisão judicial final sobre a existência ou não de inelegibilidade.

Essa incoerência, no entanto, não pode ser resolvida pelo Poder Judiciário e nem por ofensa a direitos fundamentais, de candidatos e eleitores. O respeito às regras do jogo democrático e a proteção dos direitos fundamentais são alicerces do Estado de Direito e não há espaço para desobediência civil de magistrados em uma sociedade regulada pelo Direito.

LAVAJATISMO: A IN-JUSTIÇA POPULISTA DO INIMIGO E DO ESPETÁCULO

Esther Solano Gallego¹

Não sou advogada, nem juíza, nem promotora. Mas qualquer observador atento entende que no Brasil está instaurado um tipo de in-justiça *Lavajatista* de características evidentemente anti-democráticas. A todos nos causa horror como esta in-justiça tem tratado o caso Lula, mas talvez tenha sido um erro nosso, dos grupos brancos privilegiados, pensar alguma vez que poderia ser diferente, num país onde o poder judiciário extermina de forma brutal diariamente jovens negros como se de corpos matáveis ou encarceráveis se tratasse. Uma in-justiça classista, punitiva, branca, patriarcal, desumanizada, poderia ser diferente?

Neste breve texto gostaria de chamar a atenção sobre duas características profundamente perigosas desta in-justiça da barbárie: o *lavajatismo* como in-justiça populista do inimigo e o *lavajatismo* como in-justiça do espetáculo

A JUSTIÇA DO POPULISMO

Já dizia Laclau (2005) que a política populista é aquela que se utiliza de significantes vazios que podem significar qualquer coisa. Propositamente os grandes conceitos ficam grandes demais, abrangentes demais, justamente para que caiba tudo porque o propósito do populismo é esvaziar as palavras para aglutinar as pessoas em torno delas. O bandido. O bandido pode ser a classe indesejável representada pelo jovem negro periférico, ou pelo professor universitário “esquerdopata” que doutrina seus alunos, ou pelo manifestante que fica fazendo “baderna” na rua em vez de trabalhar, ou pelo comunista, ou pelo político petista. Todos nós, poderíamos sermos bandidos. Basta o rótulo, basta a nomeação como tal e seremos inseridos num processo de desumanização, de degradação de direitos, de estigma, de aniquilação.

A in-justiça do populismo do inimigo se fundamenta na construção do inimigo, na instrumentalização da opinião pública e na ideia de que este inimigo, este bandido, é um sujeito despossuído de direitos. E quem se preocupa com o devido processo

1 Doutora em ciências sociais e professora da Universidade Federal de São Paulo.

penal para os inimigos? Queremos destruir o inimigo não tratá-lo com as garantias que a lei exige. Segundo Mudde e Kaltwasser (2012) o populismo de direita se diferencia por ser excludente. Cria uma dimensão dualista do mundo à qual reduz a realidade. O cidadão de bem versus o bandido. O cidadão de bem versus o corrupto. O cidadão de bem versus o inimigo. O mundo se divide em categorias morais. “Nós” contra “eles” numa dialética do confronto que nada tem a ver com justiça e sim com sede de linchamento coletivo

Os sentimentos de medo, frustração, desencantamento tão espalhados na população, são manipulados para dar lugar à criminalização da política e ao fortalecimento de um perigosíssimo discurso punitivo anti-político. “Todos na cadeia”, é o mantra desta in-justiça populista do inimigo que populariza a ideia anti-democrática de que a política é suja, corrupta, vergonhosa. Neste sentido, este populismo de direita é anti-establishment porque ele coloca as elites políticas como inimigas da população e que devem ser atacadas (Minkenberg, 2002)

Nesta versão da in-justiça populista, a corrupção é fundamentalmente inerente à coisa pública, ao Estado, à política. Não se faz o necessário debate sobre como se entrecruzam corrupção, capitalismo, privatização da democracia, desigualdade. A ninguém interessa esse debate. Qual é a mensagem que se divulga entre a população? Se a política e o público são corruptos e disfuncionais, só o poder privado nos salva. Privatizemos ainda mais o Estado. Privatizemos a vida. Por trás do supostamente heroico discurso do combate contra a corrupção esconde-se um neoliberalismo ao qual interessa muito difundir a ideia de que “o público não presta”

A JUSTIÇA DO ESPETÁCULO

No começo da *Sociedade do Espetáculo*, Debord parafraseia Marx substituindo mercadoria por espetáculo e apresentando uma versão contemporânea do marxismo: “*Todas as sociedades em que reinam as condições modernas de produção se anunciam por uma imensa acumulação de espetáculos... Tudo o que era diretamente vivido se esvai na fumaça da representação*” (Debord, 1997, p.1)

O espetáculo é a nova mercadoria. A realidade passa a ser substituída pela imagem, o vivido pelo assistido, a vida pelo roteiro, pela cena, numa forma intensa de alienação através do espetáculo. O indivíduo reduzido a espectador passivo, a vida reduzida a contemplação. O espetáculo é uma falsa representação do mundo, mas que a preserva e a legitima. No capitalismo do espetáculo a contemplação da vida substitui a vivência da vida. A representação substitui a experiência e, desta forma, o espetáculo é uma técnica de dominação e controle que permite manter a sociedade alienada (Debord, 1997)

O espetáculo é essencial para manter a pós-democracia funcionando e sem alterações. O homem espectador permanece em silêncio, assistindo a vida-teatro. Tudo é espetáculo. A in-justiça também. O espectador passa a ser o centro do processo penal e os direitos e garantias fundamentais tratados como elementos cênicos dispensáveis:

No “processo penal do espetáculo”, os valores típicos da jurisdição penal de viés liberal (“verdade” e “liberdade”) são abandonados e substituídos por um enredo que aposta na prisão e no sofrimento imposto a investigados e réus como forma de manter a atenção e agradar ao público; isso faz com que a atividade processual cada vez mais limite-se a confirmar a hipótese acusatória, que faz as vezes do roteiro do espetáculo...O direito, então, passa a estar subordinado à lógica da hipercultura midiática-mercantil” (Casara, 2017, p. 160-161)

Um tipo de in-justiça na qual os conflitos são definidos e julgados jornalisticamente, com papéis confusos e sobrepostos entre imprensa e in-justiça. A imprensa tem atribuições que eram específicas dos tribunais (Rodriguez, 2000) e os julgamentos são televisionados numa lógica de Big Brother. O controle desta in-justiça é exercido pela imprensa, ou seja, uma entidade privada, e por uma sociedade que assiste à teatralização da in-justiça, teatralização que provoca, em última instância, anseios de linchamento em praça pública. Do Mensalão à Lava Jato, *show-business*, audiência, ibope são agora elementos desta in-justiça do espetáculo.

CONCLUSÕES: TRANSFORMAR A IN-JUSTIÇA EM JUSTIÇA

Não é só por Lula. É pela democracia. É por transformar esta in-justiça em justiça. É por uma justiça que não mate de uma canetada. É porque se você não ficar estarecido com mais de 700.000 presos nas prisões brasileiras, com uma in-justiça despudoradamente parcial e politizada, você é um bárbaro.

REFERÊNCIAS

- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997
- CASARA, R. *Estado pós-democrático-neobscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017
- LACLAU, E. *La razón populista*. Buenos Aires: FCE, 2005
- MINKENBERG, M. “The Radical Right in Postsocialist Central and Eastern Europe: Comparative Observations and Interpretations” In: *East European Politics and Societies*, v. 16, n. 2, 2002
- MUDDE, C.; Kaltwasser, C. “Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America” In: *Government and Opposition*, v. 48, n. 02, 2013
- RODRIGUEZ, Esteban. *Justicia Mediática*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000

IN DUBIO PRO SUFRAGIO: A SOBERANIA POPULAR COMO CRITÉRIO DE ELEGIBILIDADE

Eugênio José Guilherme de Aragão¹

A condenação do ex-presidente Lula pelo juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, e a confirmação da respectiva sentença, com agravamento da pena, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região em Porto Alegre, fez a festa de tantos que querem fora do páreo o candidato com maiores chances de vitória na eleição presidencial deste ano. Parte da mídia e dos institutos de pesquisa por ela contratados já o riscaram dos prognósticos de votos. Carolina Lebbos, juíza da 12ª Vara Federal de Curitiba, a quem cabe julgar incidentes da chamada “execução provisória da pena” de Lula, indeferiu todos os pedidos de entrevista com o ex-presidente sob o fundamento de que seria, já, “inelegível”, apesar de não ter competência em matéria eleitoral e não se ter, ainda, proferido qualquer decisão vinculante sobre essa questão.

Aproxima-se o dia da verdade. Em 15 de agosto, proceder-se-á ao registro da candidatura de Lula. O fato de os tribunais não terem, ainda, se pronunciado sobre o efeito com que pretendem receber os recursos especial e extraordinário interpostos, por sua defesa, do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mantém, em verdade, a potencial elegibilidade e torna livre o caminho para a contestação judicial de qualquer iniciativa de impugnação desse registro. E, enquanto recursos penderem, é garantida por lei a continuidade dos atos de campanha.

A juíza da 12ª Vara Federal vai ficar de saia justa, pois não haverá como prevalecer sua tentativa açodada de bloquear a participação de Lula nas eleições. A Constituição, em seu art. 15, III, veda a cassação de direitos políticos e restringe sua suspensão, na espécie, à hipótese de trânsito em julgado de sentença condenatória penal, o que está longe de ser o caso do ex-presidente. E, se de seus direitos políticos continua a gozar, pode votar e ser votado – pode ser candidato; e, se pode ser candidato, tem direito a promover sua campanha eleitoral em condições de igualdade para com os demais candidatos. A *par conditio candidatorum* é pressuposto essencial de legitimidade, de validade mesmo, das eleições. Impedi-la corresponde à tentativa de inviabilizar o próprio pleito.

1 Professor titular de Direito Internacional da Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela UnB, Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Essex (Inglaterra) e Doutor em Direito pela Ruhr-Universität Bochum (Alemanha). Ex-Ministro da Justiça. Ex-Subprocurador-Geral da República. Atualmente ocupa a posição de Conselheiro da República. É advogado em Brasília.

Não é de hoje que a sentença oportunista de Sérgio Moro, confirmada a toque de caixa pelo TRF da 4ª Região, para atender ao calendário eleitoral, causa repulsa em boa parte da sociedade brasileira. A maior prova disso é o índice crescente de popularidade de Lula, recentemente tido como forte candidato a vencer as eleições presidenciais já no primeiro turno, se permitido a concorrer. Na contrapartida, os demais candidatos estão estagnados nas pesquisas, com vantagem para o militar Jair Bolsonaro, representante da extrema direita do espectro político-partidário, filiado ao minúsculo PSL, que terá seis segundos de exposição televisiva por bloco de propaganda gratuita. O quadro, para os que promoveram a derrubada parlamentar da Presidenta Dilma Rousseff, é desolador com Lula no páreo. E, sem ele – como demonstram os prognósticos de elevado número de votos brancos e nulos, o processo eleitoral corre risco de ser desqualificado de ilegítimo. A linguagem popular se refere a esse tipo de dilema como “sinuca de bico”.

Mas o judiciário parece alheio ao cenário. Firme no propósito de não “perder a face” com a manutenção da sentença de Moro, elucubra-se uma fórmula jurídica de rejeitar de plano o registro de Lula, como se a inelegibilidade decorresse de vício definitivo da pretensão de candidatura ou, como disse um dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) num congresso em Curitiba, equiparado ao vício de pedido “feito por menor de idade inalistável”. O desespero com a candidatura de Lula em certos setores do judiciário é tal que o próprio presidente do TSE, Ministro Luiz Fux, declarou à imprensa que “essa questão” teria que ser resolvida rapidamente, pois estaria a criar problemas na definição do “panorama político”, como se esse fosse o papel do judiciário: definir o panorama político!

O ativismo político de juízes e membros do ministério público, a ocuparem o vácuo de legitimidade deixado pelos representantes do povo, desgastados indistintamente em sua reputação por sistemática ação midiática de lustração moralista, deixou a governabilidade do país à deriva. Permitiu, porém, às respectivas corporações de carreira, garantir sua visibilidade, impor seu prestígio e assegurar posição extremamente vantajosa na cadeia alimentar do serviço público. Mantiveram anos a fio, sem significativo questionamento, verbas de remuneração ao largo de previsão legal, com base em mera decisão provisória do Supremo Tribunal Federal e, hoje, desafiam a administração a compensar a “perda” da verba, ante sua previsível revogação em julgamento plenário, com aumento desproporcional de seus subsídios no próximo exercício. E quem ousa se contrapor ao avanço classista nesse quadro de ativismo?

Vê-se logo que o modo de atuação de juízes e membros do ministério público nesse contexto tem propósito nada virtuoso. Trata-se de impulso populista na busca de apoio da opinião pública, com finalidade de assegurar e reforçar a posição elitista de seus quadros na estrutura do estado. Tem-se um indisfarçável projeto de poder de longo alcance, redundando na ocupação, por magistrados e promotores, de posição central no espaço de governança do país.

A confirmar esse diagnóstico, a extrema politização da condenação de Lula ficou patente no dia 8 de julho passado, quando, provocado por um *habeas corpus* da autoria de três parlamentares, o desembargador de plantão do TRF da 4ª Região, Rogério Favreto, deu liminar liberatória ao ex-presidente. A reação – por que não dizê-lo? – histórica de Moro e, também, do relator prevento da Operação Lava-Jato no tribunal, desembargador Gebran Neto, de desautorizar a ordem do magistrado plantonista e dar “contraordem” à polícia expôs sobremodo a falta de imparcialidade dos juízes que até aqui lidaram com a condenação de Lula nas duas primeiras instâncias. Se antes dúvidas pudessem persistir sobre estes, elas foram definitivamente dissipadas com a atuação à margem da lei, atropelando o desembargador de plantão competente. Mas, ao mesmo tempo, desnudados os excessos jurisdicionais, ora sob ação disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, a tendência desses magistrados, enquanto não forem afastados dos processos de Lula por suspeição, é crescerem na truculência, já que não têm mais razão de encobrir sua parcialidade. E isso no meio da disputa eleitoral.

A pergunta que fica é se o Tribunal Superior Eleitoral se deixará contaminar por esse ânimo truculento, ou se seguirá à risca sua saudável prática de julgar a elegibilidade do candidato condenado em segundo grau de jurisdição de modo a permitir a plena realização do contraditório, com cumprimento de todas as etapas da ação de impugnação de registro eleitoral e sem a pressa prenunciada por seu presidente. Se assim for, teremos, à vista de inúmeros precedentes do TSE, reconhecido o direito de Lula fazer sua campanha eleitoral em condições de igualdade para com os demais candidatos e garantido o tempo necessário para Lula chegar às urnas, para que seu julgamento se faça pelo eleitor, magistrado mais legítimo, detentor da soberania popular. Aí, sim, prevalecerá a máxima – *in dubio pro suffragio*; na dúvida – mui razoável – sobre a perseguição promovida por atores do judiciário contra Lula, que se decida pelo voto!

O DIREITO POLÍTICO PASSIVO E A IRRETROATIVIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA: A VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 9º E 23 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 929.670

Marina Faraco¹
Felipe Daier²

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 929.670 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do estudo da judicialização dos direitos políticos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, para assim refletir a respeito da violação aos artigos 9º e 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo julgado, uma vez não observada a vedação à retroatividade da lei em prejuízo ao sujeito de direito interessado, que teve negado o seu direito político passivo, mesmo depois de cumprir integralmente a condenação pelo prazo de três anos que lhe foi imposta.

O tema se justifica pela necessidade de preservação do regime republicano e da democracia, protegidos pela Constituição Federal, assim como pela Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Estado brasileiro e promulgada por meio do Decreto nº 678/1992³, submetendo-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998⁴, responsável, em outras ocasiões, pela garantia dos direitos políticos em outros países da região.

1 Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP.

2 Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa sobre a Proteção Internacional de Minorias e do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

4 Conforme o Decreto nº 4.463/2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

O Sistema Interamericano tem em sua origem uma ligação bastante próxima com as violações aos direitos políticos, muito pelo fato de a América Latina ter sido marcada durante a segunda metade do século XX por ditaduras militares (PIOVESAN, 2017, p. 28), cujas violações à dignidade humana foram, em muitos casos, tema central ou resultado das violações julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além dos direitos políticos fundamentais, outros direitos que lhes são próximos, como a liberdade de expressão, a democracia e o regime republicano, sempre estiveram na pauta das denúncias recebidas pela Comissão Interamericana e dos casos que alcançaram a Corte.

Contudo, não se tratam de temas presentes somente no passado latino-americano, mas, infelizmente, também no século XXI, em que se verificam diversos movimentos com o objetivo de romper com democracias ainda em fase de consolidação, como é a brasileira, com novos golpes de Estado, numa espécie de perpetuação de um legado autoritário deixado durante os períodos de exceção.

BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 929.670

Dilermando Ferreira Soares, candidato a vereador pelo Município de Nova Soure - BA, teve seu registro de candidatura indeferido por acórdão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia em 2012, que manteve a sentença de primeira instância, por considerar existente a causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, I, “d”, da Lei Complementar nº 64/90⁵.

Contra tal decisão, foi interposto Recurso Especial, no qual o candidato alegou a afronta ao artigo 5º, XXXV e XL da Constituição Federal, uma vez que a sanção decorrente da condenação pela Justiça Eleitoral à inelegibilidade pelo prazo de três anos teria se exaurido em novembro de 2007⁶. Nesse sentido, a sanção referida não poderia ser reformada para que se acrescentasse o restante da nova pena de inelegibilidade, de oito anos, em razão da impossibilidade de retroação da Lei nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

No julgamento do Recurso perante o Tribunal Superior Eleitoral, a Relatora, Ministra Laurita Vaz, entendeu que a inelegibilidade apontada não constituiria pena, mas, sim, requisito que deveria ser auferido pela Justiça Eleitoral ao tempo do pedido de registro da candidatura, não podendo se cogitar a ofensa aos princípios da

5 “Art. 1º. São inelegíveis: I - Para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.”

6 BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 34811/BA – Bahia. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões Monocráticas. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/monocraticas-do-tse>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

irretroatividade da lei e da inafastabilidade do Poder Judiciário, uma vez considerada a possibilidade de aplicação da Lei das Inelegibilidades a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência e a condenações pretéritas⁷.

Contrário à tese adotada no julgamento, o autor então interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, objeto do presente artigo, em que se julgou válida, por seis votos a cinco, a aplicação do prazo de oito anos de inelegibilidade previsto na Lei da Ficha Limpa aos condenados pela Justiça Eleitoral antes mesmo da edição daquela norma, sendo fixada pelo Ministro Relator, Luiz Fux, a seguinte tese de repercussão geral:

A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, *ex vi* do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “d”, na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite⁸.

Na sessão do plenário, o Ministro Ricardo Lewandowski propôs a modulação dos efeitos da decisão, para que a aplicação da norma ocorresse somente após a análise do registro de candidaturas para as eleições de 2018. A proposta, contudo, foi rejeitada, ainda que, na opinião do Ministro, a aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa afetasse a confiança dos eleitores, já que seria necessário o recálculo do coeficiente eleitoral bem como, eventualmente, a realização de eleições suplementares.

OS DIREITOS POLÍTICOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Brasil atravessou uma ditadura empresarial, civil e militar durante os anos de 1964 e 1985. Neste contexto, ainda em 1965, com o Ato Institucional nº 2, foram operadas diversas modificações na Constituição de 1946, das quais importa mencionar especificamente as eleições indiretas para a Presidência da República, bem como a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos (DOTTI, 2008, p. 193).

Assim como no Brasil, países como a Argentina, Uruguai, Chile, Peru, Bolívia, e Guatemala, que hoje também se submetem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vivenciaram ditaduras civil-militares que acabaram por repercutir

7 Ibidem.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 929.670/BA – Bahia. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incide=4884883>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

violações aos Direitos Humanos correlatas durante décadas e, em larga análise, até os dias atuais (ENGSTROM, 2017, p. 1.253).

Por tal motivo, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê uma série de direitos políticos, com o escopo de proporcionar uma dupla garantia àqueles direitos assegurados nas Constituições das nações-membro, por meio do controle de convencionalidade das decisões judiciais, como a que se examina no presente artigo.

Na Convenção Americana, os direitos políticos estão principalmente declarados em seu artigo 23:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y c) de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

A Corte Interamericana também já afirmou a importância dos direitos políticos, tidos como essenciais no âmbito do sistema interamericano por se relacionarem intrinsecamente com outros direitos consagrados na Convenção Americana, como a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e de associação, que, juntos, fazem possível o jogo democrático (VIA, 2011, p. 21).

Portanto, faz-se necessário apontar a inconvenção do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em exame, uma vez que a ofensa a qualquer direito político repercute em todos os direitos fundamentais correlatos, o que ocorrerá com a aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa.

A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 9º DA CADH: VEDAÇÃO À RETROATIVIDADE DA LEI EM PREJUÍZO AO SUJEITO DE DIREITO

A origem da Lei da Ficha Limpa está intrinsecamente ligada a uma iniciativa popular massiva na luta contra a corrupção, ante um sistema político no qual se verificam relações quase que paralelas entre setores do mercado e a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, além de Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais. Um fenômeno, já antigo, de politização da esfera econômica e a mercantilização da esfera política, o que traz dificuldade na resposta às reivindicações apresentadas pela sociedade (CAMPILONGO, 1988, p. 50).

Assim, o julgamento do RE nº 929.670 pelo Supremo Tribunal Federal se insere num contexto posterior à edição da Lei da Ficha Limpa, no qual o Poder Judiciário tem ocupado um papel de centralidade no cenário político-eleitoral, com a frequente judicialização da política e, em certo aspecto, a politização do Poder Judiciário, ainda que o voto tenha um caráter tanto político quanto jurídico, como uma das “formas

de participação do indivíduo no poder (exatamente no momento da escolha dos representantes que exercerão o poder). Mas nem por isso deixa de ser um ato jurídico, porque regulamentado pelo direito e por este reconhecido e assegurado”, como explica TAVARES (2014, p. 670).

O tema merece atenção em razão de a legitimidade democrática do sistema de representação política se encontrar justamente na liberdade do povo brasileiro de poder depurar por si mesmo os candidatos em que deseja votar, como bem ensinam BASTOS JÚNIOR e SANTOS:

Desde a edição da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), experimenta-se um processo de exacerbação do papel a ser assumido pela Justiça Eleitoral como instância de controle da legitimidade dos pleitos eleitorais. De instância arbitral de contenção dos excessos, a Justiça Eleitoral assume um papel de instância reformadora da política (e dos vícios por si detectados). Ao agir desta forma, com o escopo de zelar pela legitimidade do pleito, a pretensão de depuração moral dos candidatos a ser controlada pelo Judiciário (nas impugnações do registro de candidatura) acaba por minar, em última instância, a própria legitimidade democrática do sistema de representação política. (2015, p. 248.)

Para indeferir o RE nº 929.670, o Ministro Relator, Luiz Fux, se utilizou do conceito de retrospectividade em Canotilho, entendendo que se tratava de uma retroatividade inautêntica, nos seguintes termos:

A aplicabilidade da Lei Complementar nº. 135/2010 a processo eleitoral posterior à respectiva data de publicação é, à luz da distinção supra, uma hipótese clara e inequívoca de retroatividade inautêntica, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda do cargo público, por exemplo, estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo⁹.

Contudo, é pacífico que não se pode sancionar candidato por lei que não era de seu conhecimento no momento do fato sancionador, em respeito ao artigo 5º, incisos XXXVI¹⁰ e XL¹¹, como argumenta FERREIRA:

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 929.670/BA – Bahia. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4884883>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

10 “Art. 5.º (...) XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

11 “Art. 5.º (...) XL - A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Embora se reconheça a engenhosidade do argumento, não há dúvida que houve a alteração da condição jurídica da pessoa com imposição de excessivo gravame ao seu *jus honorum* nas hipóteses do aumento do prazo de inelegibilidade de 3 (três) para 8 (oito) anos, sem que houvesse qualquer ação do envolvido. Isto é, a sanção, e verdadeiramente, não se pode apontar a restrição ao direito de ser eleito senão como sanção na medida em que se limita um direito, nos casos que tal se dá por conta da ocorrência de um ilícito eleitoral, foi majorada retroativamente. (2015, p. 219).

Fica clara, assim, a inconvenção da decisão proferida pelo STF, por violação ao artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 9º - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

A leitura comparativa da sentença do caso *Vélez Loor vs. Panamá*, julgado pela Corte Interamericana em 23 de novembro de 2010, no qual se decidiu, em respeito à segurança jurídica, ser indispensável que a norma penal ou administrativa seja de conhecimento do candidato antes que ocorra a ação ou a omissão capaz de lhe acarretar uma sanção, demonstra a incompatibilidade da decisão do STF com a jurisprudência da Corte, obrigatória e vinculante por força da adesão do Brasil à sua jurisdição:

El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”¹².

12 SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença do Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, p. 58. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Deste modo, pode-se concluir que, tanto no aspecto constitucional quanto no convencional, a retroatividade de lei que prejudica o sujeito de direito envolvido na relação jurídica não pode prosperar, diferentemente do decidido pelo STF.

A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 23 DA CADH: EXERCÍCIO DO DIREITO POLÍTICO PASSIVO

É certo que todo cidadão pode ter acesso aos cargos públicos, nos quais se inserem os providos pela via eletiva, “como decorrência natural dos princípios republicano e democrático” (CAGGIANO, 2010, p. 05).

O artigo 14, *caput*, da Constituição Federal, prevê que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.”. O sufrágio universal inclui, assim, tanto o direito de votar quanto o direito de ser votado, isto é, o direito fundamental à participação política. Como afirma AIETA, “O mais importante para o estado democrático é precisamente a diferença, o princípio da convivência de desiguais, como fator de dinamismo e enriquecimento do sistema” (2006, p. 99 a 100).

Ao determinar a aplicação da Lei da Ficha Limpa a fato ocorrido antes da sua promulgação, a decisão do Supremo Tribunal Federal violou não só o artigo 14 da Constituição Federal, como também o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial sua alínea “b”, quanto ao direito de ser eleito:

Artigo 23 – Direitos Políticos: 1.Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Nas palavras de BACK, “a participação através do exercício do direito de ser eleito significa que os cidadãos podem candidatar-se de maneira igualitária e podem ocupar cargos públicos sujeitos a eleição se obtiverem o número de votos necessários para isso” (2016, p. 175).

A autora aponta que, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, este direito foi garantido, dentre outros, no julgamento do caso *López Mendoza vs. Venezuela*, no qual o candidato López Mendoza teve a sua candidatura barrada por decisão de órgão administrativo, o que, para a Corte, embora não tenha lhe impedido o exercício de outros direitos políticos, violou seu direito político passivo, ou seja, lhe impediu de concorrer às eleições, sendo o Estado da Venezuela condenado.

No âmbito do Recurso Extraordinário em análise, o indivíduo sobre o qual a alegada retroatividade da Lei da Ficha Limpa incidiu igualmente teve o seu direito político passivo violado, na medida em que restou impedido de concorrer às eleições por força de decisão judicial contrária à Constituição, à Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculante para o Estado brasileiro quanto à interpretação daquele tratado internacional, como estabelece o Artigo 1º do Decreto nº 4.463/2002¹³.

CONCLUSÕES

Objetivou-se demonstrar neste artigo a relevância dos direitos políticos para a consolidação da democracia, em especial nos países com passado marcado por longos períodos de exceção, como o Brasil. A cruel tradição do rompimento democrático, que esteve presente em mais de um episódio da História brasileira, permanece se repetindo, o que exige um posicionamento diante dos atropelos à Constituição Federal e aos Tratados de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte.

O julgamento do RE nº 929.670 ocupa um papel de destaque no que diz respeito à garantia destes direitos políticos no cenário brasileiro atual, por autorizar a retroatividade da Lei da Ficha Limpa a fatos pretéritos à sua promulgação, o que poderia parecer ilógico a qualquer cidadão, uma vez que o mínimo a se exigir no momento de uma sanção – seja qual for o motivo – é ter ciência de que ela existia ao tempo dos fatos.

A violação à irretroatividade de lei que cause prejuízo ao sujeito de direito e ao direito político passivo se faz ainda mais grave quando se materializa o desrespeito tanto à Constituição Federal quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos e à própria jurisprudência da Corte Interamericana, responsável pelo julgamento de diversos casos envolvendo direitos políticos na América Latina, como os que foram aqui citados para demonstrar a inconveniência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Os clamores populares ou quaisquer sentimentos de ordem pessoal não podem ser suficientes para que se estenda o prazo de inelegibilidade de um candidato que, à época dos fatos, não tinha conhecimento da lei que agora o sanciona. Oposições partidárias e ideológicas são saudáveis para a manutenção da democracia que, em regra, é a convivência dos diferentes, em respeito mútuo. Ingerências desmedidas por parte do Poder Judiciário retiram do povo a mais importante função do eleitor, que é de realizar por si só a análise de quem gostaria que ocupasse os cargos representativos.

13 “Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *Ética na Política – Estudos em Homenagem ao Prof. Siqueira Castro – Tomo I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BACK, Charlloth. *Os direitos políticos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos após a Carta Democrática de 2001*. Rio de Janeiro: Revista Ballot, v.2, n.1, jan./abr., 2016.
- BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. *Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade*. São Paulo: Revista Direito GV, vol. 11, n.1, jan-jun, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 34.811/BA – Bahia. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões Monocráticas. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/monocraticas-do-tse>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 929.670/BA – Bahia. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4884883>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Comportamento eleitoral*. Baureri: Minha Editora, 2010.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação Política*. São Paulo: Ática, 1988.
- DOTTI, René Ariel. *Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a.45, n.179, jul./set., 2008.
- ENGSTROM, Par. *Reconceitualizando o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, v.2, n.8, 2017.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos Políticos e Inegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). *Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do Caso Vélez Loor vs. Panamá. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VIA, Alberto Ricardo Dalla. *Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Revista Justicia Electoral, v.1, n.8, 2011.

A DESCONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTALISMO HERMENÊUTICO: A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO REGISTRO DA CANDIDATURA DO EX-PRESIDENTE LULA

Flavio Croce Caetano¹
Marthius Sávio Cavalcante Lobato²

INTRODUÇÃO

O filósofo francês Jacques Rancière, em seu livro “*La haine de la démocratie*” afirma que quanto mais o governo for democrático maior a sua crise. Este é o paradoxo da democracia. Para ele “o que provoca a crise de governo democrático nada mais é que a intensidade da vida democrática”. Não por acaso que sofremos um golpe em 2016.

Nos últimos 14 (quatorze) anos aprendemos na prática o que se estudava na teoria, o pleno exercício da democracia. A participação popular nas esferas institucionais de decisão foi concretizada. Houve a institucionalização das esferas públicas, permitindo toda e qualquer forma de investigação. E o paradoxo é a tentativa de privatizar as instituições públicas, tornando-as a extensão de um posicionamento egoístico. É a eliminação de um segmento da sociedade a partir da exclusão do ex-presidente Lula de ter o seu registro eleitoral efetivado.

Fruto de um ilusionismo jurídico, o ex-presidente Lula foi alvo da elite demofóbica e de um fundamentalismo hermenêutico que o condenaram para excluí-lo do pleito eleitoral de 2018 e assim consolidar, desta maneira, o golpe operado em 2016.

1 Advogado, Professor de direitos humanos da PUC/SP, Ex-Secretário da Reforma do Judiciário 2010/2016, Mestre em Direito do Estado e Doutorando em filosofia do direito pela PUC/SP.

2 Advogado junto aos Tribunais Superiores em Brasília (STF, TST, STJ e TSE), Prof. Mestre e doutor em Direito, Estado e Constituição pela Unb, projeto de pesquisa Pós-doutoral em Direito Público pela Universidade de Paris III - Sorbonne - Nouvelle com ênfase em direito eleitoral comparado Brasil/França: La Constitutionnalisation du contentieux Électoral en matière de contrôle des comptes des comptes de campagnes et le apport du financement Public et Privé: Étude comparée entre la France et le Brésil. Integrante do grupo de pesquisa “Percurso, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (CNPq/UnB). Autor dos livros “A reconstrução da jurisdição constitucional: a garantia Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais”, editora LTr, 2014 e “O valor constitucional para a efetividade dos Direitos Sociais nas relações de trabalho, editora LTr 2006.

As artimanhas jurídicas processuais utilizadas durante toda persecução penal não serão suficientes para excluir o ex-presidente Lula de participar do pleito eleitoral de 2018 como candidato à Presidente da República.

O presente artigo irá demonstrar que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores conferem ao ex-presidente Lula o direito de registrar sua candidatura e concorrer ao pleito eleitoral, ainda que tenham adotado as medidas mais cruéis, ilegais e inconstitucionais contra ele.

A RECONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Faz-se necessária, para uma efetiva democracia participativa, a reconstrução das bases do constitucionalismo clássico³ a partir de uma teoria constitucional que reafirme as diferenças materiais e as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos, afastando, conseqüentemente, a pré-compreensão formal e ligada intimamente à propriedade privada da liberdade e igualdade.

A relação entre o constitucionalismo e democracia insinua um paradoxo na medida em que os limites estabelecidos ao próprio Estado para a preservação dos direitos e liberdades individuais do cidadão começam a ser reduzidos a partir dos limites impostos pela própria democracia, enquanto esfera política de proteção da maioria e o respeito às posições da minoria no reconhecimento mútuo da existência de pessoas livres e iguais: com a liberdade para a sua escolha de ser diferente e a garantia da igualdade em sua diferença.

Constitucionalismo é a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”⁴. A partir do conceito estabelecido por Canotilho, pode-se afirmar que o constitucionalismo tem como finalidade fixar os limites do Estado para a proteção dos direitos fundamentais reconhecidos e plasmados na própria Constituição. É o poder de limitar o Estado em sua atuação, quer enquanto poder absolutista, quer enquanto poder

3 “Que o constitucionalismo moderno surgiu no século XVII parece ser um facto indiscutível. As Revoluções Americana e Francesa constituíram, nas palavras de Maurizio Fioravanti, um ‘momento decisivo na história do constitucionalismo’, ao inaugurar ‘um novo conceito e uma nova prática’ constitucionais. Passados duzentos anos, todos os países do mundo, com excepção do Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, exibem uma constituição escrita própria, fundada nos princípios do constitucionalismo moderno”. DIPPEL, Horst. p. 2.

4 CANOTILHO, J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª edição. P. 51.

emanado do Estado de Direito⁵. Os direitos fundamentais, protegidos pelo constitucionalismo, são fruto do próprio debate político estabelecido de forma soberana dos povos. Estes limites estabelecidos ao Estado garantiram ao povo o funcionamento da democracia.

No paradigma⁶ do Estado Democrático de Direito⁷ podemos afirmar a existência de uma tensão constitutiva entre constitucionalismo e democracia. Tensão esta que, ao contrário de repelir os conceitos, os complementam, garantindo, ao fim, a própria afirmação de ambos.

Nesta perspectiva, podemos destacar, como faz Habermas, que a democracia existente a partir do Estado democrático de Direito⁸ somente será democracia se for lida,

5 Para Luigi Ferrajoli “A expressão ‘Estado de Direito’ é utilizada normalmente com dois significados diversos que é oportuno manter rigorosamente distintos. Em sentido amplo ou fraco ou formal, ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercícios nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. Neste sentido, correspondente ao uso alemão de ‘Rechtsstaat’, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais não –liberais, nos quais os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, ‘Estado de Direito’ designa, ao contrario, aqueles ordenamentos nos quais o poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício. Neste significado mais restrito, que corresponde àquele predominante ao uso italiano, são Estados de Direito aqueles ordenamentos nos quais todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação de poderes e os direitos fundamentais. *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. ZOLO Danilo e COSTA Pietro (Org), com colaboração de Emilio Santoro. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417/418.

6 No sentido de descontinuidade do conhecimento científico pela alteração de paradigmas. Para Kuhn, paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, um comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. [...] KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9º Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 221. Ainda sobre o conceito de paradigmas ver AGAMBEN, Giorgio. *Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et Du gouvernement - Homo Sacer, II*, 2. Traduit de Italien Joel Gayraud et Martin Rueff. Paris: Éditions Du Seuil. 2008, p. 17/37.

7 Podemos discorrer sobre três grandes paradigmas. Para o objeto de nossa pesquisa, nos deteremos à análise do paradigma do Estado Democrático de Direito, suposto pela Constituição da República de 1988, salientando, contudo, a existência dos paradigmas do *a*) do Estado de Direito e *b*) do Estado do Bem-Estar Social que antecederam o Estado Democrático de Direito.

8 Para Habermas “A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e o combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva um posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico0 estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático”. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, p. 288.

interpretada e aplicada como um mecanismo procedimentalista⁹, ou seja, a partir da teoria do discurso.

Portanto, somente a partir desta abertura democrática, garantindo-se a discussão pública é que se poderá afirmar existente o Estado Democrático de Direito, e assim se assegure igual participação de toda a sociedade, ou seja, dos diferentes grupos, nos espaços formais ou não. A cidadania é um processo de participação política e, portanto, um eterno aprendizado em que a sociedade irá aprender a responder aos seus anseios a partir de seus próprios erros.

Para a teoria discursiva da democracia, a institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes é que confere a sustentabilidade da política deliberativa, considerando como resposta uma formação democrática da vontade e da opinião pública.

Mesmo em uma concepção moderna de soberania¹⁰, da qual esta é popular, logo, cabe ao povo a competência para autolegislar, fundando a norma (constituição) os seus limites, não opõe democracia e constitucionalismo quando reconstruído na perspectiva do Estado Democrático de Direito. De fato, esta perspectiva nos remete também a outro possível paradoxo que deverá ser reconstruído, que é a relação entre democracia e participação política no sistema eleitoral.

9 Habermas afirma a existência de três modelos normativos de democracia: a liberal e republicana de política e a concepção procedimentalista, política deliberativa, por ele defendida. Ao comparar os três modelos em uma dimensão política para a formação de democracia a partir da opinião e da vontade que resulta em eleições gerais e decisões parlamentares, diz: “Segundo a concepção liberal, esse processo apenas tem resultados sob a forma de arranjos de interesses. As regras de formação de acordos desse tipo – às quais cabe assegurar a justiça e a honestidade dos resultados através de direitos iguais e universais ao voto e da composição representativa das corporações parlamentares, suas leis orgânicas etc – são fundamentadas a partir de princípios constitucionais liberais. Segundo a concepção republicana, por outro lado, a formação democrática da vontade cumpre-se sob a forma de um auto-atendimento ético; nesse caso, a deliberação pode se apoiar quanto ao conteúdo em um consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato republicano de fundação”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. – São Paulo: Edições Loyola, p. 286.

10 Não podemos deixar de mencionar, mesmo não sendo o pano de fundo desta investigação os conceitos definidos por Jean Bodin, filósofo francês do século XIX, considerada como a primeira tese sobre soberania, em sua obra *“Les six livres de La République (Os seis livros da República), 1576, através da teoria da ‘potência soberana’*. Para ele, para o conceito de soberania, “conjuga, no direito político, a preocupação humanista que o orienta para o pensamento moderno com um naturalismo profundo que colhe seu alento na metafísica tradicional na qual ele próprio é pautado pelo teologismo”. Mas, como adverte Simone Goyard-Fabre, não sem paradoxos, Bodin, “na virada das duas eras, mantém-se o filósofo da ambivalência: se, com sua teoria da soberania, Bodin coloca, como jurista, a pedra angular do Estado moderno, centralizado e administrativo, ele conjuga, essa renovação da problemática fundamental das repúblicas em temas metajurídicos e metapolíticos que pertencem à *philosophia perennis*. Assim, ‘o governo de direito’ da República não é concebível, segundo ele, sem a obediência às ‘leis de Deus e da natureza’, que constituem o pano de fundo de sua construção doutrinária.”

A participação popular no sistema eleitoral não está restrita à concepção de voto direto. Ela é essencial para a democracia como o fato de conferir a legitimidade aos governantes. Para além do voto, a participação popular deve estar atenta a todas as formas de subversão da ordem constitucional por qualquer dos poderes, na tentativa de excluir segmentos da sociedade impondo um pensamento único, ainda que venha por teses elaboradas por pensadores jurídicos autoritários.

A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NA APLICAÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA: O ARTIGO 26-C

As alterações introduzidas no ordenamento jurídico pela LC 135/10 preveem novas formas de configuração de inelegibilidade. A referida Lei Complementar, fruto direto dos anseios punitivos de segmentos da sociedade, trouxe, consigo, incertezas no campo jurídico. Se, para um segmento da sociedade, a redução em texto de seus anseios punitivos é suficiente para lhe garantir a satisfação, como um dever cumprido, no Estado Democrático de Direito, é a correta adequação dos fatos às normas quando da aplicação do direito.

O Direito e a Justiça, que estão umbilicalmente ligados no constitucionalismo contemporâneo, devem ser a tônica no momento da completa aplicação da Constituição, sob pena de transformarmos a sociedade em um eterno Estado de Exceção: afastando a Justiça do Direito e impondo como regra (no caso a inelegibilidade) o que de fato é a exceção¹¹.

A própria Lei da Ficha Limpa, levando em consideração a flexibilização da determinação constitucional do trânsito em julgado para declarar a inelegibilidade a partir de decisão de Órgão Colegiado, e conferindo a ampla efetividade aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa, conferiu, ao cidadão, a possibilidade de obter a suspensão de inelegibilidade¹² por meio de decisão do juízo *ad quem*.

O artigo 26-C da Lei Complementar 135/10, expressamente consigna:

-
- 11 Diante da presunção de inocência constitucionalmente previsto e do amplo direito da completa prestação jurisdicional, a regra para todo o cidadão é o da sua elegibilidade, sendo a exceção, a inelegibilidade. Ver também sobre estado de exceção: GOUPY, Marie. *L'état d'exception: ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*. CNRS Éditions, Paris, 2016; SAINT-BONNET, François. *L'ÉTAT D'EXCEPTION*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001; AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer. L'intégrale. 1997-2015*. Éditions du Seuil, 205. No mesmo sentido podemos encontrar decisão proferida pelo Ministro Eros Grau AG.REG.NA RECLAMAÇÃO N. 3.034-2 – PARAÍBA – Relator Ministro Sepúlveda Pertence.
- 12 Ressalta-se, por oportuno, que o artigo 3º, possibilitou, inclusive, o aditamento aos recursos interpostos em data anterior à vigência da LC nº 135/10 ao dispor que “Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o *caput* do art. 26-C da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, introduzido por esta Lei Complementar”.

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1o poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

O Poder Judiciário, a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, conferiu a devida efetivação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e amplo direito de defesa, quando da análise de casos concretos cujo conflito se dava entre a elegibilidade ou inelegibilidade de candidatos aos pleitos eleitorais. Várias decisões, a partir do ano de 2010, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal concederam o efeito suspensivo à inelegibilidade aos pedidos formulados quando verificavam a plausibilidade da pretensão recursal.

A jurisprudência dominante no âmbito dos tribunais superiores é no sentido de que todo o cidadão-eleitor, ainda que tenha contra si uma decisão condenatória por órgão colegiado, detém o direito subjetivo de obter efeito suspensivo da decisão condenatória, ante a plausibilidade jurídica de sua tese defensiva, e a partir dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e amplo direito de defesa. Em outras palavras, a própria lei ressalta que a inelegibilidade é a exceção e a elegibilidade é a regra.

No caso do ex-Presidente Lula, está devidamente comprovado, por meio de ampla prova produzida nos autos, que sua tese defensiva é plausível. Os fundamentos condenatórios, fruto de um ilusionismo jurídico, não se sustentam. A condenação sobre lavagem de dinheiro decorre de um fundamento que extrapola os limites impostos pela lei, trazendo novos conceitos apontando a própria irracionalidade da decisão. Da mesma forma, a aplicação da “teoria” do ato de ofício indeterminado que constitui uma categoria inconstitucional e inconvenção, fruto da intenção de punição.

Toda a prova utilizada para fundamentar a decisão que condenou o ex-Presidente Lula, além de expropriar as provas produzidas pela defesa¹³, decorre de “colaboração informal”. Desta maneira, a ausência de prova é reconhecida pela própria decisão quando traz como fundamento principal a “colaboração informal” de réu condenado. Ressalta-se que não existe no mundo jurídico, na lei ou na literatura jurídica a figura de “colaborador informal”. O instituto da colaboração está previsto na Lei 12.850/13, nela não há previsão de “colaborações informais”. Nosso ordenamento jurídico impede o direito penal da barganha, na medida em que nossa tradição jurídica é pela

13 Como nos ensina Afrânio Silva Jardim, em uma sociedade democrática, “a aplicação inarredável da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos”. In *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.59.

discrecionalidade limitada (pela lei) ou oportunidade regrada (pela lei) não permitindo que o juiz faça a valoração de “colaboração informal”. A decisão, a partir do depoimento do “colaborador informal” reduzido a termo, buscou sua valoração como prova documental ou mesmo como prova testemunhal.

Sob todos os ângulos que se possa analisar os fundamentos da decisão constata-se que há efetiva e evidente plausibilidade jurídica para se obter a reforma da decisão no âmbito dos tribunais superiores da decisão condenatória inconstitucional e ilegal.

A DESCONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTALISMO HERMENÊUTICO: A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO REGISTRO DA CANDIDATURA DO EX-PRESIDENTE LULA.

A consolidação de jurisprudência confere aos cidadãos a certeza de que não haverá escolhas no processo de decisão¹⁴.

Na busca de subverter a ordem constitucional, a elite demofóbica, em parceria com pensadores jurídicos autoritários, vem, diuturnamente, fazendo a defesa de uma mudança da jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais superiores para impedir diretamente que o ex-Presidente Lula participe do pleito eleitoral como candidato à Presidência da República.

A partir de um fundamentalismo hermenêutico, de um pensamento jurídico autoritário, buscam legitimar as posições políticas do atual governo, como fundamento do autoritarismo político. Em outras palavras, conhecedores da jurisprudência consolidada que permite ao ex-Presidente Lula concorrer às eleições, utilizam-se de mecanismos antidemocráticos para obter a mudança da jurisprudência dominante.

Consolidou-se, contudo, no próprio judiciário, diante do princípio da segurança jurídica, o entendimento de que toda e qualquer alteração jurisprudencial deve prever um estado de transição, não atingindo situações já consolidadas.

Toda e qualquer posição consolidada, quer no âmbito administrativo, judicial ou mesmo político, deve ser preservada, para se garantir a eficácia do princípio da segurança jurídica e para que se impeça alterações bruscas, radicais.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência dominante no sentido de que as alterações de jurisprudência ocorridas não podem atingir fatos passados, na medida em que terão efeitos prospectivos. Nos autos do processo nº STF-RE 637485/RJ, publicado no Dje de 01/08/2012, consolidou-se os efeitos pró-futuro da decisão. Nesta decisão, na parte que interessa, afirmou-se:

14 O Ministro Marco Aurélio tem afirmado que processos não tem “capa” mas conteúdo cujos princípios constitucionais devem ser aplicados em sua inteireza.

[...]

3. MUDANÇA JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

[...]

Em 17 de dezembro de 2008, já no período de diplomação dos eleitos, o TSE alterou radicalmente sua jurisprudência e passou a considerar tal hipótese como vedada pelo art. 14, § 5º, da Constituição.

Em razão dessa mudança jurisprudencial, o Ministério Público Eleitoral e a Coligação adversária naquele pleito **impugnaram a expedição do diploma do autor**, com fundamento no art. 262, I, do Código Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, com base na anterior jurisprudência do TSE, **negou provimento ao recurso** e manteve o diploma do autor. Porém, no TSE, o recurso especial eleitoral foi julgado procedente e, após rejeição dos recursos cabíveis, determinou-se a cassação do diploma do autor.

[...]

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de jurisprudência.

Cito, a título de exemplo, a decisão proferida na **Questão de Ordem no INQ 687** (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula n.º 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No **Conflito de Competência n.º 7.204/MG**, Rel. Min. Carlos Britto (julg. em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”.

Assim também ocorreu no julgamento do HC n.º 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal).

Recordo, igualmente, o importante e emblemático caso da fidelidade partidária, no qual esta Corte, ante a radical mudança que se operava, naquele momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendeu que os efeitos de sua

decisão deveriam ser modulados no tempo, fixando o marco temporal desde o qual tais efeitos pudessem ser efetivamente produzidos, especificamente a data da decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n.º 1.398/2007, Rel. Min. César Asfor Rocha, que ocorreu na Sessão do dia 27 de março de 2007.

Ressalte-se, neste ponto, que não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a modulação dos efeitos da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. **O caso é de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, a tarefa de proceder a uma ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada.** Esse entendimento ficou bem esclarecido no julgamento do RE n.º 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio e do RE n.º 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão (caso IPI alíquota zero).

Assim, também o **Tribunal Superior Eleitoral, quando modifica sua jurisprudência, especialmente no decorrer do período eleitoral, deve ajustar o resultado de sua decisão, em razão da necessária preservação da segurança jurídica** que deve lastrear a realização das eleições, especialmente a confiança dos cidadãos candidatos e cidadãos eleitores.

[...]

Logo, é possível concluir que a mudança de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral está submetida ao princípio da anterioridade eleitoral. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (o realce é do original)

A Constituição da República do Brasil de 1988 consagrou o princípio da segurança jurídica como um princípio constitucional. O respeito à Constituição, neste caso, vai além dos interesses políticos partidários e pessoais. O respeito à Constituição é, fundamentalmente o respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da segurança jurídica previsto em nossa Constituição não pode gerar a anomia do direito. Deverá ser aplicado em sua integralidade. A eventual mudança jurisprudencial por parte dos tribunais superiores não poderá afetar a segurança jurídica, portanto, não terá aplicabilidade imediata sobre o caso concreto.

A segurança jurídica¹⁵ deve ser observada em todos os espaços públicos do processo de decisão, em especial, quando se tratar de fundamentação jurídica que tem como escopo eventual alteração jurisprudencial.

A tentativa de reposicionamento de pensamento jurídico autoritário, porta-vozes do governo, em verdadeiro fundamentalismo hermenêutico, tem seus limites na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores e na legislação ordinária¹⁶ que conferem a máxima efetividade à segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A legalidade e legitimidade do registro da candidatura do ex-Presidente Lula está alicerçada na Constituição de 1988, na legislação ordinária e na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores.

O processo constituinte de 1987/1988, que concebeu a vigente Constituição brasileira, teve ativa participação popular. Por intermédio da mobilização social que rompeu com o paradigma autoritário do processo de elaboração de normas, surgiu o interesse de uma mudança estrutural do ambiente político.

Não por acaso que o preâmbulo da Constituição brasileira já institui um Estado Democrático cuja finalidade é a de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Entre os princípios fundamentais encontramos o pluralismo político (art. 1º, V), com o

15 Conforme afirma o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, do STF, ‘o que se revela incontroverso, nesse contexto, é que a exigência de segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/192, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da *res judicata*’. (o realce é do original) STF-RE-594.350/RS, Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJe de 26/05/2010.

16 Neste sentido, podemos citar a Lei 9.868/99, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. O § 3º do art. 927 do CPC: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. O artigo 9º do Pacto de São José da Costa Rica incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma suprallegal diz: 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”.

princípio basilar da democracia ao determinar que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. (§ único, art. 1º).

O fundamentalismo hermenêutico¹⁷ que vem sendo fortemente defendido por pensamentos jurídicos autoritários, e capitaneado pela grande imprensa com a evidente intenção de eliminação de um segmento da sociedade, subverte a Constituição. Quando se necessita torturar o texto constitucional para extrair dele a interpretação que mais se lhe convém, é porque a democracia está em perigo.

A luta pela preservação da jurisprudência dominante, aquela que permite que se proceda regularmente ao registro da candidatura do ex-Presidente Lula, para que em consequência ele concorra à presidência da República e se eleja, é o freio da sociedade aos atos arbitrários.

Sabemos que a história é uma construção, que ocorre no presente, com uma relação de tensão com o passado, que permite rupturas, transformações, superações e mesmo a negação do passado, como nos ensina Cristiano Paixão. A história se faz hoje, a partir do repensar do passado com a tradição. Este repensar deve se dar a partir das práticas discursivas dos movimentos sociais, na inovação constitucional. A inovação de nossa Constituição foi o rompimento com o autoritarismo, para impedir que apenas alguns tenham a capacidade de participar do processo eleitoral.

E apenas para não esquecermos, nenhuma literatura jurídica permite a subversão de uma ordem constitucional com a condenação sem provas e a imputação ao réu de provar sua inocência.

Este debate serve para refletirmos com Boaventura de Souza Santos que em um Estado Democrático de Direito não se discute o acesso à justiça, mas sim, qual a justiça a que queremos ter acesso.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *HOMO SACER L'intégrale*. Paris: Éditions du Seuil, 2016.
- AGAMBEN, Giorgio. *Le Règne et La Gloire: Pour une généalogie théologique de l'économie et Du gouvernement - Homo Sacer, II, 2*. Traduit de Italien Joel Gayraud et Martin Rueff. Paris: Éditions Du Seuil. 2008.
- ARON, Raymond. *Démocratie et Totalitarisme..* Paris: Éditions Gallimard, 2010
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição
- GAUDIN, Jean-Pierre. *La Démocratie Participative*. Barcelona: Armand Colin, 2007.
- GIRAND, Charles et LE GOFF, Alice. *La Démocratie Délibérative*. Hermann Éditeurs, Paris, 2010.
- GOUPY, Marie. *L'ÉTAT D' EXCEPTION ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*. Paris: CNRS Éditions, 2016.

17 LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *A reconstrução da jurisdição constitucional: a garantia Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: editora LTr, 2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *A reconstrução da jurisdição constitucional: a garantia Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: editora LTr, 2014.

MOUFFE, Chantal. *Le Paradoxe démocratie*. Traduit de l'anglais par Denyse Beaulieu. Beaux-Arts de Paris Éditions, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

RANCIÈRE, Jacques. *La haine de la démocratie. La fabrique éditions, 2005*.

SAINT-BONNET, François. L'ÉTAT D'EXCEPTION. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, Rio de Janeiro: Forense, 2001

ZOLO Danilo e COSTA Pietro (Org), com colaboração de Emilio Santoro. *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ENTRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE: DILEMAS DE UMA CONSTITUIÇÃO AMEAÇADA PELOS FATORES REAIS DE PODER E SEUS IMPACTOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Flávio José Moreira Gonçalves¹

CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Estamos às vésperas de uma nova eleição presidencial na qual, teoricamente, o povo soberano terá mais uma vez a oportunidade de escolher, entre diversificados programas políticos que respeitem o pluralismo em disputa no jogo democrático, aquele que representará a sua legítima e soberana vontade.

A margem de escolha do povo, porém, encontra-se limitada, considerando que o leque das forças apto a permanecer no tabuleiro político está diminuindo a cada pleito². A definição dos candidatos passa, em última instância, pelo crivo do Judiciário, único poder do Estado ao qual se atribui competência constitucional para afirmar, como árbitro do qual se espera imparcialidade e independência, quais dos cidadãos podem ou não disputar em igualdade de condições com os demais, segundo a interpretação que os magistrados e tribunais fazem das normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.

Cada vez mais se revela de extrema importância a interpretação feita pelos tribunais, o que exige dos magistrados a fundamentação adequada do ponto de vista constitucional, não arbitrária, nem eivada de solipsismo decisionista (Streck, 2010) e, dos cidadãos, vigilância redobrada em sua atuação. Isto porque, em nosso sistema jurídico-constitucional, são os órgãos do Poder Judiciário que dão a última palavra

1 Doutor em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), com aperfeiçoamento no *Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti* da *Università degli Studi di Pisa* (UniPi/Itália). Professor universitário em cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará (UFC) e do Centro Universitário Christus (Unichristus).

2 GUEDES, Néviton. A (des)qualificação da política e o Direito Eleitoral in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-24/constituicao-poder-desqualificacao-politica-direito-eleitoral>> Acesso em 28/07/2018.

sobre quem pode ou não se candidatar. Na prática, são os órgãos competentes do Poder Judiciário que determinam quais cidadãos são elegíveis, mas devem fazê-lo sempre com os olhos postos nos textos normativos, de maneira isonômica e autocontida, sem contrariar ou subverter sua própria orientação jurisprudencial, a não ser que se trate de situação inédita de tal forma que justifique a mudança de entendimento.

Paradoxalmente, o Judiciário é exatamente aquele poder do Estado menos afeito ao debate democrático, como ressalta Lima³, no qual o recrutamento de seus membros (mesmo o dos Tribunais Superiores e da cúpula, representada pelo STF) não passa em nenhum momento pelo crivo da soberania popular. Não podemos sequer falar em “governo dos juízes”, pois ao recrutar os membros dos tribunais superiores, não se ausulta nem mesmo a vontade geral dos que integram a base do Judiciário, composta pelos magistrados de primeira instância, aprovados em concurso público de provas e títulos.

É verdade que o debate democrático acerca das regras do jogo eleitoral, feito com respeito aos princípios de Direito, deve ser realizado antes, pelo Parlamento e, depois de sancionadas as normas legais pelo Executivo, cabe ao Judiciário, no exercício de suas funções típicas, interpretá-las, mirando a Constituição, além dos tratados e convenções internacionais celebrados pelo País.

Ora, é cediço que a atividade de interpretação judicial está longe de ser uma captação passiva daquilo que a norma revela por si mesma. É interpretando textos normativos que se obtém a norma, depois de confrontar os referidos textos com o programa normativo e o âmbito normativo, como ensina a Teoria Estruturante do Direito (Müller, 2009), exercendo o intérprete uma postura ativa, o que não significará um assujeitamento do objeto à sua própria vontade arbitrária. Na interpretação, não deve prevalecer nem a “vontade da lei” (objetivismo hermenêutico) nem a “vontade do legislador” (subjativismo hermenêutico), mas há de se considerar, sobretudo, a “vontade de Constituição”, como já ressaltara Hesse.

Apesar desta atribuição dos tribunais para a interpretação dos textos normativos, o poder de limitar a cidadania, como já ressaltado por Guedes (2013)⁴, também há de ter os seus limites no Estado Democrático de Direito, os quais precisam estar sempre muito claramente definidos.

Embora a interpretação feita pelo Poder Judiciário tenha caráter vinculante, sobretudo em se tratando de matéria eleitoral, na qual a jurisprudência tem força significativa como fonte do Direito, é necessário preservar a coerência e a integridade, requisitos mínimos para a consistência jurídica da fundamentação, dando sempre a

3 Cf. LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema de teoria da democracia política. In: BERCOVICI, G.; LIMA, M.M.B.; MORAES FILHO, J. F. et. al. *Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

4 GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>> Acesso em 28/07/2018.

máxima eficácia aos direitos fundamentais. Afinal, como já ressaltou Dworkin (2010, p. 33), “de qualquer modo, um juiz pragmatista deve, não obstante, aceitar as restrições instrumentais que lhe pedem para estar muito atento àquilo que o legislativo aprovou ou o que os juízes decidiram no passado”.

No pleito que se avizinha, entre as possíveis candidaturas a serem analisadas, com base na Constituição, nos documentos internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro e na denominada Lei da Ficha Limpa, está a de Luiz Inácio Lula da Silva, condenado em primeira e em segunda instância nos autos de processo criminal.

Repleto de controvérsias e com viés inquisitorial, o processo penal que levou à condenação do ex-presidente Lula não seguiu o princípio “*due process of law*”. Nele, ao que se sabe, não foi sequer considerado o benefício da dúvida (“*in dubio pro reo*”), aplicando-se inclusive teorias e doutrinas de outros países, alheias ao nosso sistema jurídico, para valorar a prova e chegar à condenação, situação análoga aquela que já vem ocorrendo, de forma preocupante, há algum tempo, inclusive em alguns casos de condenação no âmbito da Ação Penal nº 470, conhecida como Mensalão⁵, na qual se empregou equivocadamente, fora de contexto e de maneira distorcida a teoria alemã do “domínio do fato”, de autoria do alemão Claus Roxin (2014).

A evidência do que estamos a afirmar pode ser demonstrada no fato de que, não somente entre os demais brasileiros, leigos em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal, mas mesmo entre juristas da área, como Ferrajoli⁶ (2018), há esta clareza ou, no mínimo, subsistem seríssimas dúvidas e divergências quanto à correção hermenêutica da decisão condenatória no famoso caso do “Tríplice do Guarujá”, atribuído ao ex-presidente Lula.

Para muitos juristas, aos quais me filio, a condenação do ex-Presidente Lula nos autos da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR não passou da crônica de uma sentença anunciada (Proner, Cittadino *et al*, 2017), haja vista a suspeita de parcialidade que recai sobre o magistrado que prolatou a decisão em primeira instância, para falar apenas deste aspecto. Ainda que tenha havido, como de fato houve, a confirmação da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição pelo Tribunal Regional Federal (Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR), pairam dúvidas razoáveis e sérias, não resolvidas de modo adequado e satisfatório pela decisão do colegiado, sobre a competência do juízo condenatório prolator da decisão inicial, sem falar nas afrontas perpetradas ao devido processo legal constitucional, aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais, tais como o levantamento de sigilo das interceptações telefônicas de uma ex-Presidenta da República durante o exercício de seu mandato, o vazamento seletivo de áudios para a mídia em circunstâncias

5 Cf. LEITE, Paulo Moreira. *A Outra História do Mensalão*: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

6 FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli: É clara a parcialidade no julgamento de Lula *in Carta Capital*. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/luigi-ferrajoli-e-clara-a-parcialidade-no-julgamento-de-lula>> Acesso em 27/07/2018.

consideradas “oportunas ou convenientes” pelos agentes do Estado encarregados da persecução penal, além de desrespeitos ao exercício da advocacia com violação das prerrogativas profissionais e até o emprego de falácias ou sofismas na argumentação condenatória, aspectos que poderão ser melhor apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Eleito e reeleito democraticamente pelo soberano maior de qualquer democracia digna deste nome (o povo), o ex-presidente Lula, cuja biografia⁷ é um testemunho das dificuldades e superações pelas quais passou e passa o povo brasileiro, confundindo-se com sua história recente, exerce uma indiscutível liderança carismática, pela qual logrou fazer a sucessora, Dilma Rousseff⁸, a qual também se reelegeu, mas foi cassada em processo de *impeachment* espúrio, no qual não restou caracterizada a prática de crime de responsabilidade que o ensejasse, resultando pura e simplesmente da vendeta política do então deputado Eduardo Cunha, ex-parlamentar que atualmente está cumprindo pena pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Após o *impeachment* da Presidenta Dilma, Eduardo Cunha, que já respondia a processo na Comissão de Ética da Câmara, foi condenado judicialmente e teve sua condenação confirmada em segundo grau de jurisdição, isto com fartas provas carreadas aos autos, para além de toda dúvida razoável.

Setores do mercado, embora tenham sido muito beneficiados com o crescimento econômico proporcionado na época dos governos Lula e Dilma, acabaram posicionando-se em defesa do golpe e mesmo patrocinaram-no, desprezando a “vontade de Constituição”, tudo em nome da destituição da Presidenta da República e da “recuperação da economia”.

Como diagnostica Ferrajoli (2018, p. 78),

Il linguaggio dell'economia, che ignora totalmente termini come “uguaglianza”, “dignità dela persona” e “diritti fondamentali”, há completamente spodestato il linguaggio del diritto nella formulazione dei problemi social e delle loro soluzioni. E la politica si è tendenzialmente trasformata in tecnocrazia, cioè nell'applicazione técnica delle leggi dell'economia da parte dei governi, que dai mercati tragonno legittimazione ed ai mercati, piú che all'elettorato, sentano di dover rispondere.⁹

7 Cf. PARANÁ, Denise. *A História de Lula: o filho do Brasil*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009 e também BOURNE, Richard. *Lula do Brasil: a história real*. Trad. Paulo Schmidt. São Paulo: Geração Editorial, 2009.

8 Cf. AMARAL, Ricardo Batista. *A Vida quer é Coragem: a trajetória de Dilma Rousseff, a primeira presidenta do Brasil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.

9 A linguagem da economia, que ignora totalmente termos como “igualdade”, “dignidade da pessoa” e “direitos fundamentais”, deslocou completamente a linguagem do direito na formulação de problemas sociais e suas soluções. E a política tendeu a se tornar tecnocracia, isto é, na aplicação técnica das leis da economia pelos governos, que os mercados legitimam e aos mercados, mais do que ao eleitorado, sentem que precisam responder. (Tradução Livre)

Do ponto de vista político, a eleição e reeleição de um presidente, elegendo e reelegendo também sua sucessora, foi um feito excepcional, raro e até mesmo único em uma república como a nossa, cujos raros espasmos democráticos foram sempre interrompidos bruscamente por inúmeras quarteladas e golpes de Estado ao longo de sua história. Como a criminalidade comum, entretanto, a tipologia de tais golpes políticos, diversifica-se e aprimora-se a cada edição. E com o golpe de 2016 não foi diferente, ao qual se tentou e ainda se tenta dar aparência de legalidade.

Após a confirmação da condenação inicial pela segunda instância, o ex-Presidente Lula teve em seu desfavor mandado de prisão expedido pelo mesmo magistrado que o condenou em primeiro grau de jurisdição, imediatamente após a notícia de confirmação da sentença pelo Tribunal. Este mesmo magistrado já havia determinado antes, no processo, sem necessidade ou fundamento legal que justificasse a medida, a condução coercitiva do ex-Presidente. Adotou outras práticas heterodoxas, sobretudo se considerarmos os princípios da presunção de inocência e da inércia jurisdicional, pelas quais limitou-se a pedir simples “desculpas” às instâncias superiores, quando raramente confrontado ou questionado acerca dos limites de suas atitudes e decisões, algumas das quais tomadas durante as férias do magistrado. Acrescenta-se ao elenco de estranhezas um dado: o juiz do caso tornou-se uma celebridade instantânea, costuma frequentar salões e festas da alta sociedade, especialmente daquela parcela elitizada da população contrária ao acusado, convivendo de forma bem próxima com políticos interessados em suas decisões. Em alguns destes eventos para os quais tem sido convidado, foi reconhecido e agraciado com prêmios de setores da mídia acostumados a conspirar contra as instituições democráticas, sob o aplauso dos segmentos mais conservadores e elitistas da sociedade brasileira.

Desde o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, houve solução de descontinuidade nas conquistas sociais, a exemplo do descumprimento de metas do Plano Nacional de Educação¹⁰ depois de um ciclo de 13 anos de governos sufragados nas urnas eleitorais e que implantaram, pela primeira vez em nossa história, programas e políticas públicas efetivas, não de cunho meramente assistencialista, mas com vistas à redução das desigualdades regionais e sociais, objetivo consagrado em nossa Constituição, como é o caso das cotas nas universidades públicas, instituições que se expandiram, tiveram o maior volume de recursos de sua história e incluíram estudantes pobres, negros, pardos e índios, vivenciando uma diversidade jamais experimentada no ambiente acadêmico das instituições públicas de ensino superior, sem falar nos inúmeros estudantes de classes menos favorecidas que tiveram a oportunidade ímpar de ingressar com bolsa em instituições privadas brasileiras de qualidade ou mesmo em prestigiadas universidades estrangeiras, a fim de participar do Programa Ciência sem Fronteiras e estudar com bolsa governamental no exterior, antes um privilégio

10 Cf. VIANA, Ciza. Ponto de Vista in *O Povo*. Disponível em <<https://www.opovo.com.br/jornal/reportagem/2018/07/ponto-de-vista.html>> Acesso em 28/07/2018.

exclusivo de uma diminuta parcela da sociedade brasileira, apenas para falar de um dos programas sociais mais significativos dos governos Lula e Dilma.

Ressalte-se que o Presidente Lula encerrou seu segundo mandato com alto índice de popularidade, conforme pesquisas de opinião feitas à época. Para surpresa e espanto dos golpistas, ainda lidera, atualmente, as intenções de voto nas pesquisas eleitorais (Vox Populi, julho de 2018), mesmo sendo diariamente massacrado em reportagens tendenciosas por setores da mídia, nas redes sociais e estando preso em uma carceragem da Polícia Federal, cumprindo pena após a sua condenação não transitada em julgado, da qual ainda recorre, irressignado, inclusive aos tribunais superiores.

A defesa de Lula segue tentando demonstrar, entre outros aspectos, que o ex-presidente está sendo vítima de “*lawfare*” e que, inocente, foi condenado injustamente, sem provas, apenas para tentar tirá-lo da disputa eleitoral, prática que configura também um claro desrespeito aos seus direitos constitucionais e políticos.

As indagações feitas por Lula, em artigo publicado originalmente na Folha de São Paulo após cem dias da sua prisão, permanecem ecoando e parecem irrespondíveis para os setores que o enxergam como uma ameaça e não teriam como derrotá-lo no terreno político, pelo voto:

Aqueles que não querem que eu fale, o que vocês temem que eu diga? O que está acontecendo hoje com o povo? Não querem que eu discuta soluções para este país? Depois de anos me caluniando, não querem que eu tenha o direito de falar em minha defesa? Querem que as pessoas se esqueçam de que o Brasil já teve dias melhores? Querem impedir que o povo brasileiro —de quem todo o poder emana, segundo a Constituição— possa escolher em quem quer votar nas eleições de 7 de outubro?¹¹

Com o desenvolvimento do debate qualificado, garantindo a participação de todos os atores políticos, a sociedade brasileira teria a chance de superar os discursos de ódio¹² que nela ainda permeiam, refletindo-se nas redes sociais. O reestabelecimento do diálogo permite que vão se formando consensos que permitiriam descortinar a relação entre verdade e justificação, tendo em vista que, pelo procedimento discursivo, as pessoas “filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Superam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao status de conhecimento não-problematizado”, como acentua Habermas (2004, p. 63).

Temos uma Constituição que afirma textualmente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII) e consagra ainda o princípio da soberania popular (“Todo o poder emana do povo,

11 Cf. SILVA, Luiz Inácio Lula da. *Afasta de Mim este Cálice*. Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/artigo-do-lula-na-folha-de-s-paulo-afaste-de-mim-este-cale-se/>> Acesso em 19/07/2018.

12 Cf. AB’SABER, Tales. *Dilma Rousseff e o Ódio Político*. São Paulo, Hedra, 2015.

que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), estabelecendo os princípios da presunção de inocência e da soberania popular.

Encontra-se em vigor em nosso ordenamento jurídico, a Lei Complementar nº. 135, de 2010, originada de um projeto de lei de iniciativa popular, sancionada, ironicamente, pelo então Presidente Lula e que afirma textualmente:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

(...)

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (**grifo nosso**)

As forças políticas conservadoras e até aquelas mais reacionárias, de extrema direita, incapazes de alcançar diretamente a vontade popular pela via da legitimidade, tentam valer-se da legalidade instituída, mais especificamente da Lei da Ficha Limpa e da interpretação conservadora, isolada e literal desta mesma legalidade, feita em total desconformidade com a Constituição por setores que se mantêm em estreita sintonia com os interesses da “elite do atraso” (Souza, 2017) para restringir direitos políticos do cidadão Lula, reduzindo a margem de escolha do povo no processo eleitoral e inviabilizando a possibilidade de retorno ao poder da esquerda democrática e progressista. Julgam ser possível fazê-lo ao manter encarcerada a sua principal liderança de esquerda da América Latina, sob o argumento de que foi condenado por corrupção passiva e lavagem de ativos de origem ilícita, sentença da 13ª Vara Federal de Curitiba, confirmada por órgão judicial colegiado, no caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), em Porto Alegre (RS).

A interpretação de tal dispositivo mais consentânea com a Constituição e com os tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, entretanto, é aquela que atente para preservar a democracia e a soberania popular, harmonizando tal dispositivo com o que estabelece a nossa ordem constitucional e resguardando os direitos políticos de Lula, especialmente com vistas a garantir a universalidade do sufrágio e a presunção de inocência.

O autoritarismo brasileiro, objeto de vários estudos anteriores, entretanto, mostra sua face mais perversa, como fez no Golpe Civil-militar de 1964 e no Golpe Institucional de 2016. Ora travestido de combate ao comunismo, ora sob a forma de *impeachment*, as forças do atraso reagem sempre que veem ameaçados seus objetivos pelo avanço das forças populares, o que tem acontecido sempre “depois de um período em

que as massas populares se conscientizam de suas forças políticas, exigem mudanças e têm alguma possibilidade de ser atendidas” (Rocha, 2003, p.124).

Ora, se até mesmo o poder constituinte precisa encontrar limites que o impeçam de promover retrocessos, por mais fortes razões seria preciso reconhecer que estes mesmos limites (autonomia individual, esfera pública livre e pluralista, proibição de retrocesso normativo, direito de participação política, igualdade entre os sujeitos etc) e muitos outros impõem-se ao Poder Judiciário.

Como aponta Campos (2016, p. 227), até mesmo o poder constituinte precisa

“(...) respeitar o espaço da autonomia individual, reconhecer a importância do gozo de uma vida plena, preservar uma esfera pública livre e pluralista, respeitar a proibição de retrocesso normativo, entender sua existência como uma latência permanente, além de garantir o mais básico para a sustentação da democracia, o direito de participação política, o qual precisa ser igualmente distribuído entre os sujeitos”.

É neste contexto fático em que são escritas estas linhas, cenário marcado pela situação de instabilidade política criada pós-*impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, ao qual se seguiram escândalos e atos comprovados de corrupção de toda ordem, inclusive com filmagens, envolvendo ministros e outros funcionários do mais alto escalão do governo Temer, até mesmo com evidências de envolvimento do próprio Presidente da República, considerado por muitos um traidor, aproveitador e usurpador do poder, escolhido para ser vice e não para conspirar, criatura cuja ilegitimidade é patente, a julgar pelas pesquisas de opinião que têm revelado a cada dia queda vertiginosa em sua já diminuta popularidade. Não são raros os casos de conspiradores que, tendo se envolvido no golpe, acabaram sendo desmascarados posteriormente. Enquanto isto, subsiste idônea a ex-Presidente Dilma, da qual não se comprovou a prática de nenhuma ilicitude ou ato de ofício que possa macular a sua conduta.

(I)LEGALIDADE E (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO GOLPE DE ESTADO INSTITUCIONAL

Duas coisas em todo este atual processo político impressionam: de um lado, a força da liderança carismática de Lula, o operário que virou Presidente de seu país e, apesar de todo o preconceito contra suas origens populares, liderou um governo com expressivas conquistas sociais e econômicas no plano nacional, alcançando ainda grande projeção internacional por haver retirado o Brasil do mapa da fome; de outro, o paulatino descortinar da verdade histórica, que vai se desvelando com o decurso do tempo, a ponto de comprovar cada um dos aspectos da narrativa sustentada pela esquerda democrática e progressista, tanto em relação ao golpe travestido de

impeachment contra a Presidenta Dilma quanto em relação ao processo que conduziu à condenação e prisão de Lula, ameaçando tirá-lo da disputa eleitoral.

Tudo isto vai revelando que, sob o manto da legalidade instituída, a mais tenebrosa e ardilosa inconstitucionalidade perpetrada contra a soberania popular, que apeou do poder uma presidenta eleita e reeleita pelo voto popular, no caso, a Presidenta Dilma Rousseff, da qual não restou comprovada a prática de nenhum dos atos que caracterizasse crime de responsabilidade apto a justificar qualquer pedido de *impeachment*.

Outro absurdo está prestes a ser cometido, que pode inviabilizar definitivamente a nossa democracia, demolindo de uma vez por todas os escombros do Estado Democrático de Direito que ainda subsistem. Trata-se da inelegibilidade de Lula, considerada a única saída das elites golpistas, aliadas a inconfessáveis interesses externos, para evitar que a esquerda progressista e democrática possa voltar ao poder e retomar o seu programa político. O acelerado desmonte das conquistas sociais, desmonte conduzido pelo atual governo, desprovido de legitimidade e sob a égide do qual lamentavelmente nos encontramos, é revelador, manifestando a ótica preconceituosa de nossas elites, contrárias a todas as conquistas sociais que, ao longo de mais de uma década, os governos de esquerda, progressistas e democráticos estabeleceram.

A conjunção de forças políticas desfavoráveis, aliada à crise econômica e aos inconfessáveis propósitos de parlamentares desonestos, envolvidos em todo tipo de ilegalidade, corrupção e falta de ética, naquela que, ressaltadas pouquíssimas exceções, talvez seja a pior legislatura da nossa história republicana, precipitaram o golpe de Estado institucional que destituiu a presidenta Dilma Rousseff, primeira mulher eleita e reeleita em nosso país para ocupar o cargo de mandatária suprema da nação.

Os fatores reais de poder, para usar a expressão de Lassalle, sobrepuseram-se à Constituição, fazendo-a sucumbir. Os mais ridículos e absurdos fundamentos, inclusive perceptíveis em votos parlamentares que invocavam personagens tenebrosos da Ditadura Civil-militar instaurada no país a partir de 1964, como o coronel Carlos Alberto Brilhante Ulstra, homenageado expressamente no voto de um dos deputados durante o *impeachment*, agora candidato a Presidente, ou as saudações a “honradez, a moralidade e aos bons costumes”, serviram para justificar os votos dos parlamentares que determinaram o afastamento da presidenta eleita “pelo conjunto da obra” e aprovar o espúrio parecer elaborado ao arrepio da Constituição e das leis, quase repetindo o lema daquela fatídica “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”.

Houvesse o Brasil resgatado adequadamente a memória daquele período de trevas políticas (1964-1985), através de um consistente resgate da verdade, não teríamos de presenciar, ainda hoje, jovens alienados e candidatos de extrema direita apoiarem intervenção militar ou mesmo a volta da ditadura, pleitos visivelmente contrários à ordem jurídica democrática que se implantou a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã. Manifestam pouco ou nenhum apreço pela democracia, reconquistada com muito sacrifício pelo povo brasileiro.

Precisaríamos retomar a pedagogia política e aprender, com as lições de humanismo e democracia deixadas pelos nossos verdadeiros heróis do passado, aquela lição de Zagrebelsky¹³, para o qual:

“(...) la virtù democratica, que nella sua essenza consiste in dedizione alla cosa pubblica e disponibilità a destinarvi le proprie energie e a mettere in comune una parte delle proprie risorse, si sviluppi da sola, causa ed effetto dela democrazia stessa – tanto più la democrazia cresce – questá è la credenza – tanto più lo spirito democrático si sviluppo fa ulteriormente crescer ela democrazia. (2016, p. 9)”

A situação em que vivemos, ao contrário, é de tamanha desconstituição e desinstitucionalização, que até mesmo antes de muitas votações importantes daquele que foi erigido pela Constituição Federal à posição de seu guardião maior, o Supremo Tribunal Federal (STF), observamos, estarecidos, a manifestação na imprensa ou nas redes sociais, de militares de alta patente, da ativa ou na reserva, gerais que fazem ameaças veladas à democracia, claramente destinadas a intimidar os magistrados que deveriam ter sua independência respeitada, sobretudo pelas forças armadas, às quais a nova Constituição atribui novo e importante papel na sociedade aberta, democrática. Tais manifestações, que se destinavam a constranger o STF, foram absurdamente tratadas com a mesma naturalidade com a qual foram observadas em outras fases sombrias da nossa história, quando o Presidente Floriano Peixoto, antes do julgamento pelo STF de um *habeas corpus* impetrado pelo advogado Rui Barbosa, declarou sutilmente: “se os juízes do tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que necessitarão” (Recondo: 2018, p. 13)

Como já destacou Avritzer (2016, p. 132),

“(...) o impasse político que o Brasil está enfrentando apresenta diversos desafios para a qualidade da democracia no país (...). A saída do impasse atual da democracia brasileira implica estabelecer um forte acordo procedimental sobre as formas de saída da crise e, ao mesmo tempo, barrar todas as formas de intolerância e negação de direitos que têm se manifestado na sociedade. Apenas a solução por meio das instituições políticas permitirá que a democracia saia mais forte de cada um dos impasses analisados”.

13 Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare Democrazia*. Torino: Giulio Einaudi editore, 2016. (“A virtude democrática, que em sua essência consiste na dedicação à coisa pública e disponibilidade para dedicar suas energias e compartilhar uma parte de seus recursos, se desenvolve, causa e efeito da própria democracia - quanto mais a democracia cresce - esta é a crença - quanto mais o espírito democrático se desenvolve, mais aumenta a democracia”, Tradução Livre)

Como observa Zagrebelsky (2012, p. 148), “as concepções acrílicas da democracia levam a concepções unitárias, totais e totalitárias do povo. Segundo as democracias dogmática e cética, a pluralidade das vozes deve reduzir-se e até desaparecer”. É preciso superar tais concepções rumo a uma democracia crítica, capaz de dar ao povo a possibilidade de corrigir-se com seus próprios erros, quando for o caso.

A patente ilegalidade e inconstitucionalidade do golpe de Estado institucional que foi perpetrado contra o mandato da Presidente Dilma Rousseff serviu perfeitamente aos interesses econômicos e políticos dos seus patrocinadores e desencadeou outras ilegalidades, inconstitucionalidades, inconveniências e retrocessos, a julgar pelas suas nefastas consequências antidemocráticas, consubstancializadas na severa interrupção dos progressos sociais, sobretudo da população mais pobre e vulnerável, com prejuízos visíveis e mensuráveis nas áreas da educação e saúde, sem falar nos recuos em programas sociais, na modificação da política de exploração do pré-sal, nas alterações em leis trabalhistas e previdenciárias.

A mesma população que dá ao candidato Lula a expressiva aprovação e que o levaria a vencer a disputa presidencial já no primeiro turno, caso seja considerado elegível, é exatamente aquela que tem sido desprezada e estigmatizada pelos defensores do golpe midiático-parlamentar institucional que derrubou a presidenta Dilma, ignorando e maculando a Constituição Cidadã. Vale trazer à tona, neste momento, a lição de advertência de Bonavides (1999, p. 13), para o qual “fora da Constituição não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições”.

Nordestinos, nortistas, negros, índios, quilombolas, empregados domésticos, pobres, sem-teto e sem-terra e outras pessoas em situação de vulnerabilidade social assistem seus direitos conquistados sendo suprimidos e, agora, a eles e a todos os brasileiros tende a ser sonogado seu direito político de escolha, prestes a tornarem-se também eleitores sem-candidato ou eleitores tendo de escolher entre candidatos nos quais não confiam plenamente ou pelos quais não se sentem representados, o que se afigura absurdo e patético. Estaríamos vendo emergir novamente “o monstro da lagoa”¹⁴, a excrescência de uma democracia sem povo, o eclodir do “ovo da serpente”, o nascimento de um regime anti-povo?

Após uma longa transição democrática, seguida de estabilização econômica e inegável período de desenvolvimento social, ao invés de avançarmos para uma democracia mais direta e participativa, como defendida por autores como Bonavides (2003) e Santos (2013) ou mesmo para uma democracia madura e crítica, como sustentado por Zagrebelsky (2012), agora corremos o risco de estabelecer uma democracia sem povo, regime inédito na história, no qual o povo decide, mas a sua escolha somente pode dar-se dentro dos limites impostos por um grupo de juristas, únicos iluminados capazes de dizer quem pode ou não concorrer à aceitação popular e, o mais curioso, faremos isto em nome do povo, o “povo-ícone”, ao qual se refere Müller (2003), tão

14 HOLLANDA, Chico Buarque. *Cálice*. Disponível em <<https://www.lettras.mus.br/chico-buarque/45121/>> Acesso em 28/07/2018.

distante da cidadania ativa quanto aquele que, referido na carta do historiador Aristides Lobo, citada por Holanda (1995, p. 161), “assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”, referindo-se a Proclamação da República.

LEGITIMIDADE DOS GOVERNOS POPULARES E AMEAÇAS À DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Quando a possibilidade de escolha de candidatos em uma democracia depende exclusivamente de interpretações ou decisões de tribunais, cujos integrantes não são eleitos nem sufragados pelo povo soberano e nem mesmo escolhidos pelo voto de seus pares, a própria democracia está em risco. A sociedade que promove a judicialização excessiva de seus conflitos políticos deve estar consciente de que, ao fazê-lo, põe em xeque as próprias instituições capazes de garantir o funcionamento do Estado Democrático de Direito, correndo o risco de tornar-se refém dos interesses das corporações e dos grupos de interesse.

A judicialização da política, com a criminalização de seus agentes, acabou promovendo no Brasil uma indesejada politização da Justiça, no pior sentido deste termo. Por isso, é preciso que a democracia brasileira retome seu caminho institucional, rumo a um modelo cada vez mais direto e participativo, avançando para uma democracia material, substancial que resolva seus impasses por meio da participação popular direta, sem a necessidade de recorrer tanto a decisões contra-majoritárias, sobretudo em questões decisivas para a institucionalidade democrática.

A legitimidade dos governos populares não pode ser vista como uma ameaça ou empecilho ao regime democrático. Aqueles que temem o fenômeno que chamam de “populismo” muitas vezes o que temem, na verdade, é o povo, o povo-ativo. Ameaça maior e mais significativa, entretanto, é o predomínio da tecno-burocracia judicial que, se não revestida dos atributos de independência, autocontenção e imparcialidade, pode representar o declínio de nossas instituições, esvaziando-as de seu caráter político e transformando o espaço da política em território minado pela atuação do mais disfuncional dos poderes do Estado.

O exercício da liberdade e da argumentação constituem os elementos vitais de toda democracia e a política, no sentido mais amplo e autêntico da palavra, precisa voltar a ser o seu lugar privilegiado. É somente no debate aberto na esfera pública que o pluralismo da sociedade pode expressar-se, relativizando fundamentalismos, aplainando as arestas e estabelecendo consensos, garantindo que todos os setores da sociedade possam manifestar suas pretensões e interesses.

Quando judicializamos por completo as questões políticas, confiando a decisões revestidas pela técnica jurídica o poder que somente a soberania popular pode possuir, esvaziamos por completo a democracia como plebiscito de todos os dias e abrimos espaço para a tirania.

Assim como não nos deve interessar uma ditadura do Legislativo ou do Executivo, seja esta de direita ou de esquerda, devemos nos afastar de qualquer tentação que sinalize para a implantação de uma “ditadura dos tribunais”. A restauração da independência e da harmonia entre os poderes poderá colaborar para o aprimoramento da nossa democracia.

CONCLUSÕES

As normas legais que restringem direitos, sobretudo quando se tratam de direitos fundamentais e humanos, consagrados em nossa Constituição e também insculpidas em tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, devem ter também interpretação restritiva.

A melhor interpretação possível do art. 1º, I da Lei da Ficha Limpa é aquela que mais se harmonize, preservando a concordância prática com a Constituição da República, que estabelece em seu art. 5º, LVII o princípio da presunção de inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e consagra ainda o princípio da soberania popular em seu art. 1º, parágrafo único (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), tudo em absoluta sintonia com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) estabelece:

Art. 2º (...)

3. Os Estados-partes comprometem-se a:

- a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;
- b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades em recurso judicial;
- c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Interpretar a expressão “ou” do caput do art. 1º da Lei Complementar nº. 135/2010 como conjunção alternativa seria apegar-se aos limites exegéticos de uma interpretação literal de uma única norma de natureza infraconstitucional que, fazendo tábula rasa da Constituição e dos documentos internacionais e negligenciando a

interpretação sistemática, ignoraria o princípio do Estado Democrático de Direito e atentaria contra a finalidade do próprio dispositivo, pois configura afronta ao texto da Constituição, que exige o trânsito em julgado para a caracterização da culpa até mesmo na esfera penal. *A fortiori*, em matéria de direitos políticos, restringi-los com base em decisão da qual o titular de tais direitos ainda recorre, contraria a necessidade de aguardar o trânsito em julgado, assim considerada, tanto no âmbito interno quanto externo, uma decisão da qual não caibam mais recursos. Entendimento contrário afrontaria tratados de direitos humanos consagrados dos quais o Brasil ratificou e é signatário.

Ora, se até mesmo em matéria de Direito Penal, *ultima ratio*, exige-se o trânsito em julgado para a formação da culpa, o que justificaria considerar inelegível um candidato cuja decisão condenatória, ainda que confirmada por órgão colegiado, sequer transitou em julgado? Como inovar na exigência do trânsito em julgado, sem violar seriamente o direito fundamental de participação política, a presunção de inocência e a universalidade do sufrágio? Como fazê-lo sem malferir o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), do qual o Brasil é signatário, ao estabelecer que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14, inciso 5) e que “todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas: b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores” (art. 25, alínea b)?

Como já ressaltou Santos (2009),

“(...) se de um lado os regimes democráticos podem proporcionar às instituições judiciais estatais um atuar livre e independente de ingerências e influências que possam interferir em suas decisões, ainda que a prática demonstre que isto nem sempre ocorre, de outro, os regimes autoritários apresentaram-se ao longo da história como impositivos e altamente tendenciosos aos desfechos decisórios dos tribunais”¹⁵.

Somente argumentos movidos pelo interesse político justificariam tornar Lula inelegível, sobretudo se considerarmos que a condução do processo padece de todos os vícios e se observarmos atentamente o âmbito normativo, isto é, se pusermos os olhos no contexto histórico e em todas as ressalvas ao processo político e judicial que procurou justificar sua condenação em uma ação penal na qual o benefício da dúvida justificaria, no mínimo, uma absolvição por inexistência ou insuficiência de prova.

15 SANTOS, Marcelo Paiva dos. *A História não Contada do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 21.

REFERÊNCIAS

- AB'SABER, Tales. *Dilma Rousseff e o Ódio Político*. São Paulo, Hedra, 2015.
- AMARAL, Ricardo Batista. *A Vida quer é Coragem: a trajetória de Dilma Rousseff, a primeira presidenta do Brasil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.
- ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOURNE, Richard. *Lula do Brasil: a história real*. Trad. Paulo Schmidt. São Paulo: Geração Editorial, 2009.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *O Povo é Inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per l'uguaglianza*. Bari-Roma, Gius Laterza & Figli, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli: É clara a parcialidade no julgamento de Lula in *Carta Capital*. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/luigi-ferrajoli-e-clara-a-parcialidade-no-julgamento-de-lula>> Acesso em 27/07/2018.
- GUEDES, Néviton. A (des)qualificação da política e o Direito Eleitoral in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-24/constituicao-poder-desqualificacao-politica-direito-eleitoral>> Acesso em 28/07/2018.
- GUEDES, Néviton. O poder de limitar a cidadania também encontra limites in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>> Acesso em 28/07/2018.
- HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HOLANDA, Chico Buarque. *Cálice*. Disponível em <<https://www.letras.mus.br/chico-buarque/45121/>> Acesso em 28/07/2018.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Abrindo a Caixa Preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?* Salvador: JusPODIVM, 2016.
- KURLANSKY, Mark. *1968: o ano que abalou o mundo*. Trad. Sônia Coutinho. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.
- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933.
- LEITE, Paulo Moreira. *A Outra História do Mensalão: as contradições de um julgamento político*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema de teoria da democracia política. In: BERCOVICI, G.; LIMA, M.M.B.; MORAES FILHO, J. F. et. al. *Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Euclides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PARANÁ, Denise. *A História de Lula: o filho do Brasil*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código Internacional de Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PRONER, Carol et al (orgs.). *Comentários a uma Sentença Anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

PRONER, Carol et al (orgs.). *A Resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a Ditadura Militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ROCHA, Bheron. A Importância de Moro e da Lava-jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil in *Carta Capital*. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-lava-jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>> Acesso em 26/07/2018.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. O julgamento do impeachment da presidente Dilma virou juízo final? in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/limite-penal-julgamento-impeachment-dilma-virou-juizo-final>> Acesso em 26/07/2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena et alli. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa e CHAUÍ, Marilena. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. *A História não Contada do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

SILVA, Luiz Inácio Lula da. *Afasta de Mim este Cálice*. Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/artigo-do-lula-na-folha-de-s-paulo-afaste-de-mim-este-cale-se/>> Acesso em 19/07/2018.

SOUZA, Jessé de. *A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *O Que é Isto – Decido de Acordo com a Minha Consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio L. 21 Razões pelas quais estamos em Estado de Exceção in *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>> Acesso em 26/07/2018.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro et al (orgs.). *O Ceará e a Resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

VIANA, Ciza. Ponto de Vista in *O Povo*. Disponível em <<https://www.opovo.com.br/jornal/reportagem/2018/07/ponto-de-vista.html>> Acesso em 28/07/2018.

VOX POPULI. *Pesquisa de Opinião Pública*. Registrada no Tribunal Superior Eleitoral em 17/07/2018 e protocolada sob o nº BR-02205/2018. Brasil: Julho de 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Trad. Mônica de Sanctis Viana. São Paulo, Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare Democrazia*. Torino: Giulio Einaudi editore, 2016.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, LEI DA FICHA LIMPA E A LEGITIMIDADE DO REGISTRO DE CANDIDATURA DO EX-PRESIDENTE LULA

Gabriel de Carvalho Sampaio¹

INTRODUÇÃO

A história de nosso país é marcada por longos períodos autoritários e de intensas violações a direitos individuais e coletivos, que legaram a absoluta incapacidade de sedimentação de um projeto democrático-popular, capaz de dar o sentido de seu desenvolvimento econômico e social.

Além de ter convivido pelas primeiras quase sete décadas de país independente com o regime escravocrata, diversos foram os períodos autoritários que impediram que o país, em sua história republicana, vivenciasse período de tempo superior a tal duração sob a égide de uma constituição democrática.

Evidentemente que esse contexto marca a construção da Constituição de 1988 e faz com que os direitos e garantias fundamentais representem a pedra angular de um documento que passou a ser tratado como “Constituição Cidadã”.

A partir dessa experiência histórica, consagra-se em nosso texto constitucional a unidade de sentido, de valor e de concordância prática de um sistema de direitos fundamentais, que repousa na dignidade da pessoa humana e, portanto, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.²

-
- 1 Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Especialista em Ciências Criminais pela UNISUL/LFG. cursou Direitos Fundamentais pelo IGC-Coimbra/IBCCRIM. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2005). Foi Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (2014-2016). Diretor Nacional do Projeto Pensando o Direito (2014-2016). Conselheiro do Conselho Nacional de Direitos Humanos (2014-2016) e Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2016-2017). Membro do Observatório de jurisdições constitucionais da América Latina, e do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC), presidido pelo Ministro Carlos Ayres Brito. É Assessor Jurídico do Senado Federal, Professor do Curso de Atualização de Direito Parlamentar e Processo Legislativo, e, Professor convidado das disciplinas de “Processo Decisório no Poder Legislativo” e “Processo Decisório no Poder Executivo”, no curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).
 - 2 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge. (Orgs.). Tratado luso-brasileiro

Assim, pode-se dizer que esse valor se impôs como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.³

A dignidade da pessoa humana, portanto, é o princípio que coenvolve a todos esses direitos, configurando-se como o princípio axiológico fundamental, um “metaprincípio” irreduzível, insubstituível e irrepetível que a Constituição enuncia e protege.⁴

Sob esse ponto de vista, interessa-nos traçar contribuições para que se considerem inconstitucionais textos normativos e interpretações a seu respeito que restrinjam direitos fundamentais jungidos e indissociáveis da dignidade da pessoa humana, sob o aspecto de seu exercício positivo, e com projeção para o direito da coletividade em realizar democraticamente o direito de livre escolha dos seus representantes.

Para tanto, abordaremos aspectos dos direitos políticos e do princípio da presunção de inocência, confrontando a “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/2010) com princípios de interpretação da Constituição.

SOBRE OS DIREITOS POLÍTICOS

Incontestável que, no plano dos direitos políticos, aqueles ligados ao direito de se eleger e ser eleito, assim como, ao exercício de atividades político-partidárias, devem receber especial atenção normativa, a fim de assegurar o reconhecimento do indivíduo como cidadão.

O antecedente histórico dessa concretização da cidadania remonta à Declaração de Direitos da Virgínia (art. 6º) de 1776, assim como à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 6º), de 1789 e, ainda, ao art. 21, 1 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 que possui redação eloquente:

Toda pessoa tem direito de participar no Governo de seu país, dretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos.

Pode-se dizer que:

a concepção de direitos políticos oriunda da Revolução Francesa delimita os direitos políticos como aqueles que permitem aos habitantes de determina-

da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 169.

3 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

4 A respeito: MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge. (Orgs.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 170.

da coletividade o direito de tomar uma participação no governo, tornando a ideia equivalente à cidadania ativa.⁵

Em sintonia com tais contribuições, o modelo constitucional brasileiro se afirma, portanto, no sentido de favorecer o direito de votar e ser votado e se orientar pela plenitude do gozo dos direitos políticos positivos. A respeito, José Afonso da Silva afirma:

O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo, como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve atender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica.⁶

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está inserido na ordem constitucional brasileira no art. 5º, LVII, já tendo sido objeto de assento no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A mais remota consagração deste princípio por meio da Declaração de 1789 é reflexo da construção de um duplo significado declarado pela Assembleia Nacional Francesa como direito natural, inalienável e sagrado do homem, desdobrando-se, de um lado, em regra processual, segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, e de outro, como garantia que deveria impedir a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade.⁷

Como consequência da disputa gerada por movimentos repressivos, a polarização no campo das Escolas Penais merece especial atenção:

“para os clássicos, a inocência do acusado é vista como um pressuposto da ciência penal e a ela são referidas praticamente todas as garantias do que

5 FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 195.

6 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 385.

7 A respeito: A este respeito: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 314.

hoje chamamos “justo processo”; em sentido oposto, o positivismo criminológico, preocupado sobretudo com a defesa da sociedade contra o crime, sempre negou o valor dessa conquista liberal ou, pelo menos, sustentou sua exclusão nos casos de crime flagrante ou confissão e, ainda, em relação aos reincidentes, delinquentes profissionais, natos e loucos.

Os ataques mais contundentes contra a presunção de inocência foram formulados pelos adeptos da chamada Escola Técnico-Jurídica, que, com base em argumentos aparentemente técnicos, insurgiam-se contra o conteúdo político, em nome da concepção autoritária das relações entre o Estado e o indivíduo. Dentre eles, Manzini ressaltou ser o escopo do processo penal a verificação do fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto, pelo que, segundo a ordem natural das coisas, é presumível a procedência da acusação, e não o contrário; se se presume a inocência do acusado, não teria sentido processo ou submetê-lo à prisão preventiva.”⁸

Forja-se, por meio do constitucionalismo e da positivação de direitos fundamentais, uma resposta a esta disputa em consequência à história de lutas contra regimes autoritários presentes em diversas experiências que se estabeleceram de forma mais aguda em regimes nazi-fascistas, que levaram à II Guerra Mundial, e que se estenderam em outros tristes episódios, como o ‘apartheid’, o colonialismo imposto a nações afro-asiáticas e as ditaduras civis-militares na América Latina.

Produz-se, assim, uma síntese em prol da busca de ampliação da extensão e eficácia dos direitos fundamentais, calcada na consolidação de técnicas mais apropriadas para aplicação e interpretação desses direitos.

A atenção ao aspecto objetivo dos direitos fundamentais permitiu que, por meio da maior atenção à necessidade de realização de ações públicas e privadas para sua plena realização, fossem lançadas luzes ao seu conteúdo e aos seus efeitos para o ordenamento. Neste sentido, podemos citar o Professor Maurício Zanoide de Moraes:

No caminhar evolutivo das descobertas, reconhecimentos e positivações dos direitos fundamentais de sucessivas gerações, percebeu-se um enriquecimento da doutrina constitucional na busca de uma ampliação de conceitos e criação de perspectivas aptas a garantir (i) a melhor extensão e eficácia e (ii) uma técnica mais apropriada na aplicação e interpretação daqueles direitos. Verificado até que ponto essas conquistas e avanços podem servir para melhor compreensão da presunção de inocência, poder-se-á, ao depois, entender quais equívocos impedem sua melhor e maior efetividade e quando a intervenção estatal é legítima (restrição) ou ilegítima (violação)⁹

8 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. Op. Cit. p. 314-315.

9 Maurício Zanoide de MORAES. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 218.

Não se pode afastar a dimensão histórica representada pelo processo constituinte que deu origem à Carta Magna e à atual redação que traz a delimitação de conteúdo do princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento. Esse processo histórico também tem um forte conteúdo de comunhão social por superação de passado marcadamente autoritário que permeou a história do nosso país.

Nesse sentido, em acurada pesquisa a respeito da gênese do art. 5º, LVII, a partir das discussões da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, e dos debates e emendas apresentadas ao longo da Assembleia Nacional Constituinte, o professor Maurício Zanoide de Moraes:

Pode-se afirmar, pelo exposto, dentro do maior rigor que nos foi possível que a *mens legislatoris* formadora de nossa atual Constituição colocou, em seu inciso LVII do art. 5º, todo o conteúdo e força juspolítica da “presunção de inocência”. A *mens legislatoris* transforma-se inegavelmente, em *mens legis fundamentalis*. A Constituinte incorpora o princípio fundamental humanitário concebido após o período das trevas da Inquisição, revitalizado e revivificado como primado humano universal, pela comunidade internacional, na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948.¹⁰

Referido elemento histórico revela a intencionalidade da escolha política do Brasil por consagrar um Estado Democrático e Social de Direito que, por consequência, assume, no âmbito processual penal, feição protetiva do cidadão contra o arbítrio do Estado.

Mais uma vez lapidar a lição do professor Zanoide de Moraes:

Os direitos fundamentais, também em nível processual penal, não são apenas formas de conferir direitos ao indivíduo, mas, principalmente, o reconhecimento de que o homem, para ser cidadão na acepção política do termo, necessita de proteção contra o arbítrio estatal. Isto porque “também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso do poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiças. Asseguramento eficaz da liberdade e igualdade do particular torna, por conseguinte, mais além da configuração das ordens objetivas da democracia e do estado de direito, necessária a garantia de direitos subjetivos à liberdade e à igualdade.”¹¹

Disso se extraem três significados fundamentais associados ao conteúdo do Princípio de Presunção da Inocência.

10 Maurício Zanoide de MORAES. *Ob. Cit.*, p. 220

11 Maurício Zanoide de MORAES. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 234.

O primeiro diz respeito à garantia política, a partir da qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder de punir do Estado.¹²

O segundo significado revela a regra de tratamento, segundo a qual se assegura ao indivíduo um prévio estado de inocência, de modo a não permitir que o acusado ao longo do processo possa ser equiparado ao culpado. Como consequência, nenhuma restrição à liberdade pessoal do acusado pode ser imposta como forma antecipada de punição, devendo-se afastar hipóteses obrigatórias de prisão preventiva ou vedação normativa à liberdade provisória, ou ainda, as prisões processuais determinadas pela gravidade abstrata do delito.¹³

Já o terceiro significado diz respeito à regra probatória, da qual resulta que, no processo penal, a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado (acepção em que a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*¹⁴), assegurando-lhe, inclusive, o direito a não-incriminação, consubstanciada na proteção do direito ao silêncio, bem como a vedação de exigir-se sua cooperação para obtenção de provas incriminadoras (fornecimento de documentos, material gráfico, de sangue, etc.).¹⁵

Fixadas essas balizas, inescapável enfrentar a análise textual do art. 5º, LVII: **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**

Quanto ao destacado conceito de **trânsito em julgado**, não parece haver margem interpretativa que possa alterar seu real conteúdo, o conteúdo de apenas haver trânsito em julgado com o édito de decisão irrecorrível, em linha com as lições de Mortara:

O verdadeiro conceito que se deve aceitar e defender é este: ninguém pode ser tido por culpado enquanto não condenado por sentença irrevogável da liberdade de plena e completa defesa; não deve ser oprimido (angariado, submetido a vexames), torturado, submetido a tormentos morais, para se lhe extorquir a confissão;¹⁶

12 A este respeito: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 319. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 16.

13 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 330.

14 BADARÓ, op. cit., p. 17,

15 A respeito GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 326-327.

16 In Instituição de Processo Penal, Hélio Tornaghi, vol. 3, p. 189, apud Geraldo PRADO. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

Torna-se incontestável que, presente na Constituição norma que proíbe a presunção de culpa, nenhuma medida estatal deveria afetar a situação jurídica do acusado para torná-lo ou admiti-lo como culpado antes do marco do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Importante a advertência do professor Geraldo Prado:

“Cumpre advertir que a moderna preocupação dos juristas, especialmente esta sofrida na América Latina, volta a e meia invadida por ventos autoritários, está em delimitar ao máximo as restrições da liberdade do réu, antes do trânsito em julgado, prevendo-se um alargamento do direito à indenização, que abraçará até aquele que for enclausurado provisoriamente, sem que haja respeito aos pressupostos de cautela.

Do ponto de vista prático, argumentar com as vantagens da execução provisória, para elidir a natureza cautelar da prisão de que cuidamos, envolve duas considerações: **não se pode determinar a natureza jurídica do instituto com base no proveito que da conclusão se pretenda auferir, definindo-se pelo fim, até porque o que, em algumas situações, é positivo em outras certamente será negativo.**¹⁷

Não se pode admitir que, dada a relevância constitucional que se empresta ao princípio da presunção de inocência, seja ele afastado do âmbito dos direitos políticos, como se estes pudessem ser rebaixados, sem que com eles não se maculassem direitos do indivíduo nem de seus eleitores imbuídos da prerrogativa da livre escolha de seus representantes. Nesse sentido, o ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

“Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo pe-

17 apud Geraldo PRADO. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

nal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico –ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado”¹⁸

Se é certo que, a constituição estabeleceu como marco para a restrição aos direitos políticos a ‘condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’ (art. 15, II), não se pode conferir legitimidade aos textos normativos da ‘Lei da Ficha Limpa’ que estabelecem como marco para restrição ao direito de ser eleito a condenação por órgão judicial colegiado.

Referida inconstitucionalidade tanto se verifica pela análise tópica do texto que cria um marco mais flexível que o constitucional para restringir um direito fundamental, quanto no plano dos princípios da concordância prática e do efeito integrador da interpretação constitucional.

Como bem leciona Canotilho, o princípio da concordância prática, também conhecido como princípio da harmonização, impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Enquanto o princípio do efeito integrador assevera que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.¹⁹

Desse modo, se admitida a ponderação entre a preservação da probidade administrativa na busca por critérios de elegibilidade e seu assento constitucional, esta não pode suprimir a exigência do trânsito em julgado de condenação para que se opere restrição a direito político. A harmonização entre os textos do §9º, do art. 14²⁰ e art. 15, III²¹, da CF indica para a possibilidade de condenação transitada em julgado de conduta de improbidade administrativa ilidir o direito político, mas jamais pode suprimir direito fundamental ao trânsito em julgado, sob pena de criar situação tendente à desintegração política, uma vez que, como, inclusive se observa em relação ao caso

18 Em voto proferido na ADPF 144.

19 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pgs. 1224-1225.

20 Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **probidade administrativa**, a **moralidade** para exercício de mandato considerada 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.

21 É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de (...) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

do ex-presidente Lula, a restrição arbitrária do direito político (com fundamento em texto legal inconstitucional) provoca entre os seus eleitores absoluto sentimento de alijamento coletivo do processo político, visto compor relevante parcela do eleitorado, cerceada injustamente de seu direito de livre escolha.

Ainda que, por ocasião do julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI 4.578 o Supremo Tribunal Federal, tenha, em 2012, por maioria de votos declarado a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, entendemos que referido posicionamento precisa ser revisto, em homenagem ao Estado Democrático de Direito e à trajetória de posituação dos direitos e garantias fundamentais em nosso país.

DÉFICIT DEMOCRÁTICO, CRISE INSTITUCIONAL E A VONTADE POPULAR NO BRASIL: QUESTÕES ENDÊMICAS

Gabriela Shizue Soares de Araujo¹

CONTEXTUALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

As teorias do elitismo democrático, as quais pregavam que a “irracionalidade das massas” deveria ser controlada por meio da limitação da participação popular apenas à delegação de poderes, por meio do voto, a representantes dotados de racionalidade política, foram suficientes para a recomposição das democracias europeias ocidentais em um momento imediatamente posterior à queda dos regimes totalitários que abalaram aquele continente na primeira metade do século XX.

Entretanto, paradoxalmente, essa mesma “irracionalidade das massas” que levou os adeptos do elitismo democrático schumpeteriano a reduzirem a participação popular apenas às eleições, hoje, manifesta-se de forma desorganizada e descontrolada no mundo virtual: o advento das mídias sociais e da internet derrubou fronteiras e devolveu ao povo uma esfera de debate que lhe vinha sendo negada pelas instituições formais, possibilitando a troca instantânea de informações entre continentes, pelo simples toque de uma tela digital portátil, o que era inimaginável há um par de décadas.

Redes sociais, *smartphones*, e-mails, aplicativos de trocas de mensagens, são todos recursos que viabilizaram o surgimento de uma assembleia popular informal, anárquica e descentralizada, a qual, ao mesmo tempo em que deu ao cidadão comum a oportunidade de se manifestar publicamente sobre os mais variados assuntos, também produziu perigosos riscos à saúde democrática, já que suscetível à disseminação de desinformação (*fake news*, boatos), à manipulação indevida de pautas populares por grupos organizados (partidos, empresas, conglomerados econômicos), além da formação de nichos identitários ou “bolhas virtuais”.

1 Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com especialização em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos, pela Universidade de Pisa, Itália. Professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral na Escola Paulista de Direito, membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP. Advogada em São Paulo.

Sobre esse último aspecto, das “bolhas virtuais”, não há como pensar em um efeito mais antidemocrático desde o surgimento da internet. Ao mesmo passo em que a internet abre a possibilidade de debate e interação entre um maior número de pessoas, independentemente da distância geográfica ou da cultura, as redes sociais, por outro lado, são controladas por algoritmos que, além de serem comercializados para as correlações de forças econômicas e políticas, acabam por segregar seus usuários em grupos homogêneos, de acordo com ideologias, preferências, religiões e outras características-tipo.

Trata-se do mesmo método schmittiniano de homogeneização do discurso e de agrupamento identitário, que tanto embasou o regime nazista de Hitler, e que, com roupagens modernas, promove os temerosos “linchamentos virtuais” contra um “inimigo público” eleito, a depender dos interesses das correlações de forças dominantes.

Ora, Hannah Arendt² já alertava, desde meados do século passado, antes mesmo do advento da internet, que “onde não existe oportunidade de formar opiniões podem existir estados de ânimo – ânimo das massas, ânimo dos indivíduos, este tão volúvel e inconfiável quanto aquele -, mas não opinião”.

Como efeito direto desse fenômeno, é possível citar as manifestações de junho de 2013: inicialmente mobilizadas pela internet para protestar contra o aumento da tarifa de ônibus em São Paulo, tais manifestações tomaram proporções incontornáveis, unindo diversos grupos, pessoas e segmentos desorganizados, cujo único ponto comum era um descontentamento geral com o Estado e com as políticas públicas como um todo. É como se as vozes que protestavam no fórum aberto da internet, de repente tivessem descoberto as ruas.

A partir de então, o país foi entrando em um clima de bipolarização crescente e boa parte das pautas das manifestações de junho foram desvirtuadas a serviço de grupos neofascistas que até então eram inexpressivos no Brasil. A aversão contra a política e “contra tudo que está aí” virou a mola propulsora para se angariar seguidores.

Quando se desvirtuou o sentido original da democracia – governo do povo para o povo -, burocratizando-se e terceirizando-se demasiadamente o exercício do poder, e negando-se a viabilização de espaços para participação popular e debate público organizados, deu-se vazão justamente àquilo que mais se temia: a exacerbação dos conflitos no lugar do consenso e o ânimo das massas controlado por correlações de forças minoritárias.

É necessário, portanto, que se resgate a esfera pública de debate institucional outrora subjugada, de modo que se canalize e se promova a convivência democrática, consubstanciada na tomada de decisões consensuadas por todos e construídas sob os primados da igualdade e da liberdade, admitidos os pluralismos e a diversidade dos partícipes, antes que grupos antidemocráticos se aproveitem desse vácuo. A educação para a democracia somente será realmente adquirida por meio de sua prática.

2 ARENDT, Hannah. “Sobre a Revolução” 1ª Ed. São Paulo: Cia das Letras, 2011. p. 336.

Nesse sentido, há que se admitir que vem da “democracia direta” da Antiguidade grega a construção de todo o princípio democrático que ainda hoje é vislumbrado como o ideal: aquele em que os cidadãos se reuniam em praça pública para deliberar diretamente sobre todos os assuntos de interesse comum e entrar em um consenso sobre os rumos da *pólis*. E se, em razão de sua extensão geográfica e populacional, o Estado moderno foi obrigado a substituir a democracia direta dos gregos pelo modelo representativo, o que funcionou bem por séculos, nos países ocidentais capitalistas europeus, que o consolidaram, por outro lado, esses mesmos países já perceberam hoje que a democracia puramente representativa é demasiado lenta para a era tecnológica do século XXI.

A maioria dos países com cultura democrática consolidada já não conseguem mais aplicar a democracia representativa tradicional, sem alterná-la com instrumentos de participação direta: o que significa que se recorre frequentemente a plebiscitos e referendos ou outras vias de consulta popular, vez que, nesses países, os mandatos dos representantes eleitos são imperativos, isto é, admite-se o controle social dos mandatos, com a previsão até de sua revogação por voto popular.

Sob esse contexto, é possível dizer que o Brasil enfrenta dificuldades estruturais que explicam, em parte, a crise institucional que atravessamos: mais do que a adoção consciente de teorias elitistas que influenciaram as democracias europeias do século passado, o Estado brasileiro sofre, de fato, é pela ausência de uma cultura democrática consolidada e pela tradição de práticas oligárquicas que conformaram as correlações de poder desde a sua fundação, as quais tendem a afastar o máximo possível a participação popular dos assuntos estatais.

A CRISE NAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

A Constituição Federal em vigor foi promulgada em 1988, após duas décadas de ditadura militar (1964-1985), período em que as liberdades e garantias individuais mais básicas ficaram suspensas e opositores ao regime eram violentamente reprimidos com torturas, prisões e execuções sumárias³ patrocinadas pelo próprio aparato estatal⁴.

3 Sob esse contexto, em 15/03/2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou o Estado brasileiro culpado pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil durante o regime ditatorial militar que vigeu de 1964 a 1985. (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)

4 Um memorando da CIA, agência de inteligência norte-americana, datado de 1974, e publicado em 2015 pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, revela que a política de execuções sumárias de inimigos do regime militar era uma prática ordenada pela cúpula do governo brasileiro. (https://brasil.ele-pais.com/brasil/2018/05/10/politica/1525976675_975787.html e <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2/d99>)

Mesmo antes do golpe de Estado militar, deflagrado em 1964, não há como se afirmar que houvesse democracia propriamente dita no Brasil republicano, posto que o exercício do sufrágio, quando ocorria, era limitado majoritariamente aos homens brancos das elites oligárquicas e os candidatos que não pertencessem aos grupos dominantes eram tolhidos da disputa, pelos mais diversos subterfúgios⁵.

Portanto, é possível afirmar, sem exageros, que o regime democrático em sua acepção ampla e real apenas foi adotado no país com a atual Constituição, o que significa que somente foi apresentado ao povo brasileiro como opção de conformação político-social já nas décadas finais do século XX.

Ainda assim, apesar de ter sido pródigo na previsão de proteção de direitos civis, políticos e sociais, o fato é que o legislador constituinte não conseguiu estruturar de forma adequada o sistema político-eleitoral brasileiro, tanto no que se refere à concretização dos poucos instrumentos de participação popular que se quis instituir, como na estruturação dos poderes estatais e dos desenhos institucionais da separação de poderes, tendo optado, em muitas ocasiões, pela importação⁶ mal ajambrada de institutos alienígenas completamente estranhos à nossa tradição, sem qualquer preocupação em adaptá-los à realidade brasileira.

Destarte, no que se refere aos instrumentos de participação popular, a letra da Constituição reduziu-se a uma mera carta de intenções, uma vez que, na prática, ao povo ficou relegado somente o exercício do voto em eleições periódicas. Situação que, aliada à inexistência de formas alternativas de controle social e *accountability* dos mandatos, acabou por delegar aos representantes escolhidos quase que um salvo-conduto para as tomadas de decisões políticas, sem qualquer compromisso de prestação de contas àquele em nome de quem, em tese, tais representantes deveriam conduzir suas ações: o povo brasileiro.

Como consequência disso, desde a promulgação da atual Constituição Federal, realizou-se apenas um plebiscito e um referendo, não se aprovou nenhum projeto de lei formalmente de iniciativa popular⁷, houve 99 (noventa e nove) emendas à

5 Expressões como “voto de cabresto”, “política do café com leite”, “comissão de degola” e “coronelismo” marcam a história política do período republicano anterior a 1988.

6 Bruce Ackerman, em sua clássica obra “A Nova Separação de Poderes”, faz uma crítica contundente e acertada à exportação do modelo de separação de poderes norte-americano para outros países do mundo. O presidencialismo de coalizão e a forma de composição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, com mandatos vitalícios, além do estranho modelo misto de controle de constitucionalidade, são exemplos de equívocos cometidos pelo constituinte brasileiro nesse sentido.

7 Há quatro projetos de lei que, doutrinariamente, até poderiam ser considerados de iniciativa popular, em razão da mobilização social que se deu em torno deles, mas não o foram em termos procedimentais-constitucionais, posto que deflagrados formalmente por outros legitimados para sua propositura. Apesar do amplo apoio popular, não se conseguiu superar os óbices burocráticos e formais para sua viabilização sem que tais projetos fossem “adotados” por parlamentares, para que só então se convertessem nas seguintes leis: Lei n.8930/94 (Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez); Lei n.9840/99 (captação de sufrágio); Lei n.11124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular); Lei Complementar n.135/2010 (Ficha Limpa).

Constituição, sem qualquer consulta ou debate público precedentes, e dois impeachments presidenciais – o mais recente em 2016.

Afora o desuso dos mecanismos de participação popular previstos na Constituição, outras inúmeras idiosincrasias do desenho institucional brasileiro vêm contribuindo com a crise democrática em que submerge o país, sendo possível citar, dentre elas, mas de forma não exaustiva: o presidencialismo de coalizão, o sistema eleitoral proporcional em lista aberta para preenchimento de vagas no Legislativo, a hiperfragmentação partidária⁸, a ausência de democracia na forma de composição dos tribunais superiores, os mandatos vitalícios de ministros nomeados para esses mesmos tribunais, o controle misto de constitucionalidade, a concentração da mídia de massa em restritos grupos familiares e econômicos, e a ausência de controles externos efetivos dos poderes estatais.

Tais fissuras no desenho institucional político-eleitoral brasileiro começaram a ameaçar até mesmo a única alternativa de participação popular que havia restado ao povo: a livre escolha, mediante eleições periódicas, de representantes que irão exercer, em seu nome, a função de decidir os rumos do Estado, seja pela criação de leis (poder Legislativo), seja pela sua execução (poder Executivo).

Nesse sentido, um exemplo sintomático foi o recente processo de *impeachment* que destituiu a então presidente Dilma Rousseff, em 2016, a qual, mesmo com mais de 54 milhões de votos legitimamente recebidos nas urnas nas eleições presidenciais de 2014, não conseguiu maioria no parlamento para sustentar seu projeto de governo - focado na inclusão social -, paradoxalmente, numa verdadeira dissonância entre a vontade popular que a elegeu e as vontades dos representantes eleitos para compor o

De fato, os requisitos constitucionais para a deflagração de um projeto de lei de iniciativa popular são praticamente inalcançáveis em uma sociedade sem cultura de associação cívica: exige-se, para a produção de lei em âmbito federal, a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos que 0,3% dos eleitores de cada um deles (artigo 61, parágrafo 2°).

8 Considerando-se que, nos tempos de ditadura militar, somente dois partidos políticos eram oficialmente reconhecidos pelo governo - a ARENA e o MDB, o partido da oposição controlada e vigiada -, há que se reconhecer o pluripartidarismo como uma conquista democrática. Todavia, a alta fragmentação partidária existente hoje leva o país ao outro extremo e se torna prejudicial ao sistema político e à própria democracia.

A atual legislatura conta com 28 (vinte e oito) partidos políticos com representação no Congresso Nacional, de um total de 35 (trinta e cinco) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na maioria das vezes formados não em torno de programas definidos, mas em função de interesses pessoais ou de um jogo de poder que se distancia abissalmente dos interesses do povo que deveriam em tese representar.

Trata-se de uma fórmula explosiva quando combinada com o presidencialismo de coalizão brasileiro, o qual vincula a governabilidade de qualquer Chefe do Executivo à composição dos interesses - nem sempre apenas políticos - que se fragmentam nessa multiplicidade de partidos políticos e que, não raro, se ramificam ainda mais em correntes e subdivisões partidárias ou até mesmo nas figuras pessoais dos parlamentares.

Legislativo, que a depuseram, mesmo sem qualquer motivação de natureza criminal ou de improbidade administrativa que a desabonasse⁹.

Independentemente de preferências políticas, o dia em que o *impeachment* foi deliberado e autorizado pela Câmara dos Deputados, em votação aberta e com cobertura ao vivo dos principais veículos de comunicação de massa, o povo brasileiro entrou em uma catarse coletiva, ao assistir a maioria dos 513 (quinhentos e treze) deputados federais justificarem seus votos em nome de suas próprias famílias, de sua religião ou dos mais variados motivos particulares, mas todos completamente alheios ao processo político-jurídico em si ou ao interesse do povo que deveriam representar.

Em contraposição, nos tempos atuais, esses mesmos deputados que usurparam, injustificadamente e levemente, mais de 54 milhões de votos do povo brasileiro, é que estão sustentando e apoiando o mandato do presidente interino Michel Temer, o qual, contando com os maiores índices de rejeição popular da história republicana¹⁰, ao contrário da ex-presidente que ajudou a depor¹¹, está envolvido em sérias implicações criminais¹².

Note-se que não se trata mais apenas de se negar a eventual participação popular fora do modelo representativo, mas de uma ruptura democrática consistente na usurpação da própria vontade popular: primeiro com a invalidação dos votos que consubstanciaram a maioria eleitoral nas Eleições de 2014 e agora, quatro anos depois, com a ameaça de se negar o direito de escolha, o direito de voto, à maioria da população brasileira.

Se, por um lado, o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff causou uma grande fissura no desenvolvimento democrático do país, quando colocou em descrédito o único recurso de participação política que o cidadão comum, até então, confiava como inderrogável e absoluto: o voto, expressão máxima da soberania da vontade popular; por outro lado, como se pode perceber pela leitura de absolutamente todas as pesquisas de intenções de voto realizadas no primeiro semestre de 2018, para as eleições presidenciais pós-impeachment, existe um movimento de retomada do povo brasileiro daquele projeto de país que havia vencido nas urnas em 2014, ou seja, a

9 Tanto é assim, que os direitos políticos de Dilma Rousseff não foram cassados e hoje ela é apta a se candidatar para qualquer eleição.

10 Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/com-82-de-rejeicao-temer-se-torna-presidente-mais-impopular-da-historia/>. Acesso em 28/07/2018.

11 Seguindo uma agenda exatamente oposta àquela com a qual teoricamente havia ascendido como vice de Dilma, - ao encampar iniciativas de retirada de direitos sociais e investir em políticas de austeridade -, o presidente Michel Temer parece representar, na vida real, o personagem Frank Underwood, da notória websérie americana “House of Cards”, aparentemente cumprindo com os acordos, concessões e trocas de favores exigidos pelo nosso presidencialismo de coalizão multipartidário e extremamente corrompível, o qual foi inspirado exatamente no modelo norte-americano já em declínio e denunciado na referida websérie fictícia.

12 Disponível em : <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/03/02/incluido-em-mais-um-inquerito-temer-nao-pode-ser-denunciado-neste-ano-por-jantar-entenda.htm> Acesso em 28/07/2018.

vontade popular não reconheceu como legítimo o “golpe” parlamentar e espera reconquistar, novamente nas urnas, o seu poder soberano de decidir os rumos do país, com a perspectiva de escolha do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, filiado ao mesmo partido político e antecessor da ex-presidente Dilma Rousseff.

No entanto, a violação ao princípio da presunção de inocência, que atingiu o ex-presidente Lula na esfera penal, também ameaça afetá-lo em âmbito eleitoral: uma lei infraconstitucional, validada pelo Supremo Tribunal Federal, prevê condições de inelegibilidade para os candidatos que tiverem condenações criminais proferidas por órgãos colegiados, mesmo que na pendência de recursos.

Contrariando os pactos internacionais de direitos individuais e políticos dos quais o Brasil é signatário e as decisões mais recentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, houve inclusive declarações antecipadas de ministro do Tribunal Superior Eleitoral contrárias ao registro da candidatura do presidente que a maioria do povo brasileiro quer eleger nas urnas, pelo menos conforme apontam as pesquisas eleitorais.

Trata-se de mais um sintoma – se não o mais grave – da falha institucional do nosso desenho de separação de poderes. O *déficit* democrático e o consequente enfraquecimento do Poder Legislativo deram vazão a um super-empoderamento autoritário do Poder Judiciário, o qual, de mero órgão técnico, aplicador e intérprete das leis postas aos casos concretos, em um ativismo judicial descontrolado, tomou para si o poder de legislar (fatiando e alterando completamente os dispositivos legais criados pelo Legislativo) e até mesmo de governar (exigindo, coibindo e interferindo em políticas públicas próprias do Executivo).

A judicialização da política inverte o modelo democrático e de representação, esvaziando completamente os poderes do povo para as mãos de burocratas seletamente alçados a cargos vitalícios da magistratura, na sua maciça maioria emergentes de uma elite privilegiada, detentora exclusiva do acesso às melhores universidades e aos cursos preparatórios para os limitados concursos públicos realizados nesse país de tradição oligárquica e patrimonialista.

Essa resistência histórica à democracia, arraigada em nossa cultura oligárquica, que desde sempre resistiu à ampliação de partícipes nas tomadas de decisões estatais, restringindo-as a uma elite branca hereditária, exerce grande influência nas restrições que agora se tenta impingir à candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

ASPECTOS ANTIDEMOCRÁTICOS DA “LEI DA FICHA LIMPA”

Não habituado com o princípio democrático ou republicano, o país já sofreu uma sequência de suspensões democráticas, usualmente em ocasiões em que se pretendeu ampliar o fórum de decisão, especialmente com a inclusão das classes populares. Não é à toa que o golpe militar deflagrado em 1964, e que perdeu por 21 (vinte e um) anos, culminou com a ascensão à presidência de João Goulart, que, para os padrões

brasileiros da época, e não de agora, seria demasiadamente identificado com as massas e com os anseios dos reformismos trabalhistas.

Ao lado do ex-presidente João Goulart (Jango), quedava-se a maioria do povo brasileiro, os trabalhadores, os excluídos das esferas de poder estatais, porém desorganizados. Ao lado dos militares golpistas, posicionavam-se ruidosamente setores das elites dominantes, incomodados em dividir seus privilégios, porém mais organizados, principalmente, pelo apoio da mídia concentrada que, desde então, pertencia às mesmas restritas famílias que manipulam a informação hoje no país.

Baseados em discursos moralistas e conservadores contra o “avanço do comunismo”, “cidadãos de bem” saíram às ruas, no que chamaram de “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, ironicamente reivindicando o golpe militar que lhes suprimiria todas as suas liberdades. Pois bem. Alguma semelhança com 2016, não é mera coincidência.

Nesse recente período de ditadura militar (1964-1985), apesar de não existir eleições livres ou democracia - com a perseguição e cassação de partidos e parlamentares, e até mesmo o fechamento do Congresso Nacional, entre outras medidas autoritárias -, foi outorgada uma Constituição, em 1969, por um triunvirato militar, com a intenção de se manter alguma aparência de legalidade.

A Constituição outorgada de 1969, em seu artigo 151¹³, previa a criação de lei complementar para esmiuçar casos de inelegibilidade, ou seja, hipóteses de inviabilização do direito de candidatura dos cidadãos, com base em critérios valorativos como a probidade administrativa, a moralidade e a vida pregressa do candidato. Dessa previsão constitucional, adveio a Lei Complementar nº 05, de 1970¹⁴, que trazia em seu bojo uma extensa lista de causas de inelegibilidade¹⁵, ou seja, de hipóteses em que seria

13 “Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato”.

(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antes/1988/emc01-69.htm . Acesso em 30 de julho de 2018).

14 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm . Acesso em 30 de julho de 2018.

15 Dentre as inúmeras hipóteses de inelegibilidade instituídas pela lei produzida no governo militar (LC nº 05/1970), saltavam aos olhos aquelas justificadas por (i) atos de “subversão”, (ii) atos de improbidade, inclusive na administração particular, (iii) ou ainda no recebimento de denúncia do Ministério Público! É o que se verifica nos excertos abaixo transcritos:

“Art. 1º. São inelegíveis:

I - Para qualquer cargo eletivo:

(...)

h) os que, direta ou indireta, tenham sido condenados à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judicial transitada em julgado

negado ao cidadão brasileiro o exercício de sua capacidade eleitoral passiva e, portanto, o pleno gozo de sua liberdade política.

Como não poderia deixar de ser, sob o contexto histórico-político da época, em que liberdades civis e políticas eram completamente controladas por um aparelho estatal armado, violento e repressor, as limitações à participação política e ao direito de ser candidato tinham como base aspectos subjetivos e abertos à influência e manutenção do poder ditatorial dominante, que então contava também com a cumplicidade do Judiciário na exclusão institucional e manipulável dos atores que poderiam participar do jogo político – mesmo que frágil – do período.

Duas décadas depois, derrotada a ditadura, e com a redemocratização do país, o Poder Constituinte originário, traumatizado com os subterfúgios moralistas e valorativos utilizados pelos militares para justificar as recorrentes violações às liberdades políticas e aos direitos fundamentais do povo brasileiro, optou por dar redação diferente ao dispositivo constitucional (art. 14, §9º) que trataria das hipóteses de inelegibilidades.

É o que se verifica do texto original (sem emendas) da Constituição Federal de 1988:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, *a fim de proteger 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”. (*destaques meus*)

Note-se que, na redação original do artigo 14, §9º, da Constituição Cidadã de 1988, foram excluídos os termos abstratos e valorativos, como “moralidade” e “vida progressa”, que constavam na Constituição anterior, vigente sob o regime ditatorial militar.

Todavia, lamentavelmente, não houve muito tempo para celebração às liberdades civis e políticas recém-conquistadas. Logo, o regime democrático brasileiro se viu novamente ameaçado.

Em 1992, sob graves denúncias de corrupção (das quais foi absolvido anos depois pelo Supremo Tribunal Federal), que geraram uma midiática e estrondosa comoção

(...)

n) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;”.

nacional, mais uma vez com passeatas de rua apoiadas pelos veículos da mídia de massa, o primeiro presidente eleito pelo voto popular no pós-ditadura, Fernando Collor de Mello, foi deposto no meio de seu mandato, em um escandaloso processo de *impeachment*, o que causou abalos irreparáveis na tão recentemente iniciada construção da cultura política democrática do cidadão brasileiro, expondo suas fragilidades e abrindo espaço para o retorno das velhas práticas autoritárias do regime anterior¹⁶.

A mobilização da opinião pública em torno do mote de combate à corrupção, durante o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, deu vazão ao retorno de discursos de “moralização da política” e de aversão à política, historicamente usados no Brasil como instrumento para a supressão de direitos fundamentais e para o fortalecimento das correlações de forças político-econômicas dominantes.

E foi ainda sob o efeito rebote desse clima de involução democrática que se deu a alteração do §9º do artigo 14¹⁷ da Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994¹⁸, *in verbis*:

“Art. 14. (...)

9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de **proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada 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”.

Como se depreende da leitura da nova redação do dispositivo constitucional acima, os valores subjetivos da “probidade”, “moralidade” e “vida pregressa” foram buscados lá atrás, no texto da Constituição de 1969, outorgada por um triunvirato militar, e trazidos para a Constituição democrática de 1988, pelas mãos do legislador constituinte reformador, abrindo-se com isso a porteira para restrições demasiadamente ampliadas dos direitos políticos do povo brasileiro.

Contudo, naquele momento da revisão constitucional que incluiu referidos elementos moralistas ao §9º do artigo 14, estava em vigor a Lei Complementar nº 64/1990, lei essa que não continha em seu texto violações a outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como os princípios da presunção de inocência e do devido

16 As mesmas práticas autoritárias praticadas hoje, 26 (vinte e seis) anos depois, e que se perpetram contra os direitos fundamentais do povo brasileiro, repaginadas pelo enfraquecimento democrático ocasionado pelo da ex-presidente Dilma Rousseff, por muitos considerado um golpe parlamentar.

17 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 30 de junho de 2018.

18 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ocr4.htm, acesso em 30 de junho de 2018.

processo legal, tal qual acontecia com a lei vigente no período ditatorial, embora ainda enumerasse uma lista demasiadamente extensa de hipóteses de inelegibilidades, já bastante destoantes das limitações ao direito de candidatura aceitáveis no direito comparado.

Foi somente após um escândalo midiático envolvendo denúncias de compra de votos parlamentares, conhecido no Brasil como “Mensalão” (Ação Penal 470), que a Lei Complementar nº 64/1990 sofreu severas alterações, reaproximando-se do regramento normativo contido na Lei Complementar nº 5/1970, a lei de inelegibilidades de ditadura, com a promulgação, em 2010, da Lei Complementar nº 135, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

Com amplo apoio popular e midiático, e insuflada pelos mesmos propósitos moralistas que precederam o golpe militar de 1964 e a alteração do §9º do artigo 14 da Constituição Federal, a mencionada “Lei da Ficha Limpa” reproduziu limitações arbitrárias à capacidade eleitoral passiva e violadoras de direitos políticos fundamentais, muito semelhantes às vigentes no período ditatorial, e que se pensava então superadas pela conquista democrática. Não é exagero dizer que a base ou inspiração da Lei Complementar nº 135/2010 está na Lei Complementar nº 05/1970 – um retrocesso de 40 (quarenta) anos!

Afinal, os dispositivos que permitiram que fossem retirados do jogo eleitoral os candidatos meramente condenados por órgãos colegiados, mesmo com recursos pendentes, não encontram qualquer paralelo nos ordenamentos jurídicos dos regimes democráticos ocidentais mais avançados, em nível internacional. Pelo menos não em pleno século XXI! Até mesmo porque, além da ofensa frontal ao direito fundamental da presunção de inocência, petrificado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, tais restrições à elegibilidade violam também os artigos 8.2. e 23.2, entre outros, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, além de precedentes das Cortes internacionais de direitos humanos.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal, sob forte pressão midiática e da opinião pública momentânea, em 2012, houve por bem declarar a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”¹⁹ (ADI 4.578/DF), no episódio que vai ficar marcado como a primeira vez, mas não a última, em que a garantia da presunção de inocência foi flexibilizada no país, em razão da completa falência do Supremo Tribunal Federal em exercer sua função contramajoritária na defesa dos direitos fundamentais e em resistência às pressões externas.

Ora, para se negar o direito político subjetivo de um determinado cidadão se candidatar a um mandato público, o que reflexamente restringe também o exercício do direito de sufrágio de toda a coletividade, é preciso que pelo menos exista a certeza

19 Notícia institucional disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628 Acesso em: 30 de junho de 2018.

jurídica da causa de inelegibilidade que ensejaria a retirada desse cidadão das opções de escolha pelo voto popular.

No entanto, um dos argumentos utilizados pelos defensores da constitucionalidade da referida lei, no que se refere à ofensa à presunção de não culpabilidade, seria de que a fórmula inscrita no art. 26-C da Lei Complementar nº 64/90, incluído pela LC nº 135/10²⁰, poderia sanar eventuais abusos, já que a decisão última pela inelegibilidade ficaria por conta de uma reapreciação da matéria pela Justiça Eleitoral²¹.

Em verdade, quer-se autorizar a inversão do postulado da presunção de inocência, retirando-se um cidadão do escrutínio da vontade popular, com base em decisões proferidas por órgãos colegiados, ao mesmo tempo em que se quer delegar a um juízo (subjetivo) do Poder Judiciário a suspensão dos efeitos da lei de inelegibilidades, de acordo com cada caso concreto. É a institucionalização da usurpação da vontade popular pelo poder burocrático da Justiça Eleitoral!

Pela lógica da inconstitucional “Lei da Ficha Limpa”, dois candidatos na mesma situação, com decisões proferidas por órgãos colegiados, podem obter decisões judiciais diferentes para afastar a incidência das hipóteses de inelegibilidade, ou, pior, aquele candidato mais abastado, com recursos para pagar honorários advocatícios, terá mais chances de viabilizar sua candidatura do que um candidato oriundo da classe popular. Ou, ainda, se o Poder Judiciário estiver contaminado pelo ativismo e pelas influências externas da “voz das ruas”, como um ministro do Supremo Tribunal Federal já ousou admitir publicamente, possibilita-se a deliberada perseguição a um determinado candidato, em razão de sua ideologia, partido político, ou até mesmo de sua representatividade popular.

A depender de decisões concretas da justiça eleitoral, é possível alterar-se todo o jogo eleitoral, a correlação das forças políticas envolvidas em determinado pleito e o próprio resultado das eleições, com base em uma restrição legal que sequer se remete a situações definitivas, mas, pelo contrário, trata de estados de coisas provisórios que, caso venham a ser alterados, já terão violado irreparavelmente dois direitos fundamentais: o direito subjetivo de um determinado cidadão candidatar-se e o direito dos eleitores incluírem aquele determinado cidadão dentro de suas opções de escolha.

20 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em 30 de junho de 2018.

21 “Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”

O DIREITO DE SER VOTADO NO MUNDO

Enquanto as normas supranacionais reconhecem que os direitos políticos têm *status* de direitos humanos protegidos globalmente e que a soberania da vontade popular deve ser quase que irrestrita, a legislação infraconstitucional brasileira, em flagrante desrespeito à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelece um extenso rol de impedimentos à capacidade eleitoral passiva, inclusive de natureza cível, eleitoral e administrativa, o que não é permitido pelo artigo 23.2²² da Convenção, o qual admite a restrição aos direitos de votar e ser votado, exclusivamente, e, portanto, excepcionalmente, apenas e tão-somente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal

No que se refere às condenações em processo penal, em uma interpretação sistemática da Convenção Americana de Direitos Humanos, já há precedentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) que autorizam dizer que é preciso que se atente ao princípio da presunção de inocência antes que se admita qualquer restrição a direitos políticos.

No recente julgamento do caso de Gustavo Petro Urrego²³, ex-prefeito de Bogotá, que teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução de natureza “disciplinar” emitida pela Procuradora-Geral da Nação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu, em outubro de 2017, por afastar as inelegibilidades criadas por autoridades administrativas, e recomendou, ainda, ao Estado colombiano, que respeitasse o trânsito em julgado de sentença penal condenatória antes de restringir a capacidade eleitoral passiva de seus cidadãos²⁴.

22 Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta 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,

23 Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/coad1742-13es.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2018.

24 “A decisão da Comissão afasta as inelegibilidades criadas por autoridades administrativas, mas também, de roldão, exige para o afastamento da capacidade eleitoral passiva a condenação criminal transitada em julgado, impedindo-se os efeitos daquilo que é provisório como a condenação por colegiado em segunda instância por ato de improbidade ou mesmo condenação criminal, importando em censura severa a outros artigos da Lei da Ficha Limpa, tudo a beneficiar, por exemplo, candidato condenados sem o respectivo trânsito em julgado. Gustavo Petro Urrego se perfila como um dos pré-candidatos à presidência da Colômbia com maior intenção de voto e pode chegar à presidência nas próximas eleições de maio de 2018. A perseguição política contra Gustavo Petro Urrego pareceu evidente para a Comissão Interameri-

Em outro julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), ocorrido em 1º de setembro de 2011²⁵, analisou-se o caso *López Mendoza vs. Venezuela*²⁶, que discutia se seria cabível aos Estados-partes a imposição de novas restrições à capacidade eleitoral passiva, que não aquelas previstas no artigo 23.2 da Convenção Americana.

No julgamento, a CorteIDH reconheceu que “as sanções de inabilitação” (o que no Brasil equivaleriam às condições de inelegibilidade) impostas ao Senhor Leopoldo López Mendoza²⁷, o qual, na ocasião, pretendia candidatar-se a prefeito de Caracas, implicavam claras restrições de natureza sancionatória ao direito de ser votado, um dos direitos políticos protegidos pelo artigo 23.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como, no entender da Corte, toda limitação imposta por via de sanção somente pode se fundar em uma condenação criminal transitada em julgado (23.2), a Venezuela estaria infringindo, portanto, os artigos 8.1, 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana.

Em uma interpretação sistemática da Convenção Americana de Direitos Humanos, que considera o devido processo legal e a presunção de inocência como garantias extensivas às liberdades políticas, inclusive no exercício do direito subjetivo de candidatura, deve-se levar em consideração, também, entre outros, o artigo 8.2., que garante que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”, e o artigo 27, que proíbe a suspensão de direitos políticos nos Estados signatários do pacto, inclusive em caso de guerra, não se permitindo tampouco a suspensão das garantias que protegem tais direitos.

Em frontal dissonância com os precedentes da CorteIDH e com o que dispõe a Convenção, porém, o Supremo Tribunal Federal, ao abrir precedente para flexibilizar a presunção de inocência no que se refere ao direito de candidatura, recorreu, dentre

cana e para os juízes que estão julgando suas alegadas irregularidades fiscais- tipicamente administrativas, sendo que um tribunal regional afastou várias dessas sanções inabilitantes de sua elegibilidade”. (FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino e ORTIZ, Julio. . Revista Consultor Jurídico, 02 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades#author> Acesso em 30 de junho de 2018).

25 Disponível em http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf Acesso em 28 de junho de 2018.

26 BASTOS JR., Luiz Magno Pinto e SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Revista Direito GV, São Paulo, v. 11(1), p. 223-256, jan-jun 2015.

27 Tratam-se de dispositivos limitadores de direitos políticos muito semelhantes àqueles imputados pela Lei de Inelegibilidades brasileiras. Entretanto, tanto o Supremo Tribunal Federal como a justiça venezuelana, impulsionados por uma onda punitivista anticorrupção da opinião pública, apressaram-se em reconceituar a noção de sanção de inelegibilidade, que no Brasil assumiu o aspecto de “causa de inelegibilidade”, e em relativizar a grave restrição imposta à democracia, sob o pretexto de que um candidato inelegível continuaria em pleno exercício dos demais direitos políticos e, portanto, não haveria que se falar em sanção/restrrição de natureza política. Uma construção interpretativa forçada e incompatível com o princípio democrático que não se sustentou na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

os principais argumentos dos votos dos ministros vencedores, ao entendimento de que as restrições prévias à elegibilidade não se revestiriam de caráter sancionatório.

Ora, como não entender que as “causas de inelegibilidade” existentes na legislação brasileira nada mais são do que sanções restritivas de direitos políticos?

Difícil se torna é não entender que a controversa declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, pelo Supremo Tribunal Federal, não tenha se tratado, em verdade, de um malabarismo hermenêutico construído atipicamente para atender à sanha moralista da opinião pública do momento, na restrição e violação infralegal a direitos fundamentais, em tese, petrificados na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão de sua recente e conturbada trajetória democrática, com dois *impeachment* presidenciais no curto período de trinta anos, noventa e nove emendas constitucionais procedidas deliberadamente sem qualquer consulta popular, e como consequência de fissuras institucionais na organização dos poderes e de seus controles, o Brasil parece ainda se debater para cumprir com um fundamento democrático básico, que é o sufrágio universal e o respeito às regras do jogo eleitoral.

Mais do que um desrespeito à presunção de inocência, quase que todo o conjunto de restrições legais a direitos políticos no Brasil²⁸ redundava em gravíssimas violações à segurança jurídica da soberania popular e à própria subsistência da ordem democrática. E essa característica é uma herança da nossa tradição oligárquica e colonialista que, durante séculos, reservou a participação na política, tanto no direito de votar, como no direito de ser votado, ao homem branco emergente de elites minoritárias.

Em um regime não democrático, muitas vezes a cassação da capacidade eleitoral passiva é mais deletéria do que a restrição ao sufrágio. Afinal, a liberdade política não pode se realizar se não houver liberdade de escolha em sua acepção ampla: do que vale ao cidadão o direito de voto, se as opções que lhe são dadas não lhe representam?

É impossível que os pluralismos da sociedade e suas diversas idiossincrasias sejam representados democraticamente na formação da vontade popular para tomada de decisões em determinado Estado, se não for dada ao povo a opção de escolha livre de seus representantes dentre um rol igualmente plural e diverso de candidatos.

Portanto, a restrição ao direito de ser votado deve ser imposta em caráter excepcionalíssimo, e, segundo o artigo 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, apenas por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução e incapacidade civil ou mental. A única restrição ao direito de ser votado que se poderia

28 Uma vez que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, desde a promulgação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, conclui-se que as restrições a direitos políticos somente seriam permitidas, em nível nacional, se expressamente previstas no artigo 23.2. da Convenção, sendo obrigação do Poder Judiciário promover o adequado controle de convencionalidade, o que, infelizmente, não ocorre.

impor em caráter sancionatório, segundo a convenção, seria em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Sob esse aspecto, no cenário político eleitoral de 2018, o ex-presidente Lula pode – e deve – ser candidato, como expressão da liberdade política de todo o povo brasileiro, para escolhê-lo, ou não, mediante o único instrumento que ainda se lhe é concedido como meio de participação na política: o voto.

Restará, porém, ao Poder Judiciário, o papel de reestabelecer a credibilidade das instituições democráticas, já tão abaladas desde o último processo de *impeachment* pelo qual o país atravessou. E, para tanto, basta que se obedeça simplesmente à Constituição Federal e aos princípios democráticos que a fundaram, nem é preciso recorrer à mais avançada seara internacional.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 1º, parágrafo único: TODO O PODER EMANA DO POVO, QUE O EXERCE POR MEIO DE REPRESENTANTES ELEITOS OU DIRETAMENTE, NOS TERMOS DESTA CONSTITUIÇÃO.

LULA CANDIDATO: A LEI É PARA TODOS?

José Francisco Siqueira Neto¹

Nem a pessoa mais desligada e desinformada do País desconhece que LULA tem altíssima possibilidade de ser eleito mais uma vez Presidente da República Federativa do Brasil se participar do pleito eleitoral de 2018.

Essa possibilidade nem mesmo seus adversários negam. Pelo contrário, é justamente por isso que estamos nesse ambiente político extremamente danoso à democracia, provocado pela combinação explosiva de políticos fisiológicos instrumentalizados e ameaçados por uma mídia manipuladora, auxiliada por milionário sistema de difusão de mensagens estimuladoras do ódio nas redes sociais e parte do sistema de justiça que abandonou a imparcialidade em prol de uma atuação seletiva, ostensivamente ideológica e arbitrária.

A partir de uma operação de investigação sobre corrupção em contratos de engenharia pesada da Petrobrás, derivamos para um processo de desestabilização política e institucional permanente, fragilização da Petrobras, extermínio das Construtoras investigadas, Impeachment sem crime de responsabilidade da Presidenta eleita, aprofundamento da crise econômica, condenação sem provas e prisão de LULA.

Depois de quatro anos, não cabe mais qualquer dúvida sobre a influência das investigações na política e na economia do País. A esta altura, a mencionada operação não conta mais com a ampla aprovação social que desfrutou no passado - é bem provável que nem prepondere mais a aprovação - e são frequentes as críticas da comunidade jurídica - da política e da econômica também, mas de forma mais discreta - sobre a condução dos trabalhos por parte dos Investigadores, Procuradores e Magistrados. Espetacularização, abuso nas prisões temporárias, preventivas e nas conduções coercitivas, desvirtuamento das delações premiadas e seletividade nas acusações são os óbices mais destacados para demonstrar o desvio indevido das investigações.

Após um longo percurso acusatório com vastíssima repercussão midiática, finalmente LULA, residente e domiciliado na cidade de São Bernardo do Campo, Estado de

1 Advogado, Mestre (PUC-SP) e Doutor (USP) em Direito, Professor Titular de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu.

São Paulo, foi acusado pelo Ministério Público Federal - com referência em uma notícia do Jornal O Globo - de ser proprietário de um apartamento TRIPLEX, na cidade de Guarujá, Estado de São Paulo. A propriedade seria decorrência de favorecimentos à Construtora proprietária do Imóvel, junto a Petrobrás, razão pela qual a competência para julgar o caso seria da 13ª Vara Federal de Curitiba, Estado do Paraná.

Deste modo, morador de São Bernardo do Campo, acusado de ser o proprietário de imóvel situado no Guarujá, foi processado na Capital do Estado do Paraná. A justificativa, repita-se, seria a atuação do acusado junto à Petrobras em favor da Construtora proprietária “*formal*” do Imóvel do Guarujá.

Acontece que, coletadas as provas, prestados depoimentos e ouvidas as testemunhas, a acusação NÃO provou a propriedade de LULA, e tampouco qualquer ato seu em favor da Construtora. Mesmo assim a autoridade judicial considerou o Réu culpado, condenando-o. Provocado pela Defesa em recurso próprio sobre a obscuridade e a contradição da sentença em relação à não comprovação da relação do objeto do processo com a Petrobras, a autoridade judicial confirmou que NUNCA vislumbrou alguma ligação direta do objeto do processo com os recursos advindos da Petrobras.

Ou seja, a ligação com a Petrobras, que justificaria a competência da 13ª Vara de Curitiba, foi expressamente negada pelo Juiz do processo.

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) manteve a condenação de primeira instância e ampliou a pena. Por força desta decisão - questionada além do mérito, em função da rapidez da movimentação processual interna acima da média do tribunal e da preferência de pauta em relação à ordem cronológica dos processos -, configurou-se em relação a LULA a circunstância da condenação em segunda instância, que poderia ensejar sua inelegibilidade.

Como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal (STF), em tempo compatível com a movimentação processual do processo de LULA, mudou entendimento consolidado para admitir a execução de pena após condenação em segunda instância. Esse entendimento possibilitou a prisão de LULA após a decisão do TRF-4, não obstante a maioria do STF no momento da sua prisão estar novamente contrária à execução -automática, ao menos - da pena após a condenação em segunda instância.

Em que pese esse reposicionamento, por obra de uma escolha duvidosa da Presidente do STF, foi inserido na pauta de julgamento o Habeas Corpus Preventivo de LULA em detrimento do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade que buscam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal². Graças a esse malabarismo - denunciado por três Ministros da Corte-, por se tratar de um julgamento particular (HC) e não da tese (ADCs), o voto de desempate,

2 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011.

em nome de um princípio de colegialidade estapafúrdio - ressalva de entendimento contrário para submissão a posicionamento anterior do colegiado em julgamento colegiado(!?!)- possibilitou a manutenção da prisão de LULA.

Como é juridicamente muito difícil - para não dizer impossível - impedir o registro da candidatura de LULA, por força da legislação nacional e até mesmo de tratados internacionais que o Brasil é signatário, a LULA deveriam ser facultados atos de campanha, inclusive para fins de tratamento igualitário em relação aos seus concorrentes. Nada lhe é deferido, e os acontecimentos do interminável domingo do dia 8 de julho de 2018, quando o juiz de primeira instância, o relator perante o TRF-4, o Presidente do Tribunal, agentes da Polícia Federal e o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública atuaram fortemente para frustrar decisão do juiz plantonista que concedeu liberdade a LULA - que a rigor poderia ser revogada a qualquer momento - para que pudesse exercer atos de campanha confirmam, sem sombra de dúvidas, que LULA recebe de parte do Poder Judiciário “*atenção especial*” e nenhuma imparcialidade.

Isso, para não falar do noticiado na imprensa sobre suposta operação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para julgar rapidamente o indeferimento da candidatura LULA, ou o tempo mais adequado de inserir na pauta do STF o julgamento das ADCs - após o segundo turno das eleições presidenciais -, ou ainda supostos “*comentários em off*” de Ministros do STF que teriam mencionado que o melhor seria LULA ficar preso até o final de 2018 para “*decantar*” os efeitos do inesquecível 8 de julho de 2018.

O mais curioso em toda essa caminhada, é que as questões jurídicas controversas no processo e na candidatura LULA são muito simples. Elementares mesmo. Competência processual, prova de acusação, comprovação de propriedade imobiliária, atos de ofício, recebimento de vantagens, julgamento conforme denúncia são assuntos cuja observação, constatação e compreensão não é difícil até mesmo para estagiários em fase intermediária de aprendizado.

Por isso, não causará espanto no futuro a reforma das decisões até aqui proferidas, seja por aspectos processuais, seja em relação ao mérito. É plausível a reversão em favor de LULA.

A situação jurídica só ganha contornos de complexidade quando entra no continente da fábula. Nesse mundo tudo é possível: condenar sem provas, incriminar por ato de ofício indeterminado, fundamentar decisão em matéria de jornal, acelerar e retardar andamento processual conforme a conveniência, descumprir ordem judicial e sabe-se lá mais o quê viveremos até o final desse enredo de togas que tem alongado a crise política, econômica e institucional do país.

Ainda há tempo ao Poder Judiciário para reverter esse ambiente de insegurança jurídica e de verdadeiro Estado de Exceção. Não é crível que a maioria de seus integrantes não saibam ou não vislumbrem as consequências do solapamento das garantias constitucionais de LULA.

A condenação de LULA carrega o inconformismo de setores —minoritários— da sociedade brasileira com as últimas derrotas eleitorais e com o projeto de diminuição das desigualdades, oportunidades para todos e de desenvolvimento nacional. O discurso do combate à corrupção foi usado para fragilizar as forças vitoriosas na última eleição e criar o clima político e institucional favorável ao impeachment da Presidenta eleita³. Isso, inegavelmente, foi alimentado pelas investigações, delações, condenações, conduções coercitivas, prisões temporárias e preventivas. Não se pode dizer que foi proposital, do mesmo modo que não é possível negar esse resultado.

É certo não exigir de investigações e da atuação do sistema de justiça preservação de atores políticos, pessoas ou empresas. Mas, quando se verifica o desvirtuamento de funções, é dever de Estado interromper a disfunção.

Ainda há tempo e espaço para abreviar o caminho do entendimento nacional sem sacrificar o Estado Democrático de Direito.

Iniciamos o processo eleitoral adicionalmente tensionados pela discussão sobre a possibilidade jurídica de LULA ser candidato a Presidente da República, face à inelegibilidade decorrente de condenação proferida por órgão judicial colegiado e a possibilidade de sua suspensão previstas na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

O art. 2º da LC 135/2010 alterou o art. 1º da Lei Complementar n. 64 de 1990, para introduzir, dentre outros dispositivos, a alínea “e”, que considera inelegíveis aqueles que:

“e) forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes (...)”.

O ponto de equilíbrio, vem com o artigo 26-C da Lei da Ficha Limpa:

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

3 De acordo com um estudo da consultoria Tendências (<https://www.brasil247.com/pt/247/economia/259498/O-custo-do-impeachment-mais-pobres-at%C3%A9-2025.htm>), pelo menos 1 milhão de famílias voltarão às classes D e E entre 2016 e 2025, fazendo com que o Brasil tenha cerca de 41 milhões de pobres em 2025.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) em esferas específicas podem suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade de pretensão recursal. Em 2016, 145 (cento e quarenta e cinco) candidatos a prefeito estavam na mesma situação atual de LULA, e nenhum deles foi impedido de concorrer.

Pois bem, chegará em breve o momento das autoridades judiciais competentes mostrarem se a lei de fato é para todos, ou se é para todos menos LULA.

A CANDIDATURA DE LULA COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA

José Roberto Manesco¹

João Falcão Dias²

Os tempos que ora se processam no Brasil têm levado ao limite o estresse das instituições nacionais e os pressupostos do Estado democrático de direito. Se, de um lado, já se desanuvia o sentido simbólico que a História atribuirá ao contexto vigente, mormente no que diz respeito ao conjunto da obra alegorizada pela Operação Lava Jato, de outro lado as questões do aqui e agora brasileiro impõem a urgência de uma compreensão objetiva sobre a transcendência de fatos prestes a serem vividos.

Remete-se, especialmente, à conjuntura eleitoral e à discussão em torno da postulação presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva.

Como se sabe, Lula anunciou sua pré-candidatura ainda em 2016 e a manteve mesmo após seu encarceramento, em abril de 2018, decorrente de ação penal tramitada a jato no tribunal de exceção curitibano. Em tempo, o termo “tribunal de exceção” presta acato ao entendimento firmado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em representação movida em 2016 contra o juízo de primeiro grau, assim lavrado:

“Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”.

O fato é que a sentença proferida por Sérgio Moro e confirmada pelo colegiado de segunda instância supostamente estaria a afetar, de acordo com certa corrente de opinião, as condições de elegibilidade do ex-presidente Lula. Para que esse debate seja travado a salvo das paixões típicas da disputa política – aguçadas em períodos de grave polarização tal qual se vive –, é imperativo alçar como parâmetro de análise nada menos do que a Constituição da República, promulgada em 1988.

1 Advogado especialista em Direito Público, membro do Conselho Seccional da OAB/SP, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

2 Advogado em São Paulo, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

Afinal, malgrado o vilipêndio diuturno a que vem hodiernamente sendo exposta a Carta Magna, é certo se estar diante da norma que exerce supremacia na ordem jurídica brasileira, com caráter vinculativo a todos os atos, comandos e decisões estatais. Ou seja, tudo o que contrarie o conteúdo constitucional há de ser repellido da realidade pátria, sob a pena de se anunciar o perecimento do Estado democrático de direito – com todas as implicações que esse sentenciamento gera na luta social.

Muito embora seja nítida a indiferença de determinados atores institucionais face à Carta Cidadã, desprezando-se sua natureza eminentemente imperativa e a tomando como mero livro de sugestões, é preciso dimensionar o relevo que eventual desprestígio à ordem constitucional assumiria no caso em tela, isto é, a elegibilidade de um cidadão brasileiro. Daí, pois, seu aspecto transcendental.

Isso porque o pano de fundo desta discussão não é outro senão a primazia do sufrágio universal como instância proeminente na definição do futuro da nação. As eleições brasileiras são o grande *locus* de expressão dessa garantia, de modo que todo tipo de relativização sobre seu devido processo põe em risco a hegemonia da soberania popular e, por conseguinte, a legitimidade e a justiça do curso a ser trilhado pelo país sob o comando dos candidatos eleitos.

É ocioso ressaltar que a convivência com a supressão do império da vontade popular é típica de pensamentos autoritários e oligárquicos, aos quais a sociedade brasileira já demonstrou definitivo rechaço ao lutar pela democracia e criar os instrumentos de sua consolidação, na sombra de mais de duas décadas de um regime político violento, ilegítimo e consagrador de injustiças sociais.

É exatamente do compromisso com que as páginas dolorosas da ditadura sejam relegadas a um passado que nunca mais venha a ocupar espaço na vida nacional, pois, que se reverencia a Constituição Federal e se exige sua absoluta observância no processo eleitoral datado a se consumir no próximo mês de outubro.

Assim, sem embargo da dimensão que a figura de Luiz Inácio Lula da Silva representa na cena brasileira, urge que a discussão sobre sua elegibilidade não se deixe seduzir por aspectos outros que não sua qualidade de sujeito de direito. Em outras palavras, se Lula não está acima da lei, tampouco abaixo deve estar; e, se é verdade que todos são iguais perante o direito, qualquer ressalva dirigida ao ex-presidente se revelará expressão de selvageria contra a convivência democrática.

No tocante à elegibilidade, o texto constitucional dispôs de forma cristalina quais condições o sujeito deve preencher a fim de poder disputar cargos públicos. De acordo com seu art. 14, §3º, trata-se de (i) nacionalidade brasileira; (ii) pleno exercício dos direitos políticos; (iii) alistamento eleitoral; (iv) domicílio eleitoral na circunscrição; (v) filiação partidária; e (vi) idade mínima variável conforme o cargo pretendido.

Em uma análise singela, considerando a premissa de que os direitos garantidos pela Constituição não são suprimíveis por norma infraconstitucional – e, em se tratando de direitos fundamentais tal qual o direito eleitoral, não podem ser reduzidos nem mesmo via emenda –, da leitura do dispositivo acima decorre que são

inelegíveis somente os não nacionais; aqueles cujos direitos políticos estejam suspensos; quem não tenha se alistado regularmente ou se domicilie externamente à circunscrição do cargo; quem não seja filiado a partido político; e os que não completaram a idade mínima.

Trocando em miúdos, se qualquer cidadão brasileiro reunir as referidas condições de elegibilidade e não incorrer nas circunstâncias secundárias previstas pela própria Carta – como não desincompatibilização, parentesco ou atividade militar –, sua habilitação para postulações eleitorais consistirá em imperativo constitucional, em face do qual é ineficaz, por patente inconstitucionalidade, qualquer orientação diversa.

O caso do ex-presidente é solucionado, assim, da simples e ortodoxa subsunção dos fatos à norma. Lula é brasileiro nato; goza da plenitude de seus direitos políticos; possui alistamento eleitoral regular; domicilia-se no município de São Bernardo do Campo, no território nacional; é filiado, desde 1980, ao Partido dos Trabalhadores; e, no próximo 27 de outubro – curiosamente, na véspera da data designada para o segundo turno das eleições –, completará 73 anos de idade.

Antes que, por descuido, alguém suscite controvérsia sobre os direitos políticos exercidos pelo ex-presidente em vista de seu encarceramento, vale recordar que a mesma Constituição, no art. 15, restringe as possibilidades de perda ou suspensão desses direitos a: (i) cancelamento da naturalização por sentença passada em julgado; (ii) incapacidade civil absoluta; (iii) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (iv) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; e (v) condenação em ação de improbidade administrativa.

Com efeito, Lula é brasileiro sobre cuja nacionalidade não há qualquer questão; é civilmente capaz; não possui condenação definitiva na esfera penal nem em ação de improbidade; tampouco incide na recusa de cumprir obrigação.

Significa concluir que, caso o cânone empregado for a Constituição da República, nada obsta a inscrição de Lula como candidato à Presidência do Brasil nestas eleições. Caso se enverede por outra hermenêutica, a opção terá sido manifestamente pelo atropelo do Estado de direito, sobretudo diante da transparente diretiva constitucional.

Muito se diz, é verdade, sobre supostas interdições que a legislação teria estabelecido posteriormente a 1988 e que afetariam a situação vertente – notadamente a batizada “Lei da Ficha Limpa”, Lei Complementar n. 135/2010. De acordo com esse diploma, por exemplo, estaria temporariamente inelegível aquele que sofresse condenação proferida por órgão colegiado acerca de crime elencado na mesma norma.

Lula foi condenado por crime previsto no referido rol pelo tribunal de exceção da 13ª vara federal de Curitiba em 12 de julho de 2017. Interpôs recurso, o qual foi desprovido pela 8ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 24 de janeiro de 2018. Há quem argumente, dessa forma, que o ex-presidente incidiria em hipótese de inelegibilidade e, assim, supostamente estaria impedido de concorrer nestas eleições.

Ocorre que, como se esclareceu, a carta de direitos insculpida na Constituição Federal não admite ser retalhada por legislação infraconstitucional, tal qual o aludido diploma complementar. Na realidade, todos e quaisquer direitos instituídos por norma da Carta Magna somente podem ser restringidos, relativizados ou condicionados à luz da própria Carta Magna – seja por força de outro dispositivo constitucional, seja por legislação infraconstitucional expressamente autorizada pela Constituição.

Não é isso o que se observa, porém, no caso em estudo. Se o art. 14, §9º, prevê que legislação complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, é certo que estas não podem contrariar a própria diretriz constitucional.

É o que se nota quanto à vedação à postulação de quem haja sido condenado penalmente por “órgão colegiado”. Sem necessitar adentrar em debate mais profundo acerca da presunção da inocência e do direito ao devido processo, é evidente que os próprios dispositivos sobre elegibilidade já rechaçam tal interdição. A uma, o art. 14, §3º, remonta ao exercício dos direitos políticos; a duas, o art. 15 expressamente modula os efeitos da sentença condenatória com base no seu trânsito em julgado.

A decisão que condenou Lula não apenas não passou em julgado como é objeto de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A antecipação da produção de seus efeitos ofende gravemente o ordenamento constitucional, principalmente quando o que se está em questão é não apenas o direito de um indivíduo postular um cargo político – sua capacidade eleitoral passiva –, mas, sobretudo, o direito de um povo escolher quem deve presidir seu país.

Este é, enfim, nosso busílis: o debate sobre a interdição da candidatura presidencial de um cidadão brasileiro que goze integralmente de seus direitos políticos não se exaure em uma análise estrita sobre suas condições de elegibilidade, mas incide sobre a titularidade de quem decide o futuro da nação. Dito de outro modo, não se trata de mero assunto atinente ao direito eleitoral, e sim de matéria determinante na afirmação da soberania popular.

Ora, cuida-se do fundamento elementar em que se estabelece a República brasileira com o regime político inaugurado pela Carta de 1988. Não por outro motivo senão sua preponderância absoluta sobre a ordem jurídica pátria, o texto constitucional se inicia com a seguinte redação:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A soberania exercida pelo povo, como já aduzido, expressa-se especialmente no sufrágio universal. Dessa maneira, qualquer pretensão tendente a afastar a população de votar no candidato de sua preferência configuraria flagrante atentado contra o ordenamento, alvejando-se o coração do Estado democrático.

Sob a perspectiva da situação em comento, em se assentindo que a incapacidade eleitoral passiva de um pretendente à chefia do Estado possa restar consolidada ante a simples decisão de um órgão colegiado, a subversão da principiologia constitucional seria total: estar-se-ia a delegar a três cidadãos investidos de autoridade judicial um poder superior àquele exercido pelo conjunto da população por meio do voto.

Não existe paralelo com a incapacidade eleitoral arbitrada a quem vê seus direitos políticos suspensos por força de sentença transitada em julgado. Ainda que se possa discutir a justeza dessa previsão, aqui se está diante de norma certamente respaldada pela sistemática constitucional, uma vez que conformada aos pressupostos do devido processo.

O ideal incorporado pela Carta Cidadã, ao firmar a presunção da inocência e assegurar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visa a proteger o cidadão contra eventuais decisões injustas proferidas por membros do Poder Judiciário. Desse modo, uma vez condenado por juízo singular, qualquer indivíduo pode requerer reexame do caso pelo colegiado de segundo grau; e, entendendo que tal revisão mantém-se injusta por ofender o ordenamento, pode recorrer às instâncias superiores. Apenas quando estas proferirem decisão que não seja mais recorrível, a condição jurídica do sujeito será efetivamente modificada.

Uma vez constituída coisa julgada, pressupõe-se que aquela condenação é irreversível e que o indivíduo já esgotou o direito de provar sua inocência. Do ponto de vista jurídico, desaparece a possibilidade de sua culpa ser afastada – ou seja, ele deixa de ser acusado e se torna culpado perante o direito.

A antecipação dos efeitos da condenação criminal para após a decisão proferida em segunda instância, mais do que desprever de qualquer amparo constitucional, consiste em verdadeira excrescência que só pode ser explicada por uma vocação autoritária firmemente desautorizada pela ordem democrática.

Sua consequência evidente é produzir cenários irreversíveis diante de decisões que podem vir a ser reformadas pelo próprio Poder Judiciário. No caso trazido a debate, uma pessoa estaria impedida de concorrer a cargo eleitoral – e, logo, o conjunto da população estaria impedido de votar nela – por força de situação provisória, qual seja um juízo condenatório que pode se dissolver com o julgamento do terceiro grau jurisdicional, assegurado o contraditório, a ampla defesa e a possibilidade de convencimento dos magistrados.

Observe-se: se as consequências são irreversíveis e irreparáveis, como o Estado poderia reagir em se constatando que aquela condenação que impedira o sujeito de se

candidatar era, na verdade, injusta? Quem se lesou, aqui, não foi apenas o indivíduo, mas toda a população que, a despeito de sua vontade, não pôde elegê-lo.

E há mais: ao se conceder tamanha autoridade a uma decisão colegiada, cria-se temerário artifício à disposição de forças políticas afeitas a substituir o sufrágio universal por outros mecanismos menos legítimos, com o fim de fazer prevalecer seus interesses à revelia do que isso signifique para a maioria do povo.

Exercitando-se a imaginação, por exemplo, seria o hipotético caso de um líder popular altamente representativo e aspirante a se tornar presidente de seu país vir a ser condenado criminalmente sem provas, por um juízo parcial e de exceção, e, dali a não mais que seis meses, um colegiado igualmente parcial e de exceção confirmar essa sentença condenatória. Como cenário de fundo, uma imprensa também parcial aplaudiria o ocorrido e engajaria parte da opinião pública, inibindo o rápido restabelecimento da justiça ao hipotético líder popular em alusão.

Em um país cuja História é marcada por golpes, casuísmos e arbitrariedades, sempre em prol de interesses poderosos e muito fortemente organizados nas estruturas estatais – inclusive e especialmente judiciárias –, a hipótese ilustrada acima bem poderia se materializar. Tais interesses lograriam afastar da disputa pela Presidência da República nomes indesejados, maiormente se estes forem favoritos à vitória eleitoral.

Não é demais lembrar que o Brasil é privilegiado por deter em seu território importantes reservas minerais, metálicas, florestais, aquíferas etc., as quais em geral pertencem à União por força de imposição constitucional. Sabidamente, muitos interesses, inclusive estrangeiros, movem-se em torno da sucessão presidencial e buscam diferentes caminhos a fim de influenciar o resultado das urnas.

Nesse sentido, o olhar sobre a soberania merece ser sobrelevado ao se discutir o caso concreto trazido à reflexão. Conjecturas dramáticas ao povo e ao interesse nacional, tal qual a desenhada acima por exercício da criatividade, poderiam ser facilitadas a partir do precedente inaugurado pela inabilitação do ex-presidente Lula no processo eleitoral que se avizinha.

Deveras, a situação ora vivida por Lula impõe, à luz da Constituição, o pronto deferimento de sua inscrição eleitoral – ademais, como se importaria a qualquer pré-candidato nas mesmas condições.

Lula move recursos perante as Cortes superiores em face de graves controvérsias e nulidades apontadas na sentença que o condenou, não apenas quanto ao mérito reservado ao convencimento dos juízes como também às preliminares processuais. A plausibilidade de suas alegações recursais é muito relevante, como corroboram respeitáveis opiniões do circuito jurídico nacional e internacional de diferentes colorações políticas e ideológicas.

Apenas para fins exemplificativos, cite-se, além da falta de provas a configurar prática delituosa dolosa, a ofensa ao princípio do juiz natural. Com efeito, Lula foi acusado de ter recebido vantagens indevidas de uma empresa privada em troca de

supostos favores decorrentes de sua função pública. Como o próprio Sérgio Moro admitiu em uma de suas decisões, tais vantagens não se vinculariam a contratos da Petrobrás – cujas denúncias de ilegalidades se tornaram objeto das ações penais propostas na esteira da Operação Lava Jato e distribuídas à 13ª vara da Justiça Federal paranaense.

Por assim ser, questiona-se: se Lula é domiciliado em São Bernardo do Campo, no Estado de São Paulo; se a aludida empresa possui sede no Estado da Bahia; se os alegados favores foram prestados na cidade do Guarujá; e se o caso não guarda conexão com os contratos da Petrobrás; o que fundamentaria a distribuição da denúncia à 13ª vara federal curitibana? Na medida em que a ordem jurídica brasileira não prevê a figura da jurisdição universal a nenhum juízo, é de se concordar que a matéria ensejará uma profícua discussão por parte dos Tribunais superiores, na análise dos recursos que ali já tramitam e que em algum momento deverão ser pautados.

O que se pretende, aqui, é demonstrar que a mera existência da plausibilidade das razões recursais de Lula são bastantes a endossar a urgência de ser deferida sua candidatura. Isso porque, se sua condenação pela segunda instância é reversível, uma eventual interdição a seu direito de ser candidato seria completamente irreparável pela simples irretroatividade do tempo.

Mas não é só. A inabilitação de Lula macularia gravemente o devido processo eleitoral que se consumará em outubro de 2018. Ou seja: o exercício do sufrágio universal seria brutalmente tolhido e parte da população brasileira seria impedida de escolher aquele candidato em quem ela deposita sua esperança.

A definição dos rumos de toda uma nação e o desenho de seu futuro restariam prejudicados por obra de um entendimento sobremaneira estreito acerca da soberania popular e demasiadamente obscurantista quanto à hierarquia de princípios, diretivas e normas constitucionais.

A sociedade brasileira vive um impasse gerado, entre outros fatores, por uma institucionalidade combalida especialmente após o processo que depôs uma presidenta eleita sem que se verificasse sua prática de qualquer crime de responsabilidade. Em seu lugar, empossou-se uma figura desprovida de legitimidade que passou a implementar uma agenda política substancialmente adversa daquela sufragada pela população nas últimas eleições presidenciais.

É certo que o aprofundamento desse cenário de crise provoca o acirramento de paixões que muitas vezes desembocam na violência política e na sementeação de uma cultura odienta extremamente nociva à convivência fraterna.

O exclusivo remédio para esse drama é o restabelecimento da autoridade política democrática, sendo o povo convocado a eleger seu presidente e este, gozando de legitimidade, capacitado a pregar e comandar a união nacional.

O caso concreto ora tratado possui íntima relação com esses desdobramentos, eis que a inconstitucional inviabilização da postulação de Lula deslegitimaria sensivelmente o processo eleitoral. E isso, vale dizer, independe do resultado das urnas: o que

se reclama não é a vitória deste ou daquele nome, mas sim a possibilidade de que tal escolha seja reservada única e exclusivamente ao povo, oportunizando-se a si decidir entre todas as candidaturas apresentadas.

A fragmentação da legitimidade do processo eleitoral significa a hostilidade contra as bases do Estado democrático de direito, dando-se azo a um contexto de anomia que inviabiliza qualquer progresso civilizatório. Como se demonstrou, a habilitação da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva assume imperatividade constitucional na afirmação da soberania popular, sendo dever de todos os democratas lutar por sua materialização.

CRISE DA DEMOCRACIA E VIOLAÇÃO À DIMENSÃO PASSIVA DOS DIREITOS POLÍTICOS NO IMPEDIMENTO DA CANDIDATURA EM FUNÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA

Julio Cesar de Oliveira Vellozo¹
Marcio Ortiz Meinberg²

DO ESAZIAMENTO DA DEMOCRACIA

O ocaso da cultura política nascida com Revolução Francesa tem sido um dos temas mais importantes das ciências sociais nos últimos anos³. Estas abordagens acontecem por diversos ângulos: estudos sobre o estabelecimento de um estado de exceção permanente⁴, noções sobre o ocaso da política e/ou de sua substituição pela técnica⁵, ideias como a de que estamos vivendo um momento de pós-democracia ou de enfraquecimento desta⁶, dentre uma variedade bastante ampla de formulações.

Por mais que os estudos sobre este fenômeno sejam muito diversos, há uma ideia comum que os perpassa: vivemos uma crise (ou mesmo um ocaso) da política e, como consequência, da democracia e da Constituição. O mundo aberto pelo surgimento de

-
- 1 Mestre pelo Instituto de Estudos Brasileiros (IEB/USP), Doutor em História Social FFLCH/USP. Pós-doutorando na Faculdade de Direito da USP. É professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da pós-graduação stricto sensu da FADISP. Foi membro titular do Conselho Técnico Científico (CTC) da CAPES.
 - 2 Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em São Paulo.
 - 3 KOSELECK, Reinhart. *Crítica e Crise. A patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 14. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2011, pp. 39, 40.
 - 4 AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.
 - 5 Aqui as referências são múltiplas, mas poderíamos citar DARDOT, Pierre, LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*. Ensaios sobre a sociedade neoliberal, 1ª edição – São Paulo: Boitempo, 2016.
 - 6 DARDOT, Pierre, LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*. Ensaios sobre a sociedade neoliberal, São Paulo: Boitempo, 2016. CASARA, Rubens. *O Estado pós-democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. MOUFE, Chantal. *Sobre o político*. Ebook Kindle. Posição 54

uma vida pública marcada por elementos como os sindicatos, as cidades, as grandes manifestações sociais, a profusão de impressos, os parlamentos como lugares em torno dos quais se estabelecia uma vivência política rica, os partidos políticos, outras formas de associativismo, vai sendo substituído por uma nova realidade, na qual imperam a solidão, o individualismo, a concorrência, relações sociais empobrecidas e marcadas por uma precariedade crescente⁷.

Em boa parte dos estudos em questão, ressaltam-se os poderes políticos exercidos pelas grandes corporações transnacionais, especialmente aquelas ligadas ao mercado financeiro⁸. As eleições são cada vez mais irrelevantes, já que a gestão concreta dos nichos mais importantes do poder, marcadamente os relacionados à economia, são realizadas de acordo com verdadeiros dogmas ultraliberais, insensíveis a qualquer possibilidade de mudança. Os operadores deste poder das corporações, incrustados nos governos nacionais, operam baseados em uma *técnica*, que não é vista como subordinada à filosofia ou à política, mas como algo superior, na medida em que é inquestionável e dotada de autonomia/independência. Se a política é o campo das escolhas e a técnica é o lugar do procedimento único, enxergam-se logo as implicações deste processo para o esvaziamento das funções precípuas do processo eletivo.

Benjamin Constant, invocado nos dias de hoje por liberais cada vez menos ciosos da defesa dos direitos individuais, sustentou, no início do século XIX, que a liberdade no mundo moderno era fruída essencialmente no espaço privado, ficando a atividade política *stricto sensu* reservada para representantes⁹. A tese de Constant, funcional a um tempo que queria impedir a ascensão das massas à cena política iniciada pela grande Revolução, operou como uma das fortes correntes de opinião do período. No entanto, apesar dessas resistências, a vida deu razão a outros pensadores que notaram que uma sociedade urbana e industrial levaria, inevitavelmente, a uma democracia mais ampla. Estamos vivendo justamente o ocaso dessa abertura que Constant buscava evitar e que foi conseguida em função de lutas que atravessaram todo o século XIX e boa parte do XX.

7 SENNET, Richard. *O declínio do homem público*. As tiranias da intimidade. Tradução Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

8 RANCIERE, Jacques. *Ainda se pode falar em democracia?*. E-book Kindle. Posição 67. DARDOT, Eugene; LAVAL, Pierre. *La pesadilla que no se acaba nunca: El neoliberalismo contra la democracia*. Ebook Kindle, posição 64. VAROUFAKIS, Yanis. *E os fracos sofrem o que devem?* Os bastidores da crise europeia. São Paulo: Autonomia Literária, 2017. DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo*. A nova arquitetura do poder: dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

9 CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos*. Tradução Emerson Garcia, São Paulo: Atlas, 2003. A ideia de uma liberdade negativa, que era oposta à republicana, fruída fundamentalmente no espaço público, se encontra formulada muito antes de Constant e com contornos muito próximos ao que ela ganharia no século XIX, na obra de Thomas Hobbes. Cf. HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução Modesto Florenzano, São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

O sol também está se pondo no mundo criado pelo constitucionalismo moderno, inaugurado pelas Revoluções Atlânticas da virada do século XVIII para o XIX. Luigi Ferrajoli tem alertado para o crescimento de “poderes selvagens”, muitas vezes sobre a forma de maiorias ocasionais e voláteis que se mobilizam contra as mínimas garantias individuais estabelecidas pelo constitucionalismo¹⁰. Estes poderes destrutivos são invocados em nome de ideias genéricas como a moralidade ou a segurança. A noção permanente de que existe um *outro* preparado para atacar a sua cultura, seus costumes, seus bens, sua religião ou sua vida é transformada em verdadeira histeria coletiva. Seu resultado é em um clamor por soluções sumárias e violentas, em geral baseadas no exercício da vingança. Daí a ascensão da xenofobia e do racismo, que resultam em fenômenos como a crise com os imigrantes na Europa, a violência policial e o encarceramento em massa no Brasil e nos Estados Unidos¹¹, para ficarmos em poucos exemplos.

Este processo estrutural, fruto de um novo momento da dominância do capital, tem se desdobrado em nosso país nos últimos anos. O judiciário transformou-se no mais importante ponto de apoio deste processo de esvaziamento da democracia, de substituição da política pela técnica e do direito pela moral. Uma aliança entre uma tecnoburocracia descomprometida com os interesses nacionais e a mídia hegemônica tem invocado por aqui estes poderes selvagens. O resultado é a destruição de elementos basilares do Estado de direito e de princípios estabelecidos desde o iluminismo penal.

Vivemos o ascenso de um punitivismo radical, que penaliza de forma violenta os mais pobres e é um dos esteios decisivos do racismo estrutural existente em nossa sociedade; a destruição da presunção da inocência, do princípio do juiz natural, da proporcionalidade entre delito e pena, da separação entre as atividades de acusar e julgar, entre outras bases mínimas das garantias individuais. Isso é acompanhado pelo amaldiçoamento de toda a atividade política, vista como impura e imoral, em contraposição à atividade (supostamente) técnica, enxergada como neutra e portadora de uma missão quase religiosa.

É só nesses marcos que pode ser compreendida a Lei da Ficha Limpa¹² que, mesmo tendo sido motivada pelo justo sentimento do combate à corrupção, pode levar a uma das mais graves ameaças ao estado democrático de direito: a proscricção dos direitos políticos passivos de uma série de cidadãos, a começar pelo líder das pesquisas do pleito que se aproxima.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

11 ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

12 A Lei da Ficha Limpa é a Lei Complementar nº 135/2010, que promoveu diversas alterações na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990). Sua origem foi em um projeto de iniciativa popular, cujas assinaturas foram arrecadadas sob a justificativa de que tal medida seria importante para combater a corrupção eleitoral.

DA DIMENSÃO PASSIVA DOS DIREITOS POLÍTICOS (ELEGIBILIDADE)

Sob o ponto de vista jurídico, a democracia se manifesta em diversos aspectos, seja pelos Direitos Fundamentais que garantem ao povo liberdade de manifestação, expressão, consciência, entre outras, seja pela possibilidade de se exercer os direitos políticos pelo seu mecanismo mais consagrado: o sufrágio universal. Diante disso, hoje é evidente que qualquer medida que busque restringir, limitar ou dificultar o exercício do voto é fundamentalmente antidemocrática.

Acontece que a eleição não é um processo individual, mas uma relação que presuppõe ao menos dois elementos: um sujeito ativo (o eleitor) e um sujeito passivo (o candidato). A ausência de qualquer um destes sujeitos impossibilita a realização da eleição. E é exatamente a partir disso que são realizados os ataques à democracia nestes tempos de esvaziamento da política. Da mesma forma que uma restrição ao direito de voto é considerada uma ação antidemocrática, também são antidemocráticas as restrições ao objeto deste voto (o candidato), que em última instância configura uma restrição indireta ao voto¹³.

Esta preocupação com a defesa da Democracia em suas diversas instâncias não foi ignorada pela Constituição Federal de 1988, de modo que um capítulo específico foi estabelecido para garantir e proteger os Direitos Políticos, tanto em sua dimensão ativa (exercício do direito de voto), quando em sua dimensão passiva (protegendo as candidaturas).

DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À DIMENSÃO PASSIVA DOS DIREITOS POLÍTICOS (INELEGIBILIDADES)

O Título II, Capítulo VI, da Constituição Federal, “Dos Direitos Políticos”, prevê as condições para o exercício do voto (CF, art. 14, §§1º e 2º), as condições de elegibilidade (CF, art. 14, §§3º, 5º, 6º e 8º), os fundamentos gerais das inelegibilidades (CF, art. 14, §§4º, 7º e 9º) e as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15), entre outras questões.

Com relação à dimensão passiva dos Direitos Políticos, a Constituição instituiu que a *regra geral é o direito fundamental de participação política por meio de candidatura*, ainda que tenha previsto algumas *exceções pontuais que impedem a elegibilidade*.

Se a regra geral é o direito amplo à candidatura, as inelegibilidades somente podem ser compreendidas como exceções exaustivas e taxativas. Isso quer dizer que **não é possível o estabelecimento de qualquer outra forma de inelegibilidade que não**

13 Por exemplo, tão antidemocrático quanto estabelecer um limite censitário para o exercício do voto, é estabelecer um critério censitário como critério de elegibilidade. No primeiro caso, somente as classes abastadas podem votar, enquanto no segundo somente as classes abastadas podem assumir os cargos eletivos. Uma limita diretamente o exercício do voto, a outra limita indiretamente.

se enquadre em alguma das situações previstas expressamente na Constituição¹⁴. Se a Constituição não classificou expressamente uma situação como inelegibilidade (exceção), deve ser aplicada a regra geral, preservando o direito fundamental de participação política (candidatura).

Apesar da lista taxativa e exaustiva das hipóteses de inelegibilidades, a Constituição Federal atribuiu ao legislador a possibilidade de desenvolver uma destas hipóteses, por meio de seu Artigo 14, Parágrafo 9º, da Constituição Federal:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada 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.

(grifo nosso)

14 As 14 hipóteses de inelegibilidade previstas na Constituição Federal são as seguintes:

I - Inelegibilidade dos que não possuem nacionalidade brasileira: para qualquer cargo (CF, art. 14, §3º, I);

II - Inelegibilidade dos que não estão em pleno exercício dos direitos políticos: para qualquer cargo (CF, art. 14, §3º, II);

III - Inelegibilidade dos que não realizaram o alistamento eleitoral: para qualquer cargo (CF, art. 14, §3º, III);

IV - Inelegibilidade dos que não têm domicílio eleitoral na circunscrição: para qualquer cargo fora de sua circunscrição eleitoral (CF, art. 14, §3º, IV);

V - Inelegibilidade dos que não tem filiação partidária: para qualquer cargo (CF, art. 14, §3º, V);

VI - Inelegibilidade dos que não tem a idade mínima exigida para o cargo específico: para o cargo específico (CF, art. 14, §3º, VI);

VII - Inelegibilidade dos inalistáveis: para qualquer cargo (CF, art. 14, §4º);

VIII - Inelegibilidade dos analfabetos: para qualquer cargo (CF, art. 14, §4º);

IX - Inelegibilidade dos chefes do Poder Executivo já reeleitos: para o mesmo cargo (CF, art. 14, §5º);

X - Inelegibilidade dos chefes do Poder Executivo que não renunciaram aos seus mandatos em até 6 meses antes da eleição: para outros cargos (CF, art. 14, §6º);

XI - Inelegibilidade dos cônjuges e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, dos chefes do Poder Executivo: para qualquer cargo no território de jurisdição do titular (CF, art. 14, §7º);

XII - Inelegibilidade dos militares com menos de 10 anos de serviço que não se afastaram da atividade: para qualquer cargo (CF, art. 8º, I);

XIII - Inelegibilidade dos militares com mais de 10 anos de serviço que não foram agregados pela autoridade superior: para qualquer cargo (CF, art. 8º, II);

XIV - Inelegibilidade dos que se enquadram nos casos previstos em lei complementar, para fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada 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: para qualquer cargo (CF, art. 14, §9º).

Ocorre que a competência de desenvolver a inelegibilidade do Artigo 14, Parágrafo 9º, da Constituição Federal não é ilimitada, sendo que os “outros casos de inelegibilidades” somente podem ser estabelecidos com a finalidade exclusiva de proteger:

- a) a probidade administrativa;
- b) a moralidade¹⁵ para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato; e
- c) 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.

Assim, não é permitido ao legislador estabelecer, por lei complementar, qualquer outra hipótese de inelegibilidade que não tenha uma das três finalidades elencadas no Artigo 14º, Parágrafo 9º, da Constituição.

Outrossim, por óbvio não pode o legislador, sob justificativa de atender ao Artigo 14º, Parágrafo 9º, da Constituição, agravar as demais hipóteses de inelegibilidade previstas na Constituição. Sendo assim, seria inconstitucional, por exemplo, que uma lei complementar elevasse a idade mínima para os cargos eletivos indicados na Constituição (agravando a situação prevista no CF, art. 14º, § 3º, VI), ou estabelecesse que somente possuidores de diploma universitário pudessem candidatar-se a cargos no Poder Executivo (agravando a situação prevista no CF, art. 14º, § 4º), sob o argumento de que tal medida protegeria a probidade administrativa ou a moralidade para exercício de mandato considerando vida pregressa do candidato.

Da mesma forma, não pode o legislador agravar as hipóteses de inelegibilidade como resultado de punição. O artigo 15º, inciso III, da Constituição Federal, é expresso ao prever que a suspensão de direitos políticos só se dará nos casos de condenação criminal *após o trânsito em julgado da sentença* (e enquanto durarem seus efeitos).

Entretanto a Lei da Ficha Limpa criou diversas hipóteses de inelegibilidade decorrentes de sentença criminal proferida por órgão judicial colegiado *antes do trânsito em julgado* (LC nº 64/90, art. 1º, I, e), agravando diretamente uma hipótese prevista no texto constitucional (CF, art. 15º, III). Nestes casos, o legislador extrapolou sua competência e criou hipóteses de inelegibilidade sem fundamentação constitucional.

15 Neste caso, trata-se da moralidade política, não da moralidade social (“a moral e os bons costumes”).

DA NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO COERENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A inelegibilidade decorrente de condenação criminal (seja antes, seja depois do trânsito em julgado) não pode ser enquadrada em “outros casos de inelegibilidade” (CF, art. 14, §9º). Este enquadramento não se sustenta, pois seus parâmetros não se harmonizam com o restante da estrutura sistêmica da Constituição, conforme explicaremos a seguir.

Celso Bastos¹⁶ ensina que a interpretação constitucional só pode ser realizada a partir de quatro postulados lógico-jurídicos: (1) **Supremacia da Constituição**¹⁷; (2) **Unidade da Constituição**¹⁸; (3) **Máxima Efetividade**¹⁹; e (4) **Harmonização**²⁰. Os quatro postulados lógico-jurídicos são comandos que precedem a interpretação e servem como condições básicas que permitem a análise coerente da Constituição. A interpretação da Constituição sem atendimento aos quatro postulados lógico-jurídicos seria incoerente e sem sentido. A partir destes quatro postulados, fica evidente que as hipóteses de inelegibilidade decorrente de condenação criminal (CF, art. 15º, III) não se enquadram como “outros casos de inelegibilidade” (CF, art. 14, §9º).

Em primeiro lugar, se a Constituição não possui normas inúteis (postulado da Máxima Efetividade), não é razoável que existam dois artigos tratando de um mesmo tema (CF, art. 14, §3º, II cc art. 15, III; e art.14, 9º). Se não tratam do mesmo tema, a autorização para o legislador estabelecer “outros casos de inelegibilidades” (CF, art. 14, §9º) não contempla situações que já estão previstas como “suspensão de direitos políticos em decorrência de sentença criminal” (CF, art. 14, §3º, II cc art. 15, III).

Em segundo lugar, é necessário interpretar a Constituição de forma sistêmica e coerente. Todas as disposições constitucionais referentes a inelegibilidades fazem parte de um capítulo da Constituição Federal intitulado “Dos Direitos Políticos”, integrante do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Dessa forma, qualquer das normas aqui contidas deve ser tratada inicialmente como garantia de Direitos

16 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

17 O postulado da Supremacia da Constituição é o entendimento de que a Constituição é suprema e o fundamento de validade de todo o ordenamento, de modo ser imperativo que as normas sejam interpretadas a partir dela e não o contrário.

18 O Postulado da Unidade da Constituição decorre do fato de que a Constituição é um texto uno e as disposições constitucionais são coerentes entre si, e não isoladas, de modo que toda a interpretação deve ser no sentido de que não haver contradição entre as normas constitucionais.

19 O Postulado da Máxima efetividade exige que a interpretação busque preservar a carga material da Constituição ao máximo, ou seja, cada uma de suas disposições constitucionais deve ser entendida como essencial, nunca como excedente, repetitivo ou inútil.

20 O Postulado da Harmonização determina que a Constituição seja interpretada de modo a evitar exclusão de normas, pois é um texto coerente e sem contradições e que preserva a máxima efetividade de suas normas.

Políticos, e somente residualmente como limitação. Assim, tais direitos precisam ser interpretados de forma ampla e suas limitações de maneira restrita.

Deste modo, quando o Artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, prevê que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (entre outros casos expressos), fica estabelecido um Direito Fundamental de forma ampla, cuja limitação é expressa e restritivamente prevista: condenação criminal transitada em julgado (o que é perfeitamente coerente com outras disposições constitucionais de outros capítulos, como o art. 5º, LVII, por exemplo). Oras, se outra disposição constitucional (CF, art. 14, §9) permite que haja perda ou suspensão de direitos políticos antes do trânsito em julgado da sentença (a ser definida por lei), então a carga material do Artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, fica seriamente enfraquecida. Tal interpretação viola o Postulado da Harmonização das normas constitucionais.

Em terceiro lugar, o Artigo 15, da Constituição Federal, já garante diretamente o exercício dos Direitos Políticos e ele mesmo prevê suas limitações. Logo, quando o “caput” deste artigo prevê que a perda de direitos políticos “só se dará nos casos de” seus incisos, ele limitou expressamente as situações e em nenhum momento referiu-se ao Artigo 14, Parágrafo 9º, da Constituição Federal. A ampliação das hipóteses do Artigo 15, da Constituição Federal, por meio de outra norma que não foi referida diretamente por ele é uma contradição evidente, o que não é permitido pelo Postulado da Unidade da Constituição.

Em quarto lugar, considerando o Postulado da Supremacia da Constituição, não é possível que a Lei da Ficha Limpa seja utilizada como critério de interpretação da Constituição, mas sim o contrário. Destarte, são inconstitucionais as disposições da Lei da Ficha Limpa que instituíram inelegibilidades decorrentes de sentença criminal proferida por órgão judicial colegiado antes do trânsito em julgado (LC nº 64/90, art. 1º, I, e).

DA FALTA DE PROPORCIONALIDADE DA INELEGIBILIDADE DO EX-PRESIDENTE LULA

A inconstitucionalidade das inelegibilidades decorrentes de sentença criminal proferida por órgão judicial colegiado *antes do trânsito em julgado* também se evidencia quando analisamos, no caso concreto, a proporcionalidade de seus objetivos. O caso concreto selecionado é o do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O ex-presidente foi condenado em decisão proferida por órgão judicial colegiado por crime que se enquadra em uma das hipóteses desenvolvidas pela Lei da Ficha Limpa (LC nº 64/90, art. 1º, I, e). Ainda não houve o trânsito em julgado, pois existem recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

A inelegibilidade de Lula por condenação criminal antes do trânsito em julgado da sentença é uma medida restritiva absolutamente desproporcional aos direitos fundamentais envolvidos.

Quando falamos em “desproporcionalidade” não se trata de uma mera figura de linguagem, mas sim do conceito jurídico de “Proporcionalidade”. Conforme ensina Robert Alexy²¹, quando existe uma colisão entre princípios, a prevalência entre eles deve ser determinada pelo método conhecido como **Máxima (ou Princípio) da Proporcionalidade**.

A Máxima da Proporcionalidade é analisada em três etapas em ordem pré-definida e de maneira subsidiária: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

No primeiro momento, analisa-se se a medida restritiva é **adequada** para sua finalidade proposta (se a medida contribui, de qualquer forma e em qualquer intensidade, no sentido do objetivo pretendido por ela). Se a medida for inadequada para sua finalidade, ela não justifica a restrição e deverá ser rejeitada.

Em segundo lugar, analisa-se a **necessidade** da medida, verificando se existe outra medida que possibilite o mesmo resultado (com intensidade igual ou superior), mas que restrinja menos ou igualmente o princípio colidido.

Por fim, avalia-se a **proporcionalidade em sentido estrito** por meio do sopesamento dos princípios em colisão, através da ponderação entre a importância do princípio colidente e a intensidade da restrição ao princípio colidido.

Enfim, a medida restritiva é a inelegibilidade do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por condenação criminal antes do trânsito em julgado da sentença. Inicialmente, a proporcionalidade desta medida depende da avaliação de suas finalidades (e resultados pretendidos) quanto à sua *adequação e necessidade*.

Uma possibilidade é considerar que a finalidade da inelegibilidade do ex-presidente Lula é aquele indicado no Artigo 14, Parágrafo 9º, da Constituição Federal, ou seja, proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, e a normalidade e legitimidade das eleições, isto é, **uma medida preventiva**. A outra possibilidade é considerar que a finalidade da inelegibilidade do ex-presidente Lula é aquele indicado no Artigo 15, Inciso III, da Constituição Federal, isto é, **uma medida punitiva**.

A primeira possibilidade (inelegibilidade do ex-presidente Lula como uma medida preventiva) não se sustenta quanto à análise de sua adequação para a finalidade pretendida. Atualmente o ex-presidente Lula não ocupa qualquer cargo na administração pública, não é beneficiado por parentes e/ou aliados que ocupem, e, além disso, os crimes pelos quais é acusado na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, não possuem qualquer relação com quaisquer procedimentos eleitorais. Assim, a inelegibilidade que acomete ao ex-presidente Lula é uma medida posterior, que de maneira alguma impediria o cometimento de

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011. e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

quaisquer dos atos ao qual ele é acusado. Em suma, a inelegibilidade do ex-presidente Lula nada previne (apenas pune) e, sob este aspecto, deve ser considerada uma medida desproporcional.

Passemos agora a examinar a segunda possibilidade (inelegibilidade do ex-presidente Lula como uma medida punitiva). Em tese, a restrição atende ao princípio da adequação à finalidade proposta, já que o condenado é efetivamente punido ao ter seus direitos políticos suspensos. Com relação à análise da necessidade da medida punitiva, a resposta é mais complexa: de fato, existem diversas medidas que possibilitam o mesmo resultado (punir), porém a discricionariedade quanto a isso já foi realizada diretamente no texto constitucional (desta forma, a Constituição entendeu que a medida é necessária). O mesmo pode ser dito com relação à proporcionalidade em sentido estrito: o sopesamento dos direitos envolvidos já foi realizado diretamente na Constituição (que permite a suspensão de direitos nesta hipótese). Se considerarmos que não existem normas constitucionais inconstitucionais (uma contradição em si), somente podemos considerar que, em tese, a inelegibilidade decorrente de suspensão de direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado (art. 15, III) é uma restrição proporcional.

Existe, contudo, uma nuance adicional a ser considerada. A proporcionalidade da medida punitiva foi realizada diretamente no texto da Constituição e este previu expressamente que tais situações dependem de condenação criminal *com trânsito em julgado*. Sendo assim, por evidente, cada um dos elementos integrantes da norma foi considerado essencial na ponderação de interesses. Conclui-se então que, em tese, a restrição somente será proporcional quando contiver todos os elementos definidos pela Constituição. De maneira oposta, não pode ser considerada proporcional a medida restritiva que não contenha algum dos elementos definidos pela Constituição.

No caso concreto do ex-presidente Lula falta um dos elementos: o trânsito em julgado da sentença. Em suma, sua inelegibilidade como medida punitiva não é proporcional e, conseqüentemente, é inconstitucional.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não há alternativa senão reconhecer que são absolutamente inconstitucionais as disposições da Lei da Ficha Limpa utilizadas para impedir candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, uma vez que:

- a) Agravam situações já expressamente delimitadas, violando Direitos Fundamentais;
- b) Ultrapassam as hipóteses autorizadas pela Constituição, extrapolando a competência concedida ao legislador;
- c) Não são coerentes com a interpretação lógica da Constituição Federal;
- d) Não são proporcionais aos interesses que se pretende proteger.

Se a democracia contemporânea evoluiu com a constante ampliação dos Direitos Políticos em sua dimensão ativa (direito de voto), o atual esvaziamento da democracia ocorre por restrições dos Direitos Políticos em sua dimensão passiva (limitando as candidaturas). Tal restrição às candidaturas é um processo que atinge não apenas os candidatos em si, mas prejudica indiretamente o povo, cuja vontade passa a não ser exercida de forma ampla e livre.

A Lei da Ficha Limpa é um exemplo claro de como a democracia é violada, pois a eleição presidencial de 2018 é manipulada pelo Poder Judiciário, de modo a limitar as opções prioritárias do eleitor, com a ameaça de inelegibilidade do candidato que lidera todas as pesquisas²².

REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CASARA, Rubens. *O Estado pós-democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos*. Tradução Emerson Garcia, São Paulo: Atlas, 2003.
- DARDOT, Eugene; LAVAL, Pierre. *La pesadilla que no se acaba nunca: El neoliberalismo contra la democracia*. Ebook Kindle.
- DARDOT, Pierre, LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*. Ensaios sobre a sociedade neoliberal, 1ª edição – São Paulo: Boitempo, 2016.
- DARDOT, Pierre, LAVAL, Cristian. *A nova razão do mundo*. Ensaios sobre a sociedade neoliberal, São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo*. A nova arquitetura do poder: dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2011.
- HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise . A patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Ebook Kindle.

22 Segundo a pesquisa do instituto Vox Populi divulgada em 26 de julho de 2018 (registrada no TSE sob o nº BR-02205/2018), o ex-presidente Lula liderava a disputa eleitoral com 37% das intenções de voto (superando a soma das intenções nos demais citados).

RANCIERE, Jacques. *Ainda se pode falar em democracia?*. Ebook Kindle.

SENNET, Richard. *O declínio do homem público*. As tiranias da intimidade. Tradução Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução Modesto Florenzano, São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

VAROUFAKIS, Yanis. *E os fracos sofrem o que devem?* Os bastidores da crise europeia. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO

Lédio Rosa de Andrade¹

Os requisitos do Estado Democrático de Direito são conhecidos, dentre outros: leis gerais regrando o convívio social acima de qualquer poder pessoal; observância aos Direitos Fundamentais; respeito aos direitos individuais; democracia representativa, com alternância no poder por intermédio de eleições livres e honestas; separação e respeito mútuo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todos esses requisitos são teóricos e se espera sua observância no mundo real pelas pessoas componentes das instituições. Mas não existe um *poder mágico* capaz de assegurar a obediência das regras democráticas. Então, todo abuso de poder, desvio de função, ilegalidade e qualquer ação de afronta à democracia efetuada pelos agentes de poder deve encontrar no próprio Direito e nas instituições jurídico-políticas a solução.

Quando essas agressões ao Estado Democrático de Direito ocorrem dentro dos Poderes Legislativo e Executivo, o remédio, mesmo analisado de forma superficial, não é muito difícil de entender.

Em se tratando de atitudes efetuadas por parlamentares, o próprio legislativo pode afastar seu membro culpado. Se isso não ocorrer, o Poder Judiciário tem poderes constitucionais para agir, tanto na esfera administrativa, como na penal e na civil. E se nada disso funcionar, os eleitores poderão retirar do parlamento o deputado ou senador faltoso.

Quando o ato improbo for praticado por membro do Executivo, há meios jurídicos administrativos para solucionar o caso. Se for um Ministro, basta uma canetada e será demitido. No caso da Presidência da República, o impeachment poderá afastar o ocupante do cargo. O Poder Judiciário, igualmente, está legitimado a operar. E da mesma forma, se nada funcionar, o povo, em eleições diretas e livres, poderá resolver a questão.

Problema grave surge, contudo, quando a agressão à democracia se dá dentro do Poder Judiciário, ou seja, é praticada por algum dos seus componentes. Por certo, o

1 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, professor da Universidade Federal de Santa Catarina, psicólogo e escritor.

Direito Positivo estabelece regras de controle aos magistrados. Há as Corregedorias de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, no caso do Ministros do Supremo Tribunal Federal, previsão de impeachment. Mas, como dito em relação aos demais poderes, o controle interno pode não funcionar. E não há outro Poder para julgar o Judiciário. Então, o que fazer?

Sobre o controle interno, torna-se fundamental enfatizar o abissal nível histórico de corporativismo no Poder Judiciário. Até recentemente o nepotismo era descarado, o descontrole administrativo muito forte e, por não haver responsabilidade pessoal, atos ilegais, mesmo criminosos, eram e continuam sendo reparados com dinheiro público.

A ineficiência das Corregedorias foi tanta, com abusos escandalosos encobertos, que se tornou necessária a criação do CNJ. Esse órgão de controle, após intenso *lobby* da magistratura, acabou composto, em sua maioria, por membros vindo do próprio Judiciário. Por mais que tenha sido útil sua criação, de fato uma verdadeira reviravolta no Poder, o Conselho acabou sendo contaminado pelo corporativismo. Por isso sua composição deve ser revista. Não fosse isso, no que diz respeito a aspectos estruturais e funcionais do próprio Poder Judiciário, sua atuação tem limites, pois não pode atuar nas questões jurisdicionais. E esse é o ponto crucial a ser abordado: quando o exercício da jurisdição está viciado.

Não se está a falar apenas nas hipóteses de corrupção dos magistrados. O mais importante nessa análise é o uso do poder de jurisdição com nítido conteúdo ideológico particular (já que todo ato humano é ideológico) ou, em outras palavras, para atender a interesses de classe ou de determinados grupos de poder. Esse uso pode chegar, inclusive, ao exercício da jurisdição para a prática política partidária, conspirando e perseguindo adversários políticos e ações políticas populares.

Alguns exemplos históricos ajudam a compreensão.

Na Itália, após o final da Segunda Guerra Mundial, com a redemocratização do país, o mais alto Tribunal era composto por magistrados cuja ideologia era fascista. Em seus julgamentos, com base na legislação de Mussolini, os julgadores absolviam as milícias fascistas de seus crimes e condenavam os membros da resistência. Não se tratava de uma falta administrativa, passível de correção ou punição, mas do exercício da jurisdição de forma antidemocrática. Esses magistrados italianos exerciam a profissão amparados pelas prerrogativas da vitaliciedade e inamovibilidade. Como resolver a questão? Como parar a prática fascista do Tribunal e respeitar as instituições e a separação dos poderes? A democracia, por ser democrática, algumas vezes fica desprotegida. No caso italiano, foi alterada a Constituição e criado outro Tribunal, hierarquicamente superior, para reformar as decisões mencionadas.

Nas democracias latino-americanas, muitas vezes, um presidente é eleito com um programa ideologicamente de esquerda, com propostas de reformas estruturais no Estado e na economia, incluindo, por ilustração, reforma agrária, distribuição de renda, restrição à propriedade privada e ao acúmulo de capital, entre outros compromissos não tipicamente capitalistas ou liberais. São eleitos por ampla maioria de votos, o que

ratifica popularmente as propostas apresentadas nas campanhas. Entretanto, após eleitos, é comum os Tribunais, em especial os Constitucionais, declararem inconstitucionais as leis feitas exatamente para cumprir as promessas de campanha aceitas e avalizadas pelos eleitores, com grande margem de votos favoráveis. Mais uma vez, não se trata de faltas administrativas, mas do exercício da jurisdição com fundo ideológico vinculado, de forma exclusiva, aos interesses das classes ricas. Magistrados comprometidos com os grandes grupos econômicos impedem políticas públicas de inclusão social. Volta a pergunta: como resolver o conflito com respeito às instituições e à separação dos poderes?

O impasse é complexo porquanto, diferentemente do que é possível nos Poderes Legislativo e Executivo, em relação ao Poder Judiciário o povo não pode retirar os magistrados do poder, mesmo que eles atuem de forma definitivamente contrária ao desejo popular. Mesmo que os julgadores percam a mínima legitimidade, estão seguros no poder. E qualquer ação contra eles será considerada um acinte à democracia e à separação dos Poderes.

O Brasil é prova disso, pois até mesmo o óbvio, leis contra privilégios e abuso de poder são atacadas, em postura corporativa e superior ao proveito coletivo, como um desrespeito ao livre convencimento do julgador, à independência do Poder Judiciário e como um ataque ao sistema democrático. Ou seja, exatamente quem ataca a democracia, ao ser criticado ou controlado, brande o nome da democracia e se posta como vítima de autoritarismo. O Poder Judiciário, para o bem de todos, precisa ser um Poder forte, independente e democrático, mas isso não significa ser ilimitado, absoluto, intocável, irresponsável e sem o mínimo controle popular.

A questão da democratização do Judiciário é complexa. Primeiro, porque se as regras fossem obedecidas, sob a tutela do *poder mágico* acima mencionado, tudo estaria resolvido. Um juiz comprometido com interesses escusos e que atuasse, no nível jurisdicional, de forma antidemocrática teria sua decisão revista por um Tribunal superior a ele e a democracia estaria restabelecida. Mas, em nosso país, o mínimo de imparcialidade está se acabando. Ao contrário de ponderação, moderação, descomprometimento do julgador, estamos assistindo, em alguns casos, a uma verdadeira conjuração entre juiz e Tribunal para assegurar fins políticos e ideológicos comuns, mesmo contrários às regras democráticas do Direito Positivo.

Alguns magistrados de primeiro grau estão atuando, em detrimento de toda a sociedade, de maneira literalmente contrária aos princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito, em especial os do Direito Penal e Processual Penal, construindo, em corolário, um Estado polialesco e punitivo, e transformando-se, ademais disso, em informantes da grande mídia. Isso em si já é um grave problema, mas se torna um mal ainda maior quando essas atitudes são ratificadas e, até mesmo, combinadas, com um Tribunal. E o problema se agiganta quando a ratificação dessas ilegalidades é efetuada pelos Tribunais Superiores.

Estamos chegando ao descontrole do Poder Judiciário, ao retorno a algo parecido ao Estado Absolutista, no qual a lei geral está sendo submetida à vontade pessoal de alguns julgadores. Talvez não esteja longe a possibilidade de um juiz interpretar o Direito Positivo e concluir ser aplicável, no Brasil, a pena de morte.

Essa situação caótica, proporcionadora do enfraquecimento das instituições judiciárias, acaba levando a um espetáculo anedótico, de um prende e solta de um prisioneiro, em um jogo totalmente fora das regras jurídicas democráticas, com prejuízo para toda a nação. Estamos mais do que em uma sociedade espetacularosa. Vivemos uma sociedade do escarcéu, onde alguns juízes agem como carcereiros; promotores de justiça, como membro da divina providência; e policiais, como exterminadores do futuro. E de novo a pergunta: quem pode resolver esse conflito?

No Brasil não é possível utilizar a saída construída na Itália. As próximas eleições em nada alterarão a prática do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia. Talvez um Congresso novo, legitimado, distante das acusações de corrupção, poderá legislar e criar leis democráticas da prática jurídica. Por elucidação, a lei poderá estabelecer: a) mandato, com tempo determinado, para os membros dos Tribunais; b) reformulação da forma de acesso à magistratura, transferindo o concurso público para uma banca composta por pessoas que não façam parte do próprio Poder Judiciário (quem tem o poder não deve escolher quem terá); e c) controle mais popular e menos corporativo do Judiciário. São propostas a serem debatidas. Talvez possam ser transformadas em Leis. Mas elas podem ser desobedecidas como agora se desobedece à Constituição. Esperar uma evolução cultural para restabelecer o bom-senso na prática jurídica demora demais. Enquanto isso as instituições se derretem.

Neste íterim, nos resta, portanto, esperar que o Supremo Tribunal Federal abandone as querelas individuais e aja como um Tribunal norteador da prática jurídica democrática, voltando e fazendo as instâncias de graus inferiores voltarem atrás nas decisões contrárias à Constituição e obrigando a todos os julgadores ao mais incondicional respeito aos princípios constitucionais e ao Estado Democrático de Direito. Em não acontecendo algo nesse sentido, somente o fortalecimento dos demais Poderes, com políticos comprometidos com as causas públicas, poderá resultar em uma legislação forte, de controle dos abusos e garantia da prática democrática. E se isso não acontecer, nossa História corre sério risco, pois movimentos simpáticos ao autoritarismo e ao totalitarismo estão cada vez mais fortes e podem chegar ao poder. Lá chegando, tentarão não sair mais. Se isso acontecer, a história da humanidade já nos mostrou as consequências.

No momento, enquanto há tempo, temos de buscar a sensatez e lutar de todas formas para restabelecer a democracia.

PORQUE É POSSÍVEL QUE LULA CONCORRA A PRESIDENTE E SEUS VOTOS SEJAM VÁLIDOS

Lenio Luiz Streck¹

Há muitos anos venho denunciando a ameaça que o ativismo judicial representa para a (fragilização da) democracia. Foram muitas colunas em sites e jornais, artigos em revistas científicas, publicações de livros, palestras em Congressos jurídicos, etc., para sempre dizer que um Estado de Direito não convive em hipótese alguma com a discricionariedade judicial, irmã gêmea do ativismo-decisionismo.

Ataquei variados tipos de ativismo, que, em diferentes momentos, agradaram distintos segmentos da sociedade. Em todas as oportunidades, procurei demonstrar que não há um ativismo “do bem” e outro “do mal”, e que, em uma democracia, para se alcançar qualquer objetivo, é fundamental que primeiramente a Constituição seja levada a sério.

Veja-se o “bom ativismo” festejado desde a esquerda política brasileira à parcela considerável da comunidade jurídica crítica: falo do juiz espanhol Baltasar Garzon, que agiu muito semelhantemente ao que fazem muitos juízes e membros do Ministério Público do Brasil. Garzon foi incensado no Brasil, tendo sido recebido com pompa e circunstância para palestrar por aqui.

Comparado ao que fez o juiz Sérgio Moro, Garzon iria a julgamento no JEC. Só que, na Espanha, em que a Constituição é levada a sério, Garzon foi afastado de suas funções por onze anos. Essa espécie de ativismo “do bem” também não foi contestada em países como Venezuela e Bolívia, lugares em que as Cortes Supremas fizeram “bons ativismos” a favor dos governantes.

Parece que a denúncia de que ativismo judicial é sempre ruim para a democracia não teve grande recepção na comunidade jurídica brasileira. Sequer se fez ou se faz a distinção entre ativismo e judicialização, a primeira deletéria, porque fruto de comportamentos, e a segunda, contingencial. Tenho lido textos de ministros e professores críticos, todos andando em círculos nesse tema. Como não definem o que é ativismo e o que é judicialização, o que será, efetivamente, uma coisa e outra, será o que mais

1 Doutor em Direito; Pós-Doutor em Direito; Professor titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ; membro catedrático da academia brasileira de direito constitucional; ex-Procurador de Justiça-RS; advogado.

tiver poder dizer que é. É a vontade do poder (*Wille zur Macht*) que define. Pelo menos os debatedores poderiam lembrar a discussão acerca do dualismo metodológico de Jelinek e suas consequências. Na confrontação entre realidade social (voz das ruas, etc.) e a realidade normativa, a tese do dualismo fica com a primeira. Foi preciso constitucionalistas como Herman Heller mostrarem o contrário: entre as duas realidades, fica-se com a força normativa da Constituição. Mas, por aqui no Brasil continuamos no final do século XIX e início do século XX. A moda é prestigiar algo não demonstrável: a voz das ruas, que se transforma em uma entidade metafísica.

Assim, diante da grave crise política que assola o país – a mais grave após o fim da ditadura militar –, tenho a sensação de que eu e tantos outros juristas pregamos no deserto nesses quase trinta anos da Constituição de 1988. Sua força normativa e seu texto dirigente foi sendo erodido dia a dia a golpes de sentenças.

Profetizamos o caos, mas infelizmente nossas críticas ao ativismo judicial encontraram muitos ouvidos moucos na comunidade jurídica (aliás, houve uma “operação ouvidos moucos” que bem representa o que há de mais deletério em termos de ativismo judicial). Para confirmar o que estou dizendo, basta analisar o ambiente institucional em que será realizada a eleição presidencial de 2018.

Com efeito, após um processo criminal extremamente contestado e no qual as garantias processuais foram visivelmente fragilizadas – falou-se até que “prova é uma questão de crença e convicção”. Nesse contexto, os acusadores do ex-presidente Lula nunca se preocuparam em serem imparciais ou demonstrarem terem isenção – ao ponto de o TRF4, no item 9 do acórdão, confirmar, e isso transitou em julgado, que “o Ministério Público não necessita ser isento” (sic).

Após a inédita rapidez – espécie de direito processual 4.0 – com que os três desembargadores do TRF-4 confirmaram a sentença do juiz “universal” Sérgio Moro (outra característica que o aproxima de Garzon, que era o condutor da Audiência Nacional) e após o STF permitir a inconstitucional antecipação do cumprimento de pena a partir de uma condenação criminal obtida em segunda instância, tem-se uma situação inusitada: o candidato a presidência da República com maior aprovação nas pesquisas de intenção de voto encontra-se encarcerado na sede da PF, em Curitiba.

Diante de um cenário político e jurídico cada vez mais complexo – *no interior do qual o Direito foi sendo substituído por juízos morais e políticos, perdendo o seu grau de autonomia ínsito a qualquer democracia* – muitos “especialistas” da imprensa ou do Direito se adiantam com especulações de todo tipo para justificar o imediato afastamento da candidatura de Lula.

Segundo eles, após a condenação imposta pelo TRF-4, Lula estaria impedido automaticamente de continuar com a candidatura. Houve até quem cogitasse que o registro da candidatura de Lula fosse vedado antecipadamente, conforme a opinião do ministro Fux.

A pressa para impedir Lula de ser candidato é tão grande que, ao que tudo indica, o ministro esqueceu de consultar a própria Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135) e a Lei Eleitoral (Lei 9504).

É verdade que a Lei da Ficha Limpa possui sérias inconstitucionalidades, que pretendo apontar num segundo momento neste artigo. Mas, antes disso, cabe levar em consideração o que alguns dispositivos dessas duas leis dizem a respeito da situação do ex-presidente.

Vejamos: o art. 1º, I, *alínea c* da Lei da Ficha Limpa, define que aquele que for condenado por decisão proferida por órgão judicial colegiado encontra-se inelegível. No entanto, um pouco mais abaixo, *no art. 26-C, a Lei da Ficha Limpa prevê que o réu poderá ingressar com recurso nos Tribunais Superiores contra a decisão do órgão judicial colegiado e, em caráter cautelar, obter a suspensão da inelegibilidade*. Portanto, há aí uma questão legal importante, excepcionando uma “eliminação” tábula rasa.

Além disso, de acordo com o art. 16-A da Lei Eleitoral, o candidato que estiver com o registro *sub judice* está autorizado a realizar todos os atos de campanha, incluindo o uso do horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica.

Nesse caso, os votos obtidos pelo candidato somente podem ser validados após o deferimento de seu registro por instância superior. Por todos esses motivos, Lula continua candidato à presidência da República.

Há uma questão muito singela, aqui: *ao permitir que quem esteja com registro sub judice concorra, a Lei criou a situação de poder ser votado, mas não ter validade, salvo decisão judicial ulterior* – eis o busílis da questão. Não estou inventando algo, mas sim porque a Lei Eleitoral e a Lei da Ficha Limpa autorizam. Simples assim!

Foi com base nesses dispositivos legais que em 2014 o STJ, por meio de uma liminar concedida pelo ministro Napoleão Nunes, *suspendeu a inelegibilidade* do então candidato ao Senado Cesar Maia (DEM).

Explico o precedente: Em 2012, o ex-prefeito do Rio de Janeiro foi condenado por improbidade administrativa por construir uma Igreja com recursos públicos, algo que é vedado pelo caráter secular da Constituição de 1988. Como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação, Cesar Maia foi considerado inelegível com base no art. 1º, I, *alínea l* da Lei da Ficha Limpa. A defesa do ex-prefeito recorreu ao STJ com a alegação de que o Ministério Público não havia demonstrado o dolo e apontou que a suspensão da candidatura representava um risco de dano irreparável para Cesar Maia. O ministro Napoleão Nunes então concedeu uma liminar suspendendo a inelegibilidade de Cesar Maia até que o STJ julgasse o recurso especial apresentado pela defesa. De acordo com o ministro,

“[...] esse fato (a destinação dos recursos), por si só e independentemente de qualquer outro elemento objetivo, é de natureza infracional extremamente duvidosa e isso porque, como se sabe, a sociedade brasileira é profunda-

mente religiosa — embora o Estado seja laico, mas não ateu, e muito menos ímpio — como se pode afirmar”².

Para o caso de Cesar Maia valeu até desconsiderar a laicidade do Estado brasileiro para garantir seu direito de disputar a eleição! No reino da discricionariedade, o veto judicial a uma candidatura virou uma questão de loteria.

Diante dessa situação de grave insegurança jurídica – *não esqueçamos, sempre, que o Direito de há muito vem sendo substituído por juízos morais e políticos* –, o Judiciário poderá jogar o país numa situação ainda mais caótica, já que o caso Lula envolve uma candidatura presidencial e, por óbvio, envolve a soberania popular, princípio máximo da democracia.

Assim, como a legislação eleitoral não impede a candidatura de Lula e cada vez mais as pesquisas de intenção de voto apontam para um certo favoritismo de sua parte (e as pesquisas demonstram que isto é um fato empiricamente verificável), a escolha do principal mandatário do país poderá ficar sob a responsabilidade do Judiciário. Isso porque o país ficará numa situação nebulosa em todos os cenários que se apresentam.

Primeiro cenário: o registro da candidatura de Lula é indeferido pelo Judiciário antes da eleição, deixando de fora o candidato favorito nas pesquisas. Nesse caso, o Judiciário interfere diretamente nas eleições.

Segundo cenário: Lula vai para o segundo turno com uma boa quantidade de votos, ficando em primeiro no primeiro turno, mas em seguida é retirado da disputa por uma decisão judicial. Nesse caso teríamos uma disputa de segundo turno entre dois candidatos com pouca representatividade de votos, já que o segundo e o terceiro colocados se apresentariam como opções para o eleitor. O que resultaria na eleição de um candidato com baixa legitimidade das urnas.

Por fim, *o terceiro cenário* tem como consequência o adiamento da escolha do novo mandatário. Isso porque, caso Lula ganhe no primeiro turno, mas por motivo de uma decisão judicial não possa ser diplomado ou tomar posse, uma nova eleição deverá ser convocada em até noventa dias. Até lá, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência da República os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado e do STF. Ou seja, no fim quem decidirá a disputa eleitoral será o Poder Judiciário.

Todavia, para além de todos esses apontamentos sobre a possibilidade da candidatura do Lula, também é importante fazer um filtro constitucional da Lei da Ficha Limpa, pois foi a partir dessa lei – fruto de um projeto de iniciativa popular –, que o país começou a dar seus primeiros passos na relativização da presunção de inocência. Todavia, não esqueçamos que, em Direito, sempre se pode fazer *overruling*. O STF pode vir a consertar seu erro a qualquer momento, tema recorrente nestas reflexões.

Na avaliação de quem formulou o projeto e depois reuniu as assinaturas necessárias para a sua apresentação ao Congresso Nacional, era necessário impedir a participação de políticos “corruptos” no processo eleitoral mesmo à custa de um direito

2 Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 23.213 - RJ (2014/0223874-4), p. 6.

fundamental. Ocorre que para alguém ser declarado-considerado “corrupto”, *tem de ter uma sentença transitada em julgado*. Não se pode impedir que o povo escolha alguém ainda não condenado definitivamente.

Então, em nome do combate à corrupção, os apoiadores do projeto entenderam que era necessário criar algum tipo de veto contra candidatos que estivessem respondendo na Justiça a algum processo criminal. Não interessa se o réu não esgotou todos os recursos e a Constituição diz que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Se há condenação em um órgão colegiado de segunda instância, o político é considerado ficha suja e pode ficar inelegível.

Trata-se de uma inconstitucionalidade que salta aos olhos de quem realmente se preocupa com a defesa dos direitos e garantias fundamentais, mas que muitos acabaram por festejar no momento da aprovação da lei no Congresso Nacional.

Veja-se: o cerne da tese de que basta uma condenação em segundo grau para que o candidato não possa ser elegível é o mesmo da extinção da presunção da inocência: o segundo grau esgota a discussão da matéria de fato. Isso tem sido apregoado aos quatro ventos.

Ora, sabe-se que isso nada mais é do que a universalização da malsinada súmula 7 do STJ, pela qual simples reexame de prova não enseja recurso especial. Entretanto, sabe-se também que há inúmeros precedentes que permitem que o STJ reexamine matéria de fato (por exemplo, veja-se o REsp 1.036.178; o Ministro Buzzi, relator, explica que o reexame de prova é uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros). *Mutatis, mutandis*, não é disso que trata o REsp do ex-Presidente Lula?

Do mesmo modo, no Supremo Tribunal Federal há precedentes que aceitam que, em sede de recurso extraordinário, seja reexaminada matéria de fato. Por todos, vale lembrar a contemporânea decisão no RE 306.188/PR, em que o STF afirmou que, *ao analisar recurso extraordinário, ele o faz como um todo, revendo a decisão de instâncias inferiores sobre toda e qualquer questão discutida no processo*.³ Observemos parte do acórdão:

“Revertendo o relator do recurso extraordinário o quadro decisório formalizado na origem, há de julgar a causa por inteiro, alcançadas as despesas processuais”.

Isso deveria ser óbvio. Uma coisa é falar em matéria de fato. Outra é não ser possível fazer uma cisão entre questão de fato e questão de direito. Por exemplo, como fazer essa cisão em um caso de prova ilícita? Como se sabe, no caso Lula, há várias alegações

3 Sobre o assunto, ver texto de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Emilio Peluso Neder Meyer e Eder Bomfim Rodrigues. *Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 134. Também meu texto no site Consultor Jurídico de 16 de março de 2018: Jurista e jornalista produzem *fake News* sobre presunção de inocência!

da defesa de que houve prova ilícita. Logo, esse argumento de que a matéria de fato se esgota no segundo grau é falaciosa e não tem comprovação empírica.

No fundo, a tese de que a simples condenação em segundo grau por órgão colegiado já basta para impedir uma candidatura *é dar um poder de veto ao poder judiciário, ampliando consideravelmente a interferência desse poder sem voto no processo eleitoral.*

Dito de outro modo, em vez de o eleitor ocupar o papel central na escolha de seus representantes, a Lei da Ficha Limpa transferiu ao Judiciário o poder de “purificar” o ambiente político.

Desse modo, conforme a visão dos entusiastas da lei, como o eleitor brasileiro não sabe votar – chamaria a isso de “fator Pelé 70” - e constantemente elege e reelege candidatos com ficha suja, o veto judicial assumiria a responsabilidade de corrigir as deficiências do eleitor. É a moral corrigindo e substituindo-se ao Direito.

Nesse contexto, não importa, para um certo *establishment*, que a presunção de inocência seja relativizada. Para aqueles que colocam seu juízo moral acima do Direito, tudo é permitido na luta contra a corrupção. O que inclui, é claro, a corrupção do próprio Estado de Direito.

Após a aprovação da Lei da Ficha Limpa pelo Congresso Nacional, o STF foi provocado por duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade – as ADCs 29 e 30 – e por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – a ADI 4578. Contudo, segundo o entendimento da maioria dos ministros, a lei foi considerada constitucional.

Teve até ministro que prestou deferência à lei porque esta era fruto da iniciativa popular. Afinal, o que é uma presunção de inocência frente a mais de um milhão e meio de assinaturas que se manifestaram a favor de um projeto de lei?

Por certo, alguns juristas dirão, por meio da ponderação à moda brasileira, que entre um direito fundamental e o clamor das ruas, o STF deve ficar com o segundo.

Ou seja, um fundamento majoritário a orientar um Poder que deveria ser contra majoritário. Eis o paroxismo do ativismo judicial brasileiro.

O que deve ficar claro é que o direito do STF de dar a última palavra sobre a Constituição não pode servir como justificativa para a manutenção de um erro. É o que venho chamando há mais de 20 anos de “fator Júlia Roberts”. Explico: No filme *O Dossiê Pelicano*, há uma cena na qual o professor de Direito Constitucional de Harvard relata para seus alunos que no estado da Geórgia fora aprovada uma lei alçando a sodomia à categoria de crime (pena de 1 a 20 anos) e que a *US Supreme Court*, instada a decidir acerca da inconstitucionalidade da lei em vista da violação à privacidade dos cidadãos, decidiu, por 5x4, que “não é inconstitucional que o estado classifique determinadas condutas — entre elas, a sodomia — como criminosas” (*case Bowers v. Hardwick*, 30/06/1986). “Este é o precedente”, anuncia o professor no filme, passando já ao próximo assunto. Neste exato momento, uma aluna, interpretada por Julia Roberts, interpela o mestre para dizer “*The Supreme Court is wrong*” (a Suprema Corte está errada). Eis o “fator Julia Roberts”: dizer/sustentar que o Tribunal Maior (ou qualquer outro tribunal) cometeu um equívoco.

Numa palavra, já que o STF cometeu um equívoco ao reconhecer a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, cabe ao Congresso Nacional restaurar o equilíbrio institucional entre os três Poderes.

Nunca é tarde para que uma lei malfeita – pior, uma lei de cunho moral(ista) bancada pelo Governo Lula (mais um elemento a favor da tese que sustenta que não existe nem “intenção da lei” e nem “intenção do legislador”!) – seja revogada pelo Poder Legislativo. Se hoje o Judiciário vem interferindo excessivamente no processo eleitoral, é preciso lembrar que esse ativismo não ocorreu por culpa do próprio Judiciário.

Relembro que o movimento iniciado na sociedade, com ampla mobilização de diversos segmentos, encontrou respaldo dentro do Congresso Nacional. Portanto, já que os nossos parlamentares cometeram o erro de transferir ao Judiciário a responsabilidade indevida de vetar candidaturas por meio da violação da presunção de inocência, cabe ao legislador dar um passo atrás e corrigir a situação.

O equívoco do STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não pode servir como justificativa para que o país persista no erro. Como falei, o STF também erra.

Em termos concretos, no que diz respeito ao direito de o ex-Presidente Lula concorrer às eleições, parece claro que a simples condenação em segundo grau não pode ter o condão de consubstanciar esse impedimento.

Para tanto, basta usar precedentes do próprio TSE para suspender os efeitos dessa condenação, uma vez que pendem de recurso especial (STJ) e extraordinário (STF) *um turbilhão de argumentos da defesa, que vão desde incompetência de foro de primeiro grau até nulidade processual por uso de prova ilícita, todas questões que jamais podem ser consideradas “simples questões de fato”*. Como já demonstrado, há precedentes nos dois Tribunais que desmentem a tese de que a matéria de fato está esgotada no segundo grau. Fazer essa cisão “questão de fato-questão de direito” é uma arrematada questão metafísica (ontoteológica).

Logo, não havendo impedimentos para que alguém se candidate, a questão posterior da validade dos votos dependerá de como o sistema jurídico dará a resposta aos recursos do ex-Presidente.

Afinal, vale repetir: o art. 1º, I, *alínea c* da Lei da Ficha Limpa, define que aquele que for condenado por decisão proferida por órgão judicial colegiado encontra-se inelegível. No entanto, um pouco mais abaixo, *no art. 26-C, a Lei da Ficha Limpa prevê que o réu poderá ingressar com recurso nos Tribunais Superiores contra a decisão do órgão judicial colegiado e, em caráter cautelar, obter a suspensão da inelegibilidade*.

Reside nas mãos do “sistema de justiça” a resolução desse imbróglio que nasce moral e político e que, agora, somente poderá ter uma solução jurídica. Ou não, e, de novo, teremos de chamar o Conselheiro Acácio, personagem bizarro de Eça de Queiroz. Só que essas consequências, que “vêm sempre depois”, podem ser desagradáveis.

Veja-se o perigo que se corre: se o ex-Presidente for absolvido – afinal, há dois recursos (REsp e RE) interpostos – e não puder ser candidato, quem reparará o erro?

Se há *fumus boni juris* para que o mérito da condenação seja revertido, *parece óbvio que a candidatura não poderá ser bloqueada e tampouco os votos recebidos possam ser invalidados*.

Aqui parece encaixar como uma luva o voto do Ministro Dias Toffoli na ADI 4578, que apreciou a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Voto vencido, *mas que tem alto valor no plano da formação de um constrangimento epistemológico*⁴ para futuras decisões, o Ministro assentou que a presunção de inocência impede que um candidato seja considerado inelegível enquanto não houver uma condenação transitada em julgado, diante da previsão constitucional. Leiamos:

A incidência das regras de inelegibilidades *deve reclamar o caráter definitivo de julgamento das causas que lhe são antecedentes*. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa da inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito de candidatura. Supondo a ausência de tutela cautelar que assegurasse a participação no pleito ao candidato, como se sanaria eventual injustiça da sua ausência na eleição? Essa, por óbvio, não se repetirá (ou não se deveria repetir) a cada falha na apuração de eventual ilícito, cuja ocorrência for descartada por Corte de grau superior ao órgão colegiado prolator da decisão desabonadora. *Onde se encontra a lógica ou a racionalidade de tal sistema?* Se se afirmasse que a aplicação da regra de inelegibilidade é forma de tutela provisória, poder-se-ia avistar a reversibilidade do provimento? Passada a eleição, não há como o candidato impedido dela participar, nem ser indenizado pelo dano por outra forma. É situação similar do condenado à sanção capital, ao qual, uma vez executada a pena, não se pode devolver a vida.

Permito-me apenas acrescentar: no medievo, em determinado período, a tortura tinha previsão legal, sendo que, todavia, cabia recurso contra a decisão que determinava o supliciamiento do réu. O problema, apenas (sic), é que esse recurso não tinha efeito suspensivo!

Finalmente, não se olvide que o STF pode vir a alterar a sua própria jurisprudência sobre a Lei da Ficha Limpa. Se errou em um primeiro momento, pode, por alteração de votos, dar um novo rumo e preservar a soberania popular, cerne de qualquer processo eleitoral em todo o mundo civilizado e que pratica a democracia.

Assim, parece claro haver uma *relação umbilical entre a presunção de inocência e a questão da indiplomabilidade* (nome que parece ser mais apropriado para a inelegibilidade; afinal, o problema não está em ser elegível – ele está na diplomação futura).

4 Cf. Streck, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte, Editora Casa do Direito, 2017 – verbete Constrangimento Epistemológico.

Com efeito, para além dos procedimentos de suspensão dos efeitos da condenação, a situação também pode ter uma virada na hipótese de o STF julgar as ADCs acerca da presunção da inocência. Afinal, a Lei da Ficha Limpa foi validada à revelia da presunção da inocência.

Restaurada plenamente a presunção da inocência – e há seis votos nesse sentido, uma vez que o ministro Gilmar Mendes alterou a sua posição após o julgamento da liminar das ADC em outubro de 2016 – *já não se poderá dizer que basta uma condenação de segundo grau para que alguém não seja elegível* e, conseqüentemente, diplomável.

Há, pois, vários caminhos que podem ser seguidos para a superação da – hoje alegada – indiplomabilidade do candidato ex-Presidente Lula.

A ver (sem h)!

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A “LEI DA FICHA LIMPA” À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Leonardo Isaac Yarochevsky¹

INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte instituiu um Estado Democrático, “*destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...*” (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil).

A Constituição Cidadã, nominada assim por **Ulysses Guimarães**, comprometida com o Estado Democrático de Direito e com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) bem como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) representou, sem dúvida, um marco no reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais.

A democracia, que o Estado Democrático de Direito realiza, no dizer de **José Afonso da Silva**,

“há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não

1 Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro Efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Professor de direito penal da PUC-Minas (1990-2016). Foi membro do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). Autor dos livros: “*Tchau, Querida Democracia*” (Letramento); “*República de Curitiba: por que Lula?*” (Letramento: Casa do Direito); “*Direito Penal em Tempos sombrios*” (Empório do Direito) entre outros. Advogado.

depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu exercício”.²

Com a Constituição da República de 1988 - que completa trinta anos em outubro próximo - o Brasil deveria entrar, definitivamente, no rol dos países democráticos. Após ter sofrido as consequências abomináveis de duas décadas de regime de exceção, o Estado brasileiro deveria primar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República. Durante a ditadura militar, direitos e garantias eram violados sem qualquer “escrúpulo” pelos detentores do poder. Durante o período mais sombrio, o voto - direito político elementar - foi cassado; o Congresso Nacional foi fechado; manifestações populares de caráter político foram proibidas; o *habeas corpus* foi suspenso e a censura era prévia.

Hoje, lamentavelmente, ainda se faz forçoso bradar e lutar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais que - apesar da Constituição Cidadã - continuam sendo atropelados, sobretudo, pelo Estado Penal.

Do conceito de democracia, trazido acima pelo constitucionalista **José Afonso da Silva**, o Brasil, desgraçadamente, se distancia cada vez mais. E quanto mais distante do almejado Estado Democrático de Direito, mais próximo do Estado de Exceção.

Apesar de previsto na Constituição da República como direito e garantia fundamental - cláusula pétrea - o princípio da presunção de inocência é vilipendiado em nome da fúria punitivista, alimentada pela mídia opressora, e da perversa lógica de que “os fins justificam os meios”.

Buscando eliminar o “inimigo” de ocasião, o Estado utiliza práticas de regimes autoritários e de exceção em completa e abominável afronta ao Estado Constitucional. É neste contexto que, no presente artigo, analisar-se-á a famigerada “Lei da Ficha Limpa” frente ao princípio constitucional da Presunção de Inocência.

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Origem e conceito

O princípio da presunção de inocência remonta ao direito romano. Na Idade Média, o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam na época, chegando mesmo a ser invertido já que a dúvida poderia levar a condenação. Contudo, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refletindo uma nova concepção do direito processual penal. Uma reação dos pensadores iluministas

2 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ao sistema persecutório que marcava o antigo regime, no qual a confissão - “rainha das provas” - era obtida através da tortura, de tormentos e da prisão.

Segundo **Luigi Ferrajoli**, o princípio da presunção de inocência é correlato do princípio da jurisdicionalidade (jurisdição necessária). Para **Ferrajoli** “*se é atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena*”. Mais adiante o respeitável jurista italiano assevera que o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade “*fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado*”.³

Na Itália, informa, ainda, **Ferrajoli**, com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou em profunda crise. Os freios contra os abusos da prisão preventiva deixaram de existir em nome da “*segurança processual*” e da “*defesa social*”, sendo considerada a mesma indispensável sempre que o crime tenha suscitado “*clamor público*”.⁴

O princípio da presunção de inocência se dá em três dimensões diversas: a) regra de tratamento dado ao acusado (indiciado ou réu) não permitindo que ele seja tratado como culpado; b) dimensão de garantia (regra do Estado); e c) a dimensão probatória (regra de juízo).⁵

Como regra de tratamento do acusado, o princípio da presunção de inocência impossibilita a execução provisória (antecipada) da pena.⁶ Como “regra de garantia” - dirigido ao Estado - o princípio da presunção de inocência opera “contra as opressões tanto públicas quanto privadas”.⁷ Já em uma dimensão probatória (regra de juízo) deve prevalecer o *in dubio pro reo*, posto que o ônus da prova é todo da acusação. Assim, qualquer tentativa de inversão do ônus da prova deve ser considerada inconstitucional.

A garantia de que o acusado será tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica necessariamente, também, que todos sejam julgados pelo juiz natural, lhes sendo assegurados o contraditório e a ampla defesa.⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII da CR)⁹. Consagrando, assim, o princípio da presunção de inocência.

3 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

4 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

5 CASARA, Rubens R. R. e MELCHIOR, Antônio Pedro. Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013, p. 511.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.64.

7 CASARA e MELCHIOR, ob. cit. p. 513.

8 LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 194.

9 Segundo Gustavo Badaró, “Certamente, a fonte inspiradora tal dispositivo foi a Constituição italiana de 1948: *L'imputato non è considerato colpevole sino Allá condanna definitiva*”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.60.

No direito internacional

Além de consagrado na Constituição da República - ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais - o princípio da presunção de inocência é proclamado em tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – firmada pela Constituição da República - proclama que *“Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”* (Artigo XI, 1)

Necessário salientar que ao contrair obrigações internacionais, o Brasil - como qualquer outro Estado – assumiu o compromisso de adotar, internamente, as medidas necessárias a fim de realizar e honrar os pactos firmados.

Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - observa **Fernando G. Jayme** que *“como qualquer norma relativa a direitos humanos, inspira-se em valores comuns, superiores (centrados na proteção do ser humano)”*. A concretização do princípio da presunção de inocência – proclamado no art. 8.2 da Convenção – segundo o qual *“toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”*, vai representar o seguinte:

“a) restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer 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 ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa”.¹⁰

O eminente ministro **Celso de Mello** – decano do STF - no *Habeas Corpus* 152.752 (**Lula x STJ**) acompanhando a minoria vencida, enfatizou que:

“Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder”.

10 JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Hodiernamente, o processo penal deve ser dirigido, principalmente e necessariamente, para a garantia e realização dos direitos fundamentais e que tem como objeto a limitação do poder punitivo estatal. O processo penal acusatório - único compatível com a democracia - deve ser balizado e interpretado conforme a Constituição da República.

Na concepção do processo penal democrático e constitucional, a liberdade do acusado, o respeito à sua dignidade, aos direitos e garantias fundamentais são valores que se colocam acima de qualquer interesse ou pretensão punitiva estatal. Em hipótese alguma, pode o acusado ser tratado como “coisa”, “instrumento” ou “meio”. De tal modo, não se pode perder de vista a formulação kantiana de que o homem é um fim em si mesmo.

No Estado de Direito é inadmissível, intolerável e inaceitável flexibilizar direitos e garantias individuais em nome do combate deste ou daquele delito. A investigação, a acusação e o julgamento devem ser orientados pelos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do juiz imparcial, da proibição de prova ilícita, da proporcionalidade etc. Sendo assim, qualquer mitigação ou relativização do princípio da presunção de inocência – bem como de qualquer outro direito e garantia fundamental - constitui afronta à Constituição da República e ao próprio Estado Democrático de Direito.

LEI COMPLEMENTAR Nº 135 DE 2010 – “LEI DA FICHA LIMPA”

Origem e aspectos históricos

Em março de 1964, como é sabido, sob a liderança do general **Olympio Mourão Filho** - que marchou com suas tropas de Juiz de Fora para o Rio de Janeiro - as Forças Armadas, como apoio dos EUA, iniciaram o processo de deposição do presidente eleito democraticamente **João Goulart**. Em 02 de abril de 1964, o Congresso, em sessão secreta realizada de madrugada, declarou a Presidência da República vaga. Com o golpe militar de 31 de março de 1964 foram dissolvidos os catorze partidos existentes, restando a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

Ainda que sob a égide de uma Constituição democrática, a Lei Complementar nº 135 de 2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, com viés nitidamente moralista, remonta ao sombrio período da ditadura militar. Necessário, portanto, revisitar esse nebuloso e terrível período para que se possa compreender as origens da famigerada “Lei da Ficha Limpa”.

No Brasil em 1969, durante a ditadura, embora não existisse eleições livres, a Constituição outorgada pelos militares - Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 - previa a criação de uma lei complementar para especificar casos de inelegibilidade. As hipóteses de inviabilização do direito de candidatura, teve como base critérios valorativos como a “moralidade” e a “vida pregressa” do candidato, *in verbis*:

“Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar: I - o regime democrático; II - a probidade administrativa; III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e. IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato”.

Como sói acontecer, a Lei Complementar nº 05, de 1970, atendendo ao disposto no artigo 151 da Emenda nº 1 de 1969, elencou várias causas de inelegibilidade. Nas referidas hipóteses, seria negado ao cidadão brasileiro o exercício de sua capacidade eleitoral passiva e, portanto, o pleno gozo de sua liberdade política.

Já em 1990 - no período de redemocratização e sob o manto da chamada “Constituição Cidadã” - foi editada a “Lei de Inelegibilidades”, a partir de comando constitucional específico previsto no art. 14, § 9º da Constituição de 1988, que determinava que a *“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger 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”*.

Cumprindo a reserva constitucional, a Lei Complementar nº 64/1990 estabeleceu as hipóteses de restrição à elegibilidade e seus prazos (art. 1º, I), entre os quais, aqui, destacam-se: a) a condenação transitada em julgado da Justiça Eleitoral por abuso de poder econômico ou política leva à restrição para eleição na qual o ato abusivo ocorreu e nas realizadas nos três anos seguintes; e b) a condenação penal transitada em julgado conduz à suspensão definitiva de direitos políticos durante a execução da decisão e à impossibilidade de postular um cargo eletivo.¹¹

O modelo inaugurado no regime militar de definição das inelegibilidades por lei, conforme observam **Marcelo Ramos Peregrino Ferreira** e **Julio Ortiz**, foi seguido pela atual Constituição. Várias das hipóteses de inelegibilidade estabelecidas, no regime de exceção, estão presentes na redação da Lei 64/90.¹²

A “moralidade” utilizada pela legislação durante o período ditatorial militar, como critério para a definição da elegibilidade, e que se faz presente na atual legislação do país, é inconciliável com a Democracia. Como bem salientaram **Marcelo Ramos**

11 SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A Democracia no ‘Tapetão’: a Justiça Eleitoral contra a soberania popular. In: AIETA, Vânia Siciliano; MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree (orgs). Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular. Curitiba: Íthala, 2016, p. 115 - 153.

12 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades> . Acesso em 17/07/2018.

Peregrino Ferreira e Julio Ortiz, “o binômio moralidade/inelegibilidade se presta para a perseguição dos indesejáveis”¹³ e dos “inimigos” de ocasião.

Foi assim que, em nome de um discurso moralizante, principalmente, após o chamado escândalo do “Mensalão” (Ação Penal 470) – que culminou com a condenação de parlamentares de diversos partidos pelo crime de corrupção - que o Estado Penal, alimentado pela mídia punitivista e opressora, desencadeou uma série de movimentos contra uma suposta “impunidade”, bem como de combate a criminalidade, notadamente, a corrupção.

A Ação Penal 470 (“Mensalão”), segundo observa **Wanderley Guilherme dos Santos**, “inaugurou a atitude conservadora de interromper por via não eleitoral a liderança do Partido dos Trabalhadores, com intervenção ancilar direta no Judiciário. A história das tentativas de golpe de Estado, em 1954, 1955, 1961, e do bem-sucedido assalto ao poder em 1964, contava automaticamente com a passividade comprometida do Supremo Tribunal Federal (STF)” .

Mais adiante, o pesquisador salienta que: “A Ação Penal 470 estreou ostensivo espetáculo de intervenção jurídica na ordem política. Aproveitou pretexto sem fundamento real e instaurou o primeiro processo político de degradação, além de punição penal, com apoio midiático e apelo classista. As raízes do ativismo são recentes, de inclinação indisfarçável e de adubo catalogado”.¹⁴

Diante deste cenário, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) obteve, segundo se apurou, mais de um milhão e trezentos mil assinaturas – suficiente para atender à exigência constitucional de projeto de lei por iniciativa popular – que deu origem a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). A campanha de “combate à corrupção eleitoral”, além do apoio dos grandes meios de comunicação contou com a adesão de vários segmentos da sociedade, destaca-se aqui: a Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Neste sentido, conforme observa **Eneida Desiree Salgado**, a Lei Complementar nº 135/2010 surgiu de uma discussão na sociedade a respeito da corrupção. “Na esteira da Lei nº 9.840/99, que traz para a Lei das Eleições a figura da captação ilícita de sufrágio, com descrição similar ao crime de corrupção previsto no artigo 299 do Código Eleitoral, mas que evita a necessidade de trânsito em julgado para a cassação do registro ou do mandato, há uma mobilização popular para a extensão das vedações para a participação na disputa eleitoral”.¹⁵

13 Idem.

14 SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A democracia impedida: o Brasil do século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p.159,

15 Disponível:<https://www.academia.edu/35817959/SALGADO_Eneida_Desiree_A_elegibilidade_como_direito_pol%C3%ADtico_fundamental_as_inelegibilidades_retroativas_da_Lei_Complementar_135_10_e_a_in_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal. Acesso em 17/7/2018.

Da (in)constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”

No que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.578/DF) que declarou, por sete votos a quatro, que a Lei Complementar 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”) é constitucional, a questão crucial, que aqui se aborda em relação a afamada “Lei da Ficha Limpa”, diz respeito a sua constitucionalidade frente ao princípio da presunção de inocência proclamado na Constituição da República e nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

É sabido que a “Lei da Ficha Limpa” considera inelegíveis aqueles que foram condenados por órgão colegiado pela prática de alguns crimes previsto na lei, como os cometidos contra a fé pública, o patrimônio público ou privado, o sistema financeiro, entre outros. De tal modo, a Lei Complementar nº 135/2010 prevê a inelegibilidade daquele que foi considerado culpado em julgamento proferido por mais de uma pessoa, ainda que tal decisão não tenha transitado em julgado e, portanto, não seja definitiva.

Toda a celeuma em relação à constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” girou, justamente, em torno da sua compatibilidade ou não com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Conforme já adiantado, o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.578/DF), em julgamento no início de 2012, declarou que a lei é constitucional amparando sua decisão no artigo 14, parágrafo 9º da Constituição da República que, por seu turno, após a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994, veio a autorizar que lei complementar estabelecesse outras hipóteses de *inelegibilidade* para proteger a “*proibição administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida progressiva do candidato*”.

Note-se que a discussão que ora se apresenta não é nova. Durante, ainda, a vigência do regime militar, o princípio da presunção de inocência foi defendido e utilizado pelo então ministro **Xavier de Toledo**, à época, no Tribunal Superior Eleitoral, para combater a Lei Complementar que previa a inelegibilidade daquele que tivesse contra si instaurada uma ação penal por determinados crimes. Assim, se manifestou o ministro **Xavier de Toledo**:

“Por que admitir que o simples fato de pendência de um processo, com denúncia oferecida e recebida, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. E não posso admitir porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma”. Recurso Ordinário (4.189-RJ)

Como bem observou **Pierpaolo Cruz Bottini**, ainda que o citado entendimento tenha sido revisto posteriormente, a manifestação é importante para demonstrar *quão incômoda era já no início dos anos 70* – em plena ditadura militar – “a supressão

automática de direitos diante do cumprimento de etapas processuais anteriores ao trânsito em julgado (indiciamento, denúncia ou condenação)".¹⁶

Vale aqui registrar, embora vencido, o excelente voto do ministro **Dias Toffoli**, no julgamento da ADI 4.578/DF, que demonstrou de forma precisa as *incongruências* da Lei Complementar nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa") – considerada por ele inconstitucional – principalmente, no que concerne à inversão do princípio da presunção de inocência:

"Quatro são as incongruências que emanam do dispositivo. A primeira é a criação de regra de inversão do postulado da presunção de inocência. Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, a fim garantir-lhe a participação na eleição, até porvindouro trânsito em julgado de condenação que desabone sua moralidade e afete seu pregresso histórico de vida, a norma tece prescrição contrária, presumindo a culpabilidade e negando o acesso do cidadão ao pleito eleitoral, a não ser que obtenha provimento cautelar permissivo. Tal situação é um descalabro jurídico, com a devida vênia, já que, como antes ressaltado, a incidência da garantia tem fim no trânsito em julgado e na conseqüente definitividade da situação jurídica ensejadora da inelegibilidade.

O dispositivo também é marcado pela fragilização do princípio da presunção de inocência, diante da ausência de um critério objetivo que pautar a concessão ou a negação de acesso do candidato ao pleito eleitoral. Não se nega a imensa validade garantista do juízo cautelar e da sensibilidade judicial aos casos da vida, quanto à aferição do risco da demora da prestação jurisdicional. Ocorre que a irrepetibilidade do momento histórico, como no caso das eleições, e a difícil ou incerta reparabilidade do dano, no caso em questão, devem levar a um juízo, em regra, permissivo, sob pena de frustra absolutamente, ou fadar à ineficácia, o provimento jurisdicional de absolvição do acusado.

Mas, no meu entender, a questão que mais me causa perplexidade no dispositivo ora em análise é que ele demonstra o quanto é injusto e inconstitucional a incidência de causa de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial, uma vez que ressalta a fragilidade das decisões ainda precárias. Ora, se é necessária a concessão de espaço para o afastamento cautelar da inelegibilidade se plausível a pretensão recursal, é porque se admite a possibilidade de equívocos nas decisões proferidas pelos órgãos colegiados, o que inegavelmente acarreta prejuízo irreparáveis ao candidato.

Por fim, salta-me aos olhos o fato de que essa previsão confere aos juízes o poder de determinar, por critérios por demais subjetivos – próprio do juí-

16 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-14/direito-defesa-afastamento-servidor-lei-lavagem-dinheiro>>. Acesso em 18/7/2018.

zo de deliberação -, quem continua ou sai da disputa eleitoral. Relega-se, por completo, a premência constitucional de que as hipóteses de inelegibilidades recaiam sobre situações objetivas, de forma a evitar critérios subjetivos e não isonômicos que possam burlar, inclusive, a lisura do pleito eleitoral. Há aqui quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos, deixando-se espaço para casuísmo, surpresa, imprevisibilidade e violação da simetria constitucional dos postulantes a cargos eletivos”.¹⁷

É tão evidente que a Lei Complementar nº 135/2010 - “Lei da Ficha Limpa” - é incompatível com a Constituição da República, notadamente, com o princípio constitucional de presunção de inocência, que chega a ser demasiado e, até mesmo, desnecessária qualquer explicação neste sentido.

O fato de a Constituição da República ter autorizado a Lei Complementar a estabelecer outros casos de inelegibilidade (art. 14, § 9º da CR) deve ser interpretado restritivamente e à luz da própria Constituição.

Não se pode olvidar, como já dito alhures, que o Estado brasileiro é signatário de Tratados e Convenções, entre as quais, destaca-se aqui a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, além de consagrar o princípio da presunção de inocência (art. 8 .2), dispõe sobre os direitos políticos (art. 23). Sendo certo que a Convenção admite a restrição aos direitos políticos, exclusivamente nas hipóteses elencadas em seu texto: por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Os impedimentos e casos de inelegibilidade impostos pela Lei Complementar nº 135/2010 - “Lei da Ficha Limpa” - além de afrontar a Constituição da República, está em total desacordo com o Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Após duas décadas de ditadura militar com limitação e restrição de direitos e garantias, o Brasil, com a Constituição da República de 1998 - “Constituição Cidadã” - teve a oportunidade, de uma vez por todas, de entrar no rol dos países verdadeiramente democráticos.

Contudo, a história recente demonstrou que a tão almejada democracia (material) ainda está distante de ser uma realidade.

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4.578/DF, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, j. 16/02/2012. DJE 29/06/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 19/7/2018.

A fragilidade do Estado brasileiro e das suas instituições ficaram evidenciadas diante do recente golpe parlamentar que destituiu do poder a presidenta Dilma Rousseff eleita democraticamente com mais de 54 milhões de votos.

A partir do momento em que passa a ser necessário demonstrar que princípios fundamentais, como o da presunção de inocência - alicerce do próprio Estado de Direito - estão sendo violados e a Constituição rasgada é porque a democracia está agonizando enquanto o Estado de Exceção vem se fortalecendo.

No que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, a Constituição não poderia ter sido mais clara e categórica quando proclama que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), ao consagrar o princípio da presunção de inocência.

Por se tratar de “clausula pétreia”, de acordo com o art. 60, § 4º, IV da CR, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “direitos e garantias individuais”.

De igual modo, não se admite, em matéria de direitos fundamentais, qualquer forma de “retrocesso”. A “proibição do retrocesso” norteia a evolução dos direitos fundamentais, sendo assim, os direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos. No que se refere ao plano normativo, a vedação do retrocesso protege os direitos fundamentais impedindo a revogação das normas que os consagram, bem como a substituição dessas normas por outras que não ofereçam garantias com a mesma eficácia. Embora quase sempre relacionado aos direitos sociais, é evidente que não se pode retroceder, também e principalmente, em matéria de direitos fundamentais e humanos.

Por sua vez, os direitos políticos – “direitos de cidadania” – representam a própria essência da democracia, notadamente, nas chamadas “democracias representativas” que têm por base o pluralismo ideológico e partidário.

Por tudo, entende-se que a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”) – fruto de um sistema autoritário e moralista – ao restringir direito político (capacidade eleitoral passiva), ou seja, dos cidadãos serem escolhidos, através de eleições livres e democráticas, para o exercício de cargos públicos, na condição de representantes, a um só tempo, afronta o texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República) e Tratados Internacionais – que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2).

Por fim, não é despidendo salientar que na concepção do processo penal democrático e constitucional – único compatível com o Estado Democrático de Direito - a liberdade do acusado – seja ele quem for - o respeito à sua dignidade, aos direitos e garantias fundamentais são valores que se colocam acima de qualquer interesse ou pretensão punitiva estatal.

LULA E *LAWFARE* POLÍTICA: O CASO DO PROCESSO PENAL COM DUPLA VELOCIDADE

Marcelo Santiago de Padua Andrade¹

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil presencia um acirramento da política através de uma polarização que atinge níveis elevadíssimos que inviabilizam o diálogo e a construção de pontes e consensos mínimos na sociedade. Essa afirmação pode ser confirmada facilmente por qualquer experiência de uso de redes sociais, que é suficiente para deixar à mostra a existência de dois campos antagonistas que lançam mão de todos os expedientes e armas para aniquilar e destruir o adversário, sem respeito aos limites legais ou éticos.

Certamente um dos fatores da elevação do tom dos debates do espaço público em geral foi o resultado eleitoral apertadíssimo das eleições presidenciais de 2014 e um sentimento de não saber lidar com a derrota. Depois disso, a fratura social somente foi alimentada por uma severa crise política que culminou com o *impeachment* da então Presidente Dilma Roussef e pelo suceder de fases (hoje mais de 50) da Megao-peração Lava Jato, que levou à condenação criminal do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ao seu encarceramento e ao potencial indeferimento de seu registro de candidatura ao cargo de Presidente para as eleições de 2018, em razão de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e da LC 64/90.

Mas o que pode acontecer se, por exemplo, o acirramento das disputas políticas chegar num nível tão elevado que faça atores institucionais que deveriam ser neutros e imparciais (como os que fazem parte do sistema de justiça) tomarem partido nessa batalha política e atuem para desequilibrar o jogo político? O que acontece se houver o uso abusivo da lei e do sistema de justiça para realizar perseguições políticas, calar vozes e, com isso, desequilibrar o jogo democrático?

Esse fenômeno tem o nome de *Lawfare* e, sem dúvida alguma, será um dos temas mais discutidos no instante dos registros de candidatura para as eleições presidenciais de 2018.

1 Advogado, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP.

O QUE É LAWFARE POLÍTICA?

Lawfare é um termo relativamente novo para uma prática antiga: o emprego do direito em substituição ou como linha auxiliar da guerra militar.

Nesse seu sentido puro, a expressão foi utilizada pelo General das Forças Aéreas dos EUA Charles Dunlap (2011) buscando significar “*a estratégia do uso – ou não uso - do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra*”. *Lawfare* seria, portanto, o emprego da lei como forma de obtenção de algo que, usualmente, exigiria o uso de força militar tradicional, funcionando como meio de compelir um comportamento específico com menor custo que a tradicional guerra cinética, sempre com a intenção de enfraquecer ou destruir um adversário.

Embora o revisitar de fatos históricos possa indicar incontáveis momentos de uso do direito em guerras antes mesmo da existência dessa expressão, a popularização do termo tem relação com o combate ao terrorismo após os atentados das Torres Gêmeas em 2001 e as consequentes Guerras no Afeganistão e no Iraque. Um bom exemplo do uso da *lawfare* naquele momento se deu na Operação *Enduring Freedom*, em que houve a compra de imagens comerciais de satélites em áreas do Afeganistão como forma de impedir que tais fotos caíssem nas mãos da Al Qaeda (contratos de compra e venda produziram os efeitos que, normalmente, se buscaria obter pelo emprego da força militar). Outros casos de sucesso de *lawfare* no sentido militar foram as sanções internacionais que debilitaram forças aéreas iraquianas em 2003 (sucateadas a ponto de não conseguirem levantar voos com suas aeronaves) e ainda o bloqueio de ativos financeiros de grupos e células terroristas.

Pode-se dizer que *lawfare*, pela perspectiva militar, é um termo neutro, que não é bom ou ruim em si mesmo. Poderá ser positivo ou negativo, adequado ou abusivo, a depender do caso concreto. Mas se o uso da lei como arma de guerra pode até mesmo apresentar vantagens (como a redução da perda de vidas e a diminuição de danos), poderá existir alguma situação em que se deva tolerar o uso da lei, e principalmente do sistema penal, com finalidades políticas voltadas a atacar e destruir pessoas? É possível admitir que a *lawfare* migre das guerras militares para as arenas políticas a fim de destruir oponentes políticos?

A resposta somente pode ser negativa.

Projetada para a política, a *lawfare* é o uso abusivo das leis e de processos judiciais pelos agentes do sistema de justiça, usualmente com o auxílio da mídia, para perseguir um adversário, sempre por motivação política e visando a sua destruição. É o emprego da lei como arma para a guerra política e a fim de impactar nas disputas por espaços de poder. Usa-se a lei para *causar a morte política em lugar da execução física do adversário*, de maneira que primeiro escolhe-se um culpado para depois buscar-se um crime.

A *lawfare*, por fazer uso de instrumentos jurídicos e legais, desenvolve-se com aparência de legalidade, como se todas as regras do jogo estivessem sendo cumpridas e como se fosse legítimo o início da persecução penal contra o inimigo. Contudo, para produzir o clamor público contra o adversário escolhido, são promovidas sistemáticas violações a direitos fundamentais, que podem ser ilustradas pelas conduções coercitivas excessivas, pelos vazamentos seletivos de informações, áudios e vídeos para serem explorados pelos meios de comunicação e pelo uso abusivo de prisões cautelares como forma de coação em busca das colaborações premiadas que favoreçam à obtenção do resultado almejado pelo perseguidor.

Num cenário de *lawfare* projetada para a política, algumas características podem ser notadas, tais como:

(a) *iniciativas de leis para reduzir as garantias na persecução penal*: um exemplo disso no exame da situação brasileira são as 10 medidas contra a corrupção; e ainda a Lei nº 12.850/2013, que criou mecanismos novos de investigação criminal que podem efetivamente representar lesão a direitos fundamentais.

(b) *iniciativa de leis com tipos penais excessivamente abertos*: mais uma vez o exemplo vem da Lei das Organizações Criminosas, já que a Lei nº 12.850/2013 traz definição de *organização criminosa* tão aberta que possibilita que *quase tudo* possa ser considerado como conduta típica.

(c) *judicialização de questões antes reservadas ao ambiente político*: um exemplo muito claro desse ponto, mais uma vez olhando a realidade brasileira, são os usos de medidas judiciais para impedir posses de Ministros de Estado, matéria que até bem pouco tempo atrás estava confinado no âmbito do Poder Discricionário do Presidente da República.

(d) *reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo direitos fundamentais*: as discussões sobre a prisão após a condenação criminal em segundo grau em contraposição com a presunção de não-culpabilidade prevista na CF/88 e do art. 283 do CPP são ótimos exemplos. Após décadas de um entendimento firme em consonância com a literalidade do Texto Constitucional, houve a alteração do entendimento para permitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, o que gerou o ajuizamento de ADCs sobre a matéria. Apesar de maduras para o julgamento, as ações não são pautadas, o que demonstra algo que pode ser utilizado como arma numa *lawfare*: os poderes excessivos dos Presidentes de Tribunais e órgãos colegiados fracionários em organizar de forma absoluta a pauta.

(e) *instauração de perseguições penais para alcançar objetivos políticos*: como o sistema penal é manipulado para calar vozes, iniciam-se investigações e posteriormente processos penais carentes de *justa causa* e que evoluem para condenações criminais carentes de comprovação da ocorrência de crime (materialidade e/ou autoria), havendo uso de *standards* de provas não civilizados e o emprego de teorias probatórias deturpadas e não amparadas pelo direito positivo vigente.

(f) *divulgação de investigações criminais e de fatos do processo penal pela mídia com o fim de obter o clamor público contra o inimigo*: há um consórcio entre os *law warriors* encarregados da perseguição e os veículos de imprensa no projeto de destruição política. Reiteradamente há vazamentos seletivos de informações relacionadas ao opositor, sua exploração massiva pelos veículos de imprensa que muitas vezes deixam os fatos de lado e fazem apenas exposição de opiniões convergentes para consolidar a sensação de culpa da vítima de *lawfare*.

(g) *prejuízo à imparcialidade do julgador*: a arquitetura do devido processo legal, almejando permitir a exarcação de um provimento jurisdicional dotado de legitimidade, deve respeitar garantias mínimas, como existência de um juiz natural que deve ter *imparcialidade*. E as teorias mais modernas indicam que o julgador deve ser não apenas subjetivamente imparcial, mas também objetivamente imparcial, de forma que deve ter comportamentos que não despertem sentimentos de que o julgador possa estar comprometido com um dos lados e que tenha interesse em produzir determinado resultado.

Vale frisar que o rol acima trazido não é taxativo porque, no tempo e no espaço - e consideradas as realidades de cada ordem jurídica, - as *lawfares* políticas podem reunir todas as características acima indicadas, apenas algumas delas ou ainda assumir outras feições. Quanto maior o concurso daquelas características, maior nitidez terá um observador isento em sua conclusão sobre a existência do abuso de direito na perseguição do adversário político por meios jurídicos. Mas o que também é importante frisar é que, justamente em razão do antagonismo de forças que está no nascedouro daquela modalidade de guerra jurídica, a conclusão sobre a existência ou não de *lawfare* nem sempre é nítida e fácil porque as leis são as armas dessa guerra. É o que a *lawfare* quer fazer: confundir o preso político com o preso comum,

UM PROCESSO PENAL DE DUPLA VELOCIDADE

Nesse momento, podemos dizer que a caracterização da *lawfare* envolve uma disputa de narrativas: os perseguidores, consorciados com a imprensa que amplifica suas vozes, defendem que há apenas o funcionamento adequado das instituições públicas de um país, que simplesmente atuam diante das evidências de práticas delituosas de forma que o encarceramento e eventuais restrições da capacidade eleitoral passiva do político antagonista seriam meras consequências da lei. Do lado oposto, a vítima e seus apoiadores denunciam o abuso de poder, o desvio de finalidade e o emprego abusivo de processos judiciais apenas para se obter resultados políticos que não se lograria obter numa arena política livre da influência do sistema de justiça.

Ao longo desses anos, muitos argumentos podem ser catalogados para sustentar a existência de uma *lawfare* política contra forças sociais e políticas em desalinho com os interesses de grupos secularmente hegemônicos no país. Poderíamos nos dedicar a examinar a imparcialidade dos julgadores, os vazamentos seletivos feitos à imprensa,

o uso de conduções coercitivas e o emprego de prisões cautelares como mecanismos de pressão para obter colaborações premiadas que apoiam as versões acusatórias dos inúmeros processos instaurados contra o Ex-Presidente Lula. Contudo, preferimos aqui tratar do *tempo do processo* que, na nossa visão, tem um caráter mais objetivo.

Desde o início, a sensação que se tem é que todas as inserções do ex-Presidente Lula na Lava jato levaram em consideração um calendário político a fim de produzir efeitos sobre as disputas políticas em curso no país. Basta lembrar que sua condução coercitiva aconteceu em 04.3.2016, quando a disputa política brasileira girava em torno do início ou não do processo de *impeachment* contra sua aliada, a então Presidente Dilma Rousseff (a Câmara dos Deputados admitiu o *impeachment* numa sessão acontecida num domingo, em 17.04.2016). A apresentação da denúncia se deu em 14.08.2016, quando o processo de *impeachment* já avançava para o julgamento final perante o Senado Federal (o que aconteceu em 31.08.2016). É claro que tanto a condução coercitiva e a apresentação da denúncia contra Lula geraram horas e horas de noticiário negativo pela imprensa, o que certamente contribuiu para a produção do resultado político que foi o afastamento do Partido dos Trabalhadores do poder.

O processo penal contra o ex-Presidente Lula seguiu em ritmo acelerado, tendo sido a sentença condenatória exarada em 12.07.2017 e o julgamento da apelação (interposta em 12.09.2017) pelo TRF da 4ª Região acontecido em 24.01.2018. O tempo entre a sentença e o julgamento pela segunda instância aconteceu na metade do tempo médio de tramitação das apelações criminais naquele Tribunal, como indicou matéria constante do Portal do Jornal Zero Hora². A mesma matéria informava que nenhuma das 23 apelações criminais relacionadas à Lava Jato julgadas até então pelo TRF4 foram julgadas de forma tão rápida, trazendo ainda dados objetivos importantes: (a) na primeira instância, o prazo médio entre o julgamento e a apelação era de 96 dias, ao passo que no caso Lula o prazo foi de 42 dias; (b) com relação ao tempo entre conclusão do relator e a liberação do voto, a média dos processos era de 275,9 dias, ao passo que o processo de Lula consumiu 100 dias; (c) o tempo médio entre a revisão e o julgamento no TRF4 era de 105 dias, mas para Lula a revisão consumiu 54 dias.

Nessa velocidade incomum, em 24.01.2018 (ano eleitoral, portanto), já existia uma condenação em segundo grau de jurisdição numa ação penal pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Em 26.03.2018, o mesmo TRF4 rejeitou embargos declaratórios opostos pela defesa do ex-Presidente. E isso seria suficiente para afastar Lula da disputa política em razão da inelegibilidade do art. 1º, I, e da LC 64/90.

Em 04.04.2018, o STF, por estreita maioria de votos, negou HC ao Presidente Lula sobre a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade após o julgamento de segundo grau e antes do trânsito em julgado e, no dia seguinte (05.04.2018), houve a determinação do encarceramento do réu.

2 <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/12/entre-sentenca-de-moro-e-julgamento-no-trf4-apelacao-de-lula-leva-menos-da-metade-do-tempo-medio-cjb46b8ag0bti01mk4btn42x7.html>
Acesso em 21.07.2018

Depois desses resultados produzidos (os pressupostos normativos para a discussão sobre a inelegibilidade e a prisão do ex-Presidente Lula) o processo assumiu outro ritmo, muito mais lento, passando a impressão que, daquele momento em diante, passou a ser apenas mais um nos escaninhos do Poder Judiciário.

A tramitação acelerada do processo penal contra o Ex-Presidente Lula despertou reclamações por parte de seus defensores e apoiadores, que alegavam que a ocorrência demonstraria que não haveria um julgamento justo e imparcial. Contudo, o que se ouviu em resposta aos protestos era a afirmação de que não existiria um direito à morosidade, à procrastinação, com invocações inclusive ao Estatuto do Idoso.

O art. 5º, LXXVIII da CF/88 reconhece que a *duração razoável do processo* é um direito fundamental que gera para o jurisdicionado a legítima expectativa de ver seu processo (de qualquer natureza) resolvido da forma mais rápida possível, evitando-se lesões irreparáveis ou de difícil reparação aos direitos discutidos em juízo. O dano marginal do fator tempo na relação jurídica processual deve ser o menor possível, o que gera para o Poder Judiciário o dever de criar mecanismos que façam os processos em geral avançarem em ritmo mais ou menos homogêneo. Essa é, por exemplo, a objetividade jurídica do art. 12 do CPC/2015, que prescreve que os processos devem ser julgados, como regra geral, com obediência à ordem cronológica de suas conclusões.

É claro que a ordem cronológica da conclusão dos processos é um critério relevante para se cumprir de modo impessoal a promessa constitucional da duração razoável do processo. Todavia, os próprios termos em que construído o art. 12 do CPC/2015 indica que podem haver exceções.

O Poder Judiciário poderia legitimamente enxergar no processo criminal contra o ex-Presidente Lula características especiais que recomendassem a sua resolução da forma mais rápida que a média por envolver um importante *player* da política que poderia se ver privado de sua capacidade eleitoral passiva a depender do resultado do processo. Poderia ser dito que a solução da questão seria relevante para se dar maior clareza sobre os rumos do processo eleitoral, tanto para os partidos políticos quanto para o eleitor brasileiro, que deveria ter conhecimento do resultado final do processo antes do pleito eleitoral.

Entretanto, não poderia o Poder Judiciário conferir *dupla velocidade ao processo*, que tramitou com a celeridade máxima em primeira e segunda instâncias e, após o provimento jurisdicional que levou Lula à prisão e serve de justificativa legal para afastá-lo da corrida presidencial, passou a ter uma marcha lenta.

O ritmo dos atos processuais deveria ser apenas um, do início do processo ao seu trânsito em julgado. Se houve a opção pela aceleração, deveria o ritmo diferenciado ser imprimido até o seu final, não sendo admissível que uma vez produzido o efeito almejado na arena política o processo passe a tramitar em velocidade lenta a fim de diminuir a efetividade da ampla defesa e comprometer as chances de reversão do quadro desfavorável antes das eleições.

É muito nítido, portanto, que ainda que não fosse essa a motivação da atuação do Poder Judiciário, o duplo ritmo do processo penal contra o Ex-Presidente Lula acaba por interferir negativa e ilegitimamente nos rumos do processo eleitoral brasileiro de 2018.

CONCLUSÃO

O regime de inelegibilidades brasileiro é construído a partir de normas constitucionais e por normas infraconstitucionais contidas na LC 64/90 (com a redação dada pela LC 135/2010).

Tradicionalmente, a Justiça Eleitoral não faz o papel de simples *chanceladora* de inelegibilidades ao apreciar os pedidos de registro de candidaturas, vez que há espaço para se perquirir se os pressupostos legais de inelegibilidades estão presentes ou não.

A interpretação que se faz, por exemplo, do art. 1º, I, *l* e *j* da LC 64/90 (condenações por improbidade administrativa e por desaprovação de contas públicas) demonstra que as inelegibilidades não decorrem inexorável e diretamente das decisões (judiciais ou administrativas). Há espaço para se afastar inelegibilidades quando não satisfeitos pressupostos legais (tais como a existência de ato doloso de improbidade administrativa, dano ao erário e enriquecimento ilícito).

O exame do acervo da jurisprudência do TSE revela a existência de ao menos um precedente em que se afastou a inelegibilidade do art. 1º, I, *e* da LC 64/90 (casos de condenação criminal), considerando-se que o fato punido na esfera criminal não era capaz de afrontar a objetividade jurídica do art. 14, § 9º da CF/88 (fonte constitucional do regime de inelegibilidades). Trata-se do Acórdão TSE no RO nº 171, Rel. Des. Min Neri da Silveira, j. em 287.08.1998.

Assim, entendemos que o Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar eventual pedido de registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva para as eleições presidenciais de 2018, pode e deve considerar (a) a gravidade do fatos discutidos na ação penal (cabendo lembrar que não há um ato de ofício imputado ao ex-Presidente), (b) a qualidade da prova e sua aptidão para demonstrar que, efetivamente, os fatos discutidos afrontam a objetividade jurídica do art.14, § 9º da CF/88 e (c) todos outros aspectos do processo, como sua marcha processual em dois ritmos que, objetivamente e de forma clara, denotam abuso de poder e desvio de finalidade no uso de processos penais para o fim de injustamente repercutir na disputa eleitoral e desequilibrar as forças políticas.

REFERÊNCIAS

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare Today... and Tomorrow in: *International Law and Changing Character of War*. Raul A. Pete Pedrozo e Daria P. Wollschlaeger editores, 2011, p. 315. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acesso em 20.07.2018.

MASCARENHAS, Gabriel. STF nega recurso de Lula e Teori critica espetacularização' a Lava Jato. *Folha de São Paulo* (on line). 04 de outubro de 2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-eoricritica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml>. Acessado em 23 de maio de 2017.

O que é Lawfare? Disponível em < <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/> Acesso em 06.05.2017.

KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. New York: Oxford University Press, 2016.

ZANIN, Cristiano. *Lawfare*. Entrevistador: Brenno Tardelli. 17 de novembro de 2016. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-usoindevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguido-politica/> . Acesso em 24.05.2017.

O PRINCÍPIO LULA: DEMOCRACIA E ELEIÇÕES EM 2018¹

Marcia Tiburi²

Falar de democracia no Brasil hoje significa, mais do que nunca, falar de um espectro.

Desde o final dos anos 80, com a chamada Abertura, vivemos dentro de uma espécie de bolha democrática que foi furada pelo Golpe. A partir de então, a fragilidade da redemocratização formal que vivíamos veio à tona e, como aquela energia elétrica que falta, a urgência e a importância de democracia apareceu mais radicalmente. Se de um lado ela é frágil e precária, de outro a democracia é uma forma aberta que requer reinvenção. Como cidadãos, seguimos nessa linha.

Se é verdade que vivíamos em uma democracia de baixa intensidade, em meio a avanços e retrocessos, erros e acertos, pelo menos a vida política brasileira desenvolvia-se dentro dos marcos impostos pelas regras do jogo democrático. Existia democracia, ainda que insuficiente. Hoje, nem isso.

No momento presente, apostamos em eleições, mesmo depois dos 54 milhões de votos vencedores jogados na lata do lixo da história em 2016. Resistir é insistir. O desejo de democracia segue e a utopia de um mundo melhor permanece presente entre nós, exigindo atitudes capazes de superar esse estado político, econômico e social injusto.

O CARÁTER EXCEPCIONAL DA ELEIÇÃO EM TEMPOS DE GOLPE

Talvez o conjunto das forças de centro-esquerda, ou seja, daqueles que acreditam que o Estado tem um papel ativo e fundamental na redução das desigualdades sociais e na implementação do projeto constitucional de vida digna para todas e todos, parece não ter percebido que a próxima eleição tem um caráter excepcional. Trata-se da primeira eleição presidencial que se dá em um quadro de quebra da normalidade democrática.

1 Artigo publicado anteriormente, em 24 de maio de 2018, na Revista Cult: <https://revistacult.uol.com.br/home/o-principio-lula-democracia-e-eleicoes-em-2018/>

2 Marcia Tiburi é graduada em filosofia e artes e mestre e doutora em filosofia (UFRGS, 1999). Autora de diversos livros, é colunista da Revista Cult.

Os efeitos de um golpe de Estado, ainda inconcluso, se fazem sentir diariamente. O impeachment da presidenta eleita sem crime de responsabilidade, a implementação de um projeto político derrotado nas urnas e a utilização do sistema penal para perseguir os inimigos políticos dos atuais detentores do poder político, que se confundem com a parcela significativa dos detentores do poder econômico, deixam claro que o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) atua fora dos limites da legalidade democrática para atender interesses que não se confundem com os da maioria do povo brasileiro.

O “Golpe”, portanto, deve ser a categoria de análise da situação política. Não basta afirmar a existência de um golpe, mas, a partir dessa constatação inafastável, perceber as consequências e formular estratégias de atuação compatíveis com esse quadro.

O que está em jogo é, mais uma vez, a democracia. Não só a democracia formal e a importância do voto na escolha dos governantes estão em risco, mas uma concepção de Estado comprometido com a dignidade da pessoa humana, a realização dos valores republicanos e a concretização dos direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas.

É justamente esse “comum”, que envolve a efetiva participação popular na tomada das decisões políticas e a realização dos direitos e garantias fundamentais da população, que deve unir todas as forças de centro-esquerda e ser posto em oposição ao golpe e aos candidatos dos grupos econômicos responsáveis pela quebra da normalidade democrática.

PRINCÍPIO LULA

Podemos chamar esse “comum” capaz de aglutinar e promover reações às consequências práticas do Golpe contra a população e a democracia de *Princípio Lula*. Esse princípio não se confunde com o pré-candidato Luiz Inácio Lula da Silva, que atualmente está submetido a uma brutal perseguição judicial com finalidade política. O cidadão Lula da Silva é um homem de carne e osso, com seus erros e acertos, que se tornou a maior liderança política do Brasil, um ex-presidente que deixou o cargo com 83% de aprovação, segundo dados do Datafolha. Já o princípio Lula é um vetor de orientação que exige ações concretas à redução da desigualdade, um mandamento de conduta direcionado a resistir ao projeto neoliberal que quer transformar tudo e todos em objetos negociáveis. O princípio Lula fundamenta a luta de todos aqueles que querem o retorno e o aprofundamento da democracia.

O ex-presidente Lula, antes de sua prisão, disse que é impossível aprisionar ideias. Ele tem razão. Lula, esse espectro que ronda o Brasil, vai se concretizar na próxima eleição cada vez que o eleitor votar em candidatos radicalmente contrários ao Golpe. Mais do que apenas em Lula, o voto possível do campo democrático será no que ele representa no imaginário popular, ao que podemos chamar de princípio Lula. Esse princípio atravessará o voto de todos os que desejam a democracia. A união das esquerdas, indispensável à defesa da democracia, queiram ou não, passa pela adesão ao princípio Lula.

Não é novidade que para reduzir a pobreza, gerar empregos formais e promover o crescimento econômico, o governo protagonizado por Luiz Inácio Lula da Silva adotou uma postura pragmática, por vezes, conflitante com princípios históricos que levaram à criação do Partido dos Trabalhadores. A questão era e ainda é: vale ou valeu a pena um amplo ciclo de alianças e as tentativas de conciliar na medida do possível os interesses de classes distintas quando isso é necessário a um projeto de governo voltado a atender aos interesses da maioria da população? Intelectuais de esquerda ainda divergem. Os altos índices de popularidade de Lula da Silva, mesmo depois de uma terrível campanha empresarial-midiática contra a sua imagem, parecem indicar que o povo não tem tantas dúvidas ou apego ao purismo doutrinário.

Porém, criticar o Partido dos Trabalhadores à esquerda, tensionando pelo abandono de certo conservadorismo da política macroeconômica ou pela adoção de posturas revolucionárias, era um luxo de tempos democráticos. Hoje, qualquer reflexão séria sobre os rumos do país deve partir da constatação de que o Brasil durante o governo Lula reduziu a desigualdade, promoveu um crescimento econômico bem superior à média das últimas décadas, diminuiu o furor privatizacionista e reduziu substancialmente o desemprego.

DEVOLVER O ESTADO AO POVO

O Golpe, todos já sabem, deu-se em razão dos acertos e do que havia de compromisso popular no governo petista e não por causa dos erros dos governantes, que não foram poucos. No entanto, para reagir ao golpe, o mais importante é reafirmar e defender os acertos do Partido dos Trabalhadores. Isso não significa que o Partido dos Trabalhadores está livre do dever de formular uma autocrítica. A autocrítica é fundamental para que erros não se repitam no futuro, mas não deve servir para demonizar o passado.

Todo governo é complexo, e como produto histórico caracteriza-se por acertos e erros. Não se pode, porém, ignorar que hoje os erros dos governos petistas são utilizados na retórica golpista, acolhida pela esquerda mais ingênua, para ocultar e demonizar os acertos que tanto incomodaram a muitos dos detentores do poder econômico que, no Brasil e no exterior, não têm qualquer compromisso com o destino do país, e à parcela da classe média que se mostrou incomodada com a ascensão social das classes populares.

Hoje, em um momento marcado por uma ameaça concreta à democracia brasileira, não há mais espaço para o narcisismo das pequenas diferenças ou ressentimentos daqueles que, por idealismo, purismo ou vaidade, acreditaram ter sido traídos ou abandonados pelos governos petistas. Diante do crescimento do pensamento conservador e do projeto de destruição do Estado brasileiro, como insistir com idiossincrasias, projetos pessoais de poder ou desejos de reforçar identidades partidárias? Nesse momento, é preciso que todos aqueles que possam participar diretamente das eleições

de 2018 o façam, como apoiadores de uma união das esquerdas e, até mesmo como candidatos, quando for o caso, o que envolve certa dose de generosidade e sacrifício pessoal muitas vezes. Os rumos da política democrática brasileira dependem da união das esquerdas. Junto ao princípio Lula, não há nada mais importante do que a união das esquerdas nesse momento.

Há uma missão histórica posta às forças progressistas: devolver o Estado ao povo, impor limites democráticos ao poder econômico e concretizar os direitos fundamentais de todos e todas. Os golpistas, em nome do desejo de enriquecer e de lucrar ilimitadamente, implementaram uma espécie de vale-tudo para se manter no poder, impõe-se uma resposta popular que passa necessariamente pelas urnas, embora não se limite a elas.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA À RESISTÊNCIA: EM DEFESA DO FUNDAMENTO REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Maria Francisca de Miranda Coutinho¹

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, elaborada após aproximadamente duas décadas de regime ditatorial, marca a tentativa de instituição de um Estado Democrático de Direito. Trata-se, desta forma, de um documento de fundação de uma nova ordem, que tem por base não apenas a tutela e promoção de direitos individuais e sociais, mas uma efetiva transformação da realidade pautada em parâmetros de justiça social material e democracia substancial.

O preâmbulo deixa clara a autoria do documento: quem fala ali são os representantes do povo brasileiro. Foi o povo, na qualidade de titular do poder constituinte originário que, no uso e gozo de sua máxima *auctoritas*, decide constituir esse novo Estado na forma republicana, como um Estado Democrático de Direito.

O artigo 1º da Constituição aborda os fundamentos desta República em surgimento. De forma nada aleatória, o parágrafo único deste estabelece que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Ou seja, o povo decide criar e instituir esse Estado republicano e decide que, após esse ato, permanece na titularidade absoluta do poder supremo. Para exercê-lo, então, poderão ser escolhidos representantes eleitos por ele – povo –, processo que operará nos exatos termos previstos na própria Constituição.

Dizer que tal fato constitui o fundamento da República é deixar expresso e nítido que, uma vez que (i) o povo deixe de poder escolher aquele que o representará através de eleição, a estrutura que sustenta toda a base republicana do Estado brasileira está ruída. Aquilo (república na forma de Estado Democrático de Direito) que se institui por esse documento, qual seja, a carta constitucional, não mais subsistirá, exceto por

1 Advogada. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Substituta de Teoria do Estado na Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

uma ficção. Negar a possibilidade de escolha dos representantes é feri-la morte pelo desaparecimento do princípio que permitia sua existência e estrutura.

Na mesma linha, é de se notar que, uma vez que (ii) o texto estabelece que o poder emana do povo e pode exercê-lo por seus representantes eleitos, está pressuposta aqui a universalidade do sufrágio, a qual é expressamente estabelecida no art. 14, quando dispõe que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”.

Todavia, é mister destacar que falar em universalidade do sufrágio não implica apenas um amplo e extenso direito de votar; está aqui, obviamente, englobando também aquele de ser votado. Há um simulacro de democracia republicana quando há uma parcela reduzida de pessoas pode escolher e/ou ser escolhida. E isso é fundamental: não se trata exclusivamente de poder decidir por um representante, mas de efetivamente poder também ser aquele que, caso eleito, atuará diretamente na tutela da vontade geral e do interesse público pela gestão da coisa pública. Pensar em soberania popular e universalidade do sufrágio pressupõe anotar essa dupla faceta da questão.

Não significa na prática, note-se, que absolutamente todas as pessoas indistintamente possam votar e ser votadas. Porém, quando o precitado parágrafo único afirma que essa escolha dos representantes se dará “nos termos desta Constituição”, está deixando claro, dentre outros pontos, que tão somente e apenas a Constituição pode estabelecer condições e limites aos direitos políticos, no qual encontra-se o exercício da capacidade eleitoral, seja ativa ou passiva.

É exatamente o que ocorre quando o art. 14, § 3º, da Constituição da República de 1988, prevê como **condições de elegibilidade**: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; e (vi) a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.

Na mesma linha, ainda, quando no art. 14, § 4º, considera como **inelegíveis**, os inalistáveis e os analfabetos, e no § 7º, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente, Governador, Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Todavia, um detalhe merece nota. Quando se observa o art. 14, § 9º - inserido pela Emenda Constitucional nº 4, de 1994 -, percebe-se que este resguarda a possibilidade de, por lei complementar, serem estabelecidos outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada 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.

Por evidente o § 9º, do art. 14, abre, em tese, uma ampla margem para que, pela legislação infra, se impeça o exercício da capacidade eleitoral passiva. No entanto, há que se notar que restringir o direito de um cidadão se candidatar implica esvaziá-lo de seus direitos políticos, com toda complexidade e gravidade qual tal fato implica.

Dito isso, abre-se uma aba para lembrar que, no art. 15, a Constituição da República de 1988 é expressa e taxativa quanto às hipóteses em que pode ocorrer **cassação de direitos políticos**. Esta é permitida apenas quando há: (i) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; (ii) incapacidade civil absoluta; (iii) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (iv) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; (v) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Dois pontos aqui merecem destaque; sendo um decorrente do outro. Primeiro: é evidente que os novos casos de inelegibilidade que podem eventualmente ser estabelecidos por lei complementar, conforme o art. 14, § 9º, estão limitados e condicionados à observância dos limites e parâmetros do art. 15. O estabelecimento de novas situações que implicam inexigibilidade pela via infralegal não pode ser confundido com uma suposta permissão inexistente e absurda para que o legislador crie novos critérios de cassação de direitos políticos.

Uma leitura adequada permite concluir que, dentro e no limite das hipóteses de cassação de direitos políticos previstas na Constituição no art. 15, eventual lei complementar pode indicar novas situações/casos que, uma vez previstas tais hipóteses, opere-se a inelegibilidade.

Não é correto supor que, sendo os direitos políticos fundamentais, desdobramentos da soberania popular e base da estrutura republicana, previstos expressamente no texto constitucional - o qual se pressupõe unanimidade - , pudessem ser eliminados por eventual lei aprovada por maioria. Seria atribuir à lei infra o poder de anular um direito que não apenas é cláusula pétrea, mas cujo esvaziamento implica fratura na própria estrutura do sistema republicano e democrático.

Segundo ponto: não se trata aqui de proteger e resguardar tão somente o direito político e subjetivo individual de se candidatar a um cargo público e ser eleito, ou seja, de exercer sua capacidade eleitoral passiva. A questão é muito mais profunda.

Retornando ao início do texto e recuperando o art. 1º, parágrafo único, é mister destacar que, ao se cassar o direito político de um cidadão e impedir sua candidatura a um cargo público, se está retirando, no mesmo golpe, para além de seus direitos políticos, o direito absoluto do próprio povo de escolhê-lo como seu representante; o que nada mais é que o próprio fundamento da República.

Esse direito do povo constitui um típico caso que deixa explícito o que significa atribuir a um direito a qualidade de fundamental. Impõe-se reconhecê-lo como basilar, absoluto, não podendo ser mitigado, ponderado e flexibilizado. É afirmar que este consiste na própria manifestação material de um poder que é indelegável; que é o

princípio, fundamento, e como tal, uma vez lesado, perde-se a base que permite uma mínima estrutura e uma lógica de sistema.

É justamente por isso que apenas e tão-somente a Constituição, uma vez que tem em si pressuposta a unanimidade, pode prever critérios que impedem certa pessoa de ser escolhida pelo povo como seu representante, ou seja, anular direitos políticos.

Assim, para que se fique absolutamente claro, é completamente e gritantemente inconstitucional qualquer lei infra e decisão judicial que pretenda avançar sobre o art. 15 da Constituição e estabelecer ou legitimar condição de perda de direitos políticos para além daqueles ali estabelecidos. A manutenção destas (leis e/ou decisões) não pode ser considerada uma anomalia integrável ao sistema pois solapa seu próprio fundamento, impedindo que se possa afirmar ainda a existência de uma forma republicana de governo.

Eventual lei que nessa linha opere deve ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função de resgarde e tutela constitucional; eventual decisão judicial que se recuse a atuar nesse sentido, deve ser considerada ilegítima.

A criação e atuação do Judiciário está limitada e delimitada por um corpo de competências e atribuições previstas no texto constitucional, no marco do pacto federativo e em atendimento à implementação de um sistema integrado de direitos e garantias ali previstas. Com a constituição de um Estado e a delimitação de sua forma e estrutura, opera-se uma renúncia condicionada pelo povo ao direito de fazer a autotutela privada de seus interesses. Note-se, não há alienação; há uma transferência parcial de poder, já que a centralização do *locus* de decisão permite unificar – em tese – os critérios de solução de conflitos e viabilizar um mínimo de coesão e convivência comum. O já aqui citado art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, é expresso ao destacar que ainda, mesmo após o estabelecimento da estrutura estatal pela via constitucional, o poder remanesce nas mãos do povo.

O Judiciário, então, deve atuar não apenas restrito ao texto constitucional, mas operar em seu resguardo e maximização, numa perspectiva garantista e protetiva. Essa é uma condição à própria existência deste poder e sua legitimidade decorre de uma dimensão qualitativa.

Uma vez que o Judiciário esvazie a Constituição, ele está solapando seu próprio marco de instituição; ou seja, aquilo que garante sua própria existência e a validade da sua decisão como fonte normativa. Atuando o Judiciário de modo a subverter os fins para o qual foi instituído, não há nenhuma obrigação popular em respeitar e reconhecer a legitimidade dessa decisão. Não se trata de resistir à decisão, mas do não reconhecimento da existência e legitimidade desta. Trata-se de uma situação de fissura institucional gravíssima.

Feita tal exposição, passa-se a brevemente indicar como tal discussão se pauta concretamente.

Em 4 de junho de 2010 foi aprovada a Lei Complementar nº 135/2010, também denominada Lei da Ficha Limpa, numa tentativa de “moralizar” o sistema de escolha dos

representantes. Esta altera o art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990 e supostamente estabelece novos casos de inelegibilidade. Porém, seguindo a linha exposta no presente trabalho, opera-se uma confusão expressa entre “estabelecer novos casos” e “instituir critérios de perda de direito político”. O que se observa concretamente é a utilização da lei complementar para retirar a capacidade eleitoral passiva e esvaziar direitos políticos em dimensão contrária ao texto constitucional.

Por óbvio, a moralidade do processo de escolha dos representantes é fundamental. Todavia, em seu nome não se justifica tamanha agressão à Constituição, mormente em ponto que constitui a própria base estrutural do sistema. Há uma radical diferença entre moralidade e moralismo; isso significa saber que tanto os fins quanto os meios são igualmente relevantes e relacionais.

Enquanto a Constituição da República de 1988, no seu art. 15, III, estabelece que apenas pode ocorrer cassação de direitos políticos havendo condenação criminal transitada em julgado e enquanto durarem seus efeitos, a Lei da Ficha Limpa fala em “decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado” em relação a alguns crimes. Ou seja, abre uma margem para a vedação do exercício da capacidade eleitoral passiva após condenação em segunda instância.

Ora, como se sabe, a presunção de inocência constitui conquista histórica de mais alta relevância e, num sistema que se pretende cada vez mais acusatório – e menos inquisitório –, deve ser tomada de forma radical, inflexível e com o maior apreço. Isso significa aceitar que há presunção absoluta de inocência antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, o que está expressamente previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, quando afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Uma vez que só há pena e sanção mediante culpa e só há culpa após trânsito em julgado, por uma questão de interpretação de texto e silogismo básico pode-se depreender a relação direta necessária e óbvia entre eventual punição (na qual engloba-se uma eventual retirada de direitos quando haja previsão constitucional) e trânsito em julgado.

Não há “questão moral relevante” pelo fato da pessoa responder um processo criminal porque, uma vez que se presume sua inocência, não se pode pressupor a ocorrência de qualquer ilícito ou ato atentatório ao interesse público. Não entender que quando há “indícios” de autoria e materialidade, a palavra indício pressupõe sinal, vestígio, probabilidade, dúvida, em radical oposição à Verdade e Certeza, é incorrer em um estado paranóico temerário.

É precisamente por isso que seria uma inconsistência lógica a Constituição estabelecer a presunção de inocência como garantia fundamental e, ao mesmo tempo, pressupor sanções antes do trânsito em julgado. O que justificaria alguém ser punido por algo que se presume não ter feito? No caso em tela, ademais, não se trata de qualquer sanção, mas a perda de um direito político que é a base da condição de cidadão.

Ou seja, a Lei da Ficha Limpa nesse ponto é absolutamente inconstitucional. Não apenas porque vai contra o texto, mas porque solapa a base republicana do Estado

brasileiro negando injustamente o direito político de um cidadão, e, no mesmo golpe, negando o direito absoluto do povo de escolher este como seu representante.

Quando provocado sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal operou análise conjunta das ADCs nº 29 e 30 e da ADIn nº 4578, manifestando-se pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, qual seja, Lei da Ficha Limpa. Embora a questão da presunção de inocência tenha sido suscitada no ato pelo Ministro Dias Toffoli e acompanhada de alguns ministros, prevaleceu a posição de interpretar o art. 14, § 9º, da Constituição da República como uma carta em branco ao legislador.

Não se pretende neste ato analisar o conteúdo da decisão em comento, porém destacar que a Corte fez uma interpretação contra-sistemática e punitivista ao arrepio da Constituição e em contrariedade à razão de ser de sua própria instituição, permitindo que ato normativo absolutamente inconstitucional adentrasse o ordenamento, ruindo-o. Ocorre que tal ato não pode coexistir harmoniosamente, uma vez que solapa as próprias bases do Estado ao afrontar o princípio republicano de sustentação. Em conjunto, a lei e a decisão autorizam a retirada injusta de direitos políticos individuais, mas, pior, extirpam o povo de seu poder absoluto e inderrogável de escolher dentre todos os cidadãos que constituem opções possíveis e constitucionalmente autorizadas, aquele que será seu representante.

Tal decisão, assim, carece de absoluta legitimidade e coloca em xeque a própria razão instituidora desse poder, já que subverte os fins para o qual foi gerado. Trata-se de abuso de poder e usurpação de competências para fins inconstitucionais, de modo que tal decisão, ao arrepio da Carta Magna, reflete uma Corte que se utiliza do poder a ela atribuído, com o objetivo de proteção e materialização, para lesar a Constituição em sua estrutura mais primária e fundamental.

A suposta escolha entre preservar a Constituição da República ou reconhecer a validade e legitimidade da decisão do STF é falsa, porque o esvaziamento e ruína da Constituição elimina a própria fonte de existência e legitimidade da Corte, já que constitui seu fundamento instituidor. É preciso que se crie coragem e afirme claramente: a Lei da Ficha Limpa é inconstitucional; a decisão do Supremo Tribunal Federal que sustenta sua constitucionalidade é ilegítima e mina as bases democráticas e republicanas do Estado. Não se pode ser conivente e silenciar diante do Estado de Exceção; há um dever de resistência-insistência e ação política que se opera aqui.

Pode-se, em tese, argumentar quanto à natureza violenta e o potencial desestabilizador desta ação. Porém, é preciso se indagar qual o tamanho da violência de se resistir a uma violação constitucional em comparação ao próprio ato transgressor. No fundo, o que está em xeque aqui é o próprio padrão de referência entre a violência legítima e ilegítima. Dizer que o poder emana do povo e que é este que detém a palavra final sobre a Constituição só faz real sentido quando se converte em práticas efetivas. A resistência, sob outro ângulo, é, na verdade, insistência; é a força incontornável e em permanente pulsão do poder soberano popular se fazendo ouvir como Voz ativa.

A condição para ainda se falar em instituições no marco da Constituição da República de 1988, num Estado Democrático de Direito, é, de forma óbvia, que se opere conforme e em respeito à democracia e à Constituição. Mas, apesar de Bertolt Brecht jamais ter pronunciado essa frase, ela não deixa de ser verdadeira e apropriada: “Que tempos são estes, em que temos que defender o óbvio?”.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25.jul.2018.

Lei Complementar nº 135, de 4 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 25.jul.2018

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

ZIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Boitempo, 2014.

(I)LEGITIMIDADE DE PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA FRENTE A SUPOSTAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE

Michel Bertoni Soares¹

INTRODUÇÃO

A crescente judicialização da política tem conduzido a debates cada vez mais acirrados acerca do exercício dos direitos políticos, o que inclui a aplicação da Lei da Ficha Limpa no sentido de se promover o afastamento do processo eleitoral de pessoas, em tese, incursas em seus dispositivos, e do papel do registro de candidatura e da impugnação ao registro na aferição do cumprimento dos requisitos de elegibilidade e das causas de inelegibilidade.

A aproximação do pleito eleitoral de 2018 incendeia as discussões, frente à suposta inelegibilidade do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em virtude de condenação proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na ação penal que analisou o caso do apartamento triplex no Guarujá, gerando questionamentos até então inimagináveis: há legitimidade para que um candidato em tese inelegível requeira o registro de sua candidatura?

O presente artigo tem como mote a resposta a esta pergunta, mediante revisão bibliográfica de questões atreladas a elegibilidades/inelegibilidades e da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre pedidos de registro de candidatura e afastamento superveniente de inelegibilidades.

LEI DA FICHA LIMPA E RESTRIÇÕES À CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA: SITUANDO O PROBLEMA

A elegibilidade refere-se à capacidade eleitoral passiva do indivíduo, ou seja, ao seu direito de ser votado e, quiçá, eleito para determinado mandato eletivo, demandando o preenchimento dos requisitos constitucionais previstos no art. 14, § 3º, da

1 Advogado especialista em direito eleitoral, mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Foi analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, onde exerceu a chefia da Seção de Contas Eleitorais.

Constituição Federal. Tratando-se de direito político e, portanto, fundamental, a elegibilidade apenas deve ser restringida nos casos previstos no texto constitucional.

Pode ocorrer, contudo, que no caso concreto incidam causas da inelegibilidade, consistentes em circunstâncias negativas, que afastam a capacidade eleitoral passiva, impedindo que determinado cidadão possa se candidatar e receber votos, ou ainda que o interessado não cumpra os requisitos necessários para que seu registro de candidatura seja deferido.

Acerca das causas de inelegibilidade, por retratarem impedimentos ao exercício de direito fundamental, é imprescindível que sejam observados fielmente os requisitos constitucionais, de modo que a matéria apenas pode ser versada no próprio texto da Carta da República ou tratada por meio de lei complementar, nesse caso, obviamente, dentro das balizas traçadas pela Constituição Federal.

Assim, a Lei Complementar nº 64/90, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 – popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa – traça uma série de inelegibilidades a pretexto de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do voto e a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso de poder.

Com a justificativa de dar cumprimento ao disposto na emenda constitucional de revisão nº 4/94, que alterou o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal justamente com o escopo de que as inelegibilidades se voltassem à tutela da probidade e da moralidade administrativas, a Lei da Ficha Limpa incluiu uma série de tipificações de novos atos que podem gerar inelegibilidades e passou a prever que não há a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de condenações em certos processos criminais ou em determinadas ações de improbidade para que possa ser reconhecida a inelegibilidade de determinada pessoa, bastando que as condenações tenham sido proferidas por órgãos colegiados.

Sem embargo de todas as críticas relativas à constitucionalidade de tais disposições e mesmo considerando que o Supremo Tribunal Federal já as declarou constitucionais, é importante destacar que se atravessa no Brasil um momento em que cada vez mais o direito influencia a política, selecionando previamente quem pode ou não se candidatar, de modo a restringir as possibilidades de escolha dos eleitores. A judicialização da política produz um enorme déficit democrático, já que, em regra, retira dos titulares do poder – o povo – a possibilidade de escolha.

Sobre o aspecto geral de como o direito assume uma posição de proeminência na sociedade, Georghio Tomelin observa que, embora devessem ser instrumentais em sua condição de atividade-meio, os aspectos jurídicos acabam atuando de maneira diversa para dizer o que pode ou não ser feito. E conclui: “em um país com o epíteto de República dos Bacharéis, a capacidade ordenante dos juristas pode assumir proporções alarmantes”.²

2 TOMELIN, Georghio. O Estado Jurislador. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31.

Acerca da influência negativa que a Lei da Ficha Limpa e a judicialização da política podem representar, retirando poder e responsabilidade do eleitor, de modo a conferir o protagonismo do exercício democrático aos operadores do direito, escrevemos trabalho em coautoria no qual expressamos nossa preocupação:

Não se ignora que a proteção da moralidade e da probidade administrativas seja relevante e determinada constitucionalmente.

Todavia, é preciso ter cuidado com a cominação de inelegibilidades e com o endurecimento dos mecanismos de participação nas eleições, sob pena de que o protagonismo dos pleitos, que deveria ser dos cidadãos, aí abrangidos os eleitores e candidatos, seja transferido ao Poder Legislativo e, em última instância, ao Poder Judiciário, responsável por decidir sobre eventual inelegibilidade em sede de registro de candidatura.³

No mesmo sentido, logo após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa, Ricardo Penteado já apontava para o perigo da “judicialização da política”, definindo-a como o

fenômeno que se verifica nas circunstâncias em que o resultado de uma eleição não depende apenas da voz popular, mas do pronunciamento jurisdicional a respeito da legitimidade de uma candidatura.⁴

Por seu turno, Fernando Dias Menezes de Almeida afirmava

Enfim, parece-me criticável a opção fundamental da Lei da Ficha Limpa de substituição do critério político do eleitor, pelo critério supostamente técnico do juiz ao proferir decisão que configure a ilicitude de certos atos, ilicitude que implique inelegibilidade.⁵

Néviton Guedes observa que as restrições à capacidade eleitoral passiva repercutem de maneira negativa sobre a universalidade do voto, pois limitam o poder do eleitor, que tem as suas opções de voto reduzidas, destacando, dessa forma, que todas

3 DIAS, J.; SOARES, M. B. . Inelegibilidade pela rejeição de contas públicas: o dilema entre a moralidade e probidade administrativas e a judicialização da política. In: CARVALHO NETO, T. V.; FERREIRA, T. L. C.. (Org.). *Direito Eleitoral: aspectos materiais e processuais*. 1 ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 103.

4 PENTEADO, Ricardo. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 93-116, jan./jun. 2011. p. 93.

5 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a “Lei da Ficha Limpa”, in CAGGIANO, Monica Herman S., et al, *Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

as limitações aos direitos políticos devem ser excepcionais.⁶ Nesse sentido, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

7. As restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, consoante lição basilar da dogmática de restrição a direitos fundamentais, axioma que deve ser trasladado à seara eleitoral, de forma a impor que, sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição ao ius honorum, como sói ocorrer nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 21321 - AREADO - MG. Acórdão de 06/04/2017. Relator(a) Min. Luiz Fux)

Conforme já ressaltamos anteriormente, a questão é extremamente complexa. De um lado, toda inelegibilidade gera restrição à capacidade eleitoral passiva, ou seja, à possibilidade de o cidadão concorrer a cargos políticos, retirando, igualmente, a faculdade do eleitor de destinar o seu voto ao candidato que teve indeferido o seu registro. De outro, porém, não se pode ignorar que a própria Constituição da República determina que lei complementar disponha sobre inelegibilidades não só para proteger a legitimidade e normalidade das eleições, como também para tutelar a probidade e a moralidade administrativas para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.⁷

Destarte, a compatibilização entre as inelegibilidades e os direitos políticos exige parcimônia na restrição dos direitos políticos, bem como a observância do devido processo legal.

REGISTRO DE CANDIDATURA: MOMENTO ADEQUADO PARA AFERIÇÃO DE INELEGIBILIDADES SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

Como é cediço, a atribuição para analisar os pedidos de registro de candidatura pertence à Justiça Eleitoral, tratando-se de competência material, sendo, portanto, absoluta.⁸ Será no processo de registro de candidatura e, eventualmente, em decorrência de apresentação de impugnação ao registro que a Justiça Eleitoral exercerá o seu mister

6 GUEDES, Néviton. A Democracia e a Restrição aos Direitos Políticos. In: FUX, Luiz, et al, *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo 1: Direito Constitucional Eleitoral. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 116.

7 DIAS, J. ; SOARES, M. B. . Inelegibilidade pela rejeição de contas públicas: o dilema entre a moralidade e probidade administrativas e a judicialização da política. In: CARVALHO NETO, T. V.; FERREIRA, T. L. C.. (Org.). *Direito Eleitoral: aspectos materiais e processuais*. 1 ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 103.

8 REspe nº 25725/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18.11.2014.

e verificará, no caso concreto, se o pretense candidato cumpre os requisitos de elegibilidade e não incide em causas de inelegibilidade.⁹

O art. 11, § 10, da Lei das Eleições é claro no sentido de que é no momento do registro de candidatura que são aferidas as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Portanto, o processo de registro de candidatura é primordial para que a Justiça Eleitoral possa verificar se qualquer pessoa preenche ou não os requisitos para o deferimento do registro.

Acerca do papel dos magistrados na necessária análise das supostas causas de inelegibilidade, bem como dos limites à atividade interpretativa, o TSE tem decidido:

1. A cognição realizada pela Justiça Eleitoral, nas impugnações de registro de candidatura, autoriza a formulação, por parte do magistrado eleitoral, de juízos de valor no afã de apurar a existência, no caso concreto, dos pressupostos fático-jurídicos das inelegibilidades constantes do art. 1º, inciso I, de maneira a produzir uma regra concreta acerca do estado jurídico de elegibilidade do pretense candidato, sem, contudo, imiscuir-se no mérito do título (judicial, administrativo ou normativo) que embasa a pretensão deduzida ou desautorizar as conclusões nele constantes (e.g., assentar dolo quando o aresto da Justiça Comum expressamente consignar culpa).

2. A estrutura normativa de cada hipótese de inelegibilidade informa os limites e possibilidades da atividade cognitiva exercida legitimamente pelo juiz eleitoral, ampliando ou reduzindo o objeto cognoscível, razão por que inexistente uniformidade na cognição desempenhada na aferição da higidez do ius honorum do pretense candidato à luz das alíneas do art. 1º, inciso I (i.e., a cognição autorizada em alínea g não deve se assemelhar àquela realizada nos casos de alínea o pelas distinções do tipo eleitoral).

3. A homogeneidade na tipologia das alíneas do art. 1º, inciso I, enquanto ausente, justifica a distinção quanto à amplitude do objeto cognoscível (i.e., se maior ou menor a profundidade da cognição), condicionada, no entanto, ao específico pressuposto fático-jurídico sub examine. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 26011 - ITATINGA - SP. Acórdão de 30/11/2016. Relator(a) Min. Luiz Fux)

Outrossim, a parte final do § 10, do art. 11, da Lei das Eleições prescreve que fatos supervenientes ao pedido de registro de candidatura e que afastem eventual inelegibilidade devem ser considerados, o que demonstra que se, no curso da discussão acerca do tema, a inelegibilidade for afastada, por qualquer motivo, ela não impedirá o registro da candidatura.

9 PENTEADO, Ricardo. Inelegibilidade por desaprovação de contas públicas (Lei n. 64/90, art. 1º, inciso I, alínea “g”), in ROLLEMBERG, Gabriela, et al, *Aspectos polêmicos e atuais no Direito Eleitoral*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 55.

Sobre esse aspecto, impende consignar que o TSE foi além e editou a Súmula nº 43 para prever que também devem ser consideradas as alterações supervenientes que beneficiem o candidato no cumprimento dos requisitos de elegibilidade: “As alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que beneficiem o candidato, nos termos da parte final do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, também devem ser admitidas para as condições de elegibilidade”.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral se firmou no sentido de que as modificações supervenientes que afastem a inelegibilidade podem ser consideradas em qualquer grau de jurisdição, mesmo que em grau de recurso extraordinário e até o momento da diplomação:

2. As circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade, com fundamento no que preceitua o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, podem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, até a data da diplomação, última fase do processo eleitoral, já que em algum momento as relações jurídicas devem se estabilizar, sob pena de eterna litigância ao longo do mandato. Deve-se conferir máxima efetividade à norma específica dos processos judiciais eleitorais, em prol de valores como a segurança jurídica, a prestação jurisdicional uniforme e a prevalência da vontade popular por meio do voto.

3. Tal sistemática se harmoniza com o disposto no art. 493 do Código de Processo Civil, in verbis: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

(Recurso Ordinário nº 9671. Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicado em Sessão, data 23/11/2016 - destacado)

Relativamente a uma série de inelegibilidades fundadas em decisões ainda não transitadas em julgado, entre as quais se incluem as figuras decorrentes de condenação pela prática de crimes contra a administração pública (art. 1º, inciso I, alínea e, 1, da Lei Complementar nº 64/90), considerada a própria natureza da restrição ao exercício da capacidade eleitoral passiva e a possibilidade de reversão da condenação,¹⁰ há previsão específica de suspensão da inelegibilidade pelo órgão colegiado do tribunal ao qual caiba o julgamento do recurso interposto contra a decisão geradora de inelegibilidade, mediante provimento de natureza cautelar, desde que haja plausibilidade da pretensão recursal e pedido expresso de suspensão da inelegibilidade, quando da

10 PINTO, Djalma e PETERSEN, Elke Braid. Comentários à Lei da Ficha Limpa. São Paulo. Atlas, 2014. p. 181.

interposição do recurso, consoante disposto no art. 26-C, caput, da Lei Complementar nº 64/90.

Com base no referido dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido de maneira ampla a possibilidade de afastamentos cautelares de inelegibilidades por meio do manejo de recursos especiais contra decisões que geraram o impedimento, com pedido expresso de suspensão de inelegibilidades, bem como por meio de outros mecanismos processuais inseridos no poder geral de cautela dos magistrados:

7. A edição da Lei Complementar n. 135/2010 - cognominada Lei da Ficha Limpa - impõe a discussão dos efeitos das decisões do STJ no exercício de sua jurisdição especial quando da apreciação de recursos (e de suas respectivas medidas cautelares) tendentes a questionar a legitimidade de condenações, sobretudo em razão das inovações normativas introduzidas pela aludida Lei e os seus reflexos no tocante à inelegibilidade de candidatos condenados por ato de improbidade administrativa (art. 1º, inciso I, alínea I, da LC 64/1990).

8. A expressão contida no caput do art. 26-C, de que o tribunal, no caso o STJ, poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade deverá ser compreendida como a possibilidade de esta Corte, mediante concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ou por outro remédio processual semelhante, suspender os efeitos da condenação de improbidade administrativa, que, pela nova lei, também constitui causa de inelegibilidade. Precedentes: TSE, Consulta n. 1147-09.2010.6.00.0000, Classe 10, Brasília, Distrito Federal, Relator Ministro Arnaldo Versiani; e Supremo Tribunal Federal, Ag 709.634/DF, decisão do monocrática do Ministro Dias Toffoli, DJ de 2 de agosto de 2010. (MC 17.112/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 28/09/2010).

Dessa forma, importante destacar que o disposto no art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela, conferido aos magistrados conforme as regras do Código de Processo Civil, nos termos da Súmula TSE nº 41: “O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil”.

Com base no referido enunciado, a Corte Superior Eleitoral consolidou o entendimento de que o art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90, não impede que o relator ou o presidente do tribunal responsável pelo julgamento de recursos contra condenações que gerem inelegibilidade conceda medida cautelar para suspender-lhe os efeitos:

2. Recentemente, esta Corte assentou no REspe nº 283-63/SP, de minha relatoria, que «o pedido de efeito suspensivo a que faz alusão o art. 26-C da LC nº 64/90 deve ser dirigido ao relator do recurso especial na representação, que poderá concedê-lo, inclusive, com base no poder geral de cautela, na

linha dos precedentes deste Tribunal Superior, e não ao relator do recurso especial no registro de candidatura”. Nesse sentido, ainda, a Súmula nº 44 do TSE: “O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil.”

3. A decisão judicial monocrática proferida com fundamento no art. 26-C da LC 64/90 não é a única passível de suspender a inelegibilidade de candidatos, já que persiste no ordenamento jurídico pátrio o poder geral de cautela, conferido aos magistrados pelo art. 297 *c/c* art. 1.029, § 5º, inciso III, ambos do CPC, apto a suspender os efeitos da decisão judicial condenatória, não transferindo ao plenário a competência para examinar o pedido de concessão de medida liminar. Precedentes.

(Recurso Especial Eleitoral nº 17635, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/10/2016 - destacado)

Portanto, ainda que um pretense candidato se encontre supostamente inelegível, o impedimento apenas pode ser declarado em sede de registro de candidatura, havendo inúmeros instrumentos processuais à disposição daquele que, em tese, esteja nessa situação em decorrência de condenações ainda não transitadas em julgado com o escopo de tentar suspender o impedimento, incluindo-se entre referidos instrumentos a previsão contida no art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90 e o poder geral de cautela conferido aos magistrados.

Uma vez obtido provimento jurisdicional favorável a respeito da suspensão da inelegibilidade, tal decisão deve ser considerada para fins de afastamento do impedimento, ainda que a decisão tenha sido proferida após a apresentação do pedido de registro de candidatura, até a data da diplomação dos eleitos, na eventualidade da questão ainda estar *sub judice*.

Outrossim, impende consignar que não só as decisões cautelares que afastem a inelegibilidade podem e devem ser consideradas, como também, por óbvio, eventual provimento do recurso interposto contra a decisão geradora de inelegibilidade.

Sendo o processo de registro de candidatura o meio processual hábil à verificação das condições de elegibilidade e da presença de possíveis inelegibilidades, a apresentação do pedido de registro de candidatura relativo a pessoas em tese inelegíveis, especialmente em virtude de decisões não transitadas em julgado, é uma faculdade decorrente do direito de petição e de acesso ao Poder Judiciário.

Não se ignoram as discussões inerentes à natureza do processo de registro de candidatura e a divisão entre posicionamentos que o consideram como um processo administrativo ou administrativo/jurisdicional.¹¹ Todavia, tendo em vista que mesmo em processos administrativos deve ser garantido o devido processo legal para que

11 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 335.

alguém seja despojado de eventual direito, não há como se negar ao cidadão o acesso ao órgão competente para apreciar os pedidos de registro de candidatura, no caso a Justiça Eleitoral, a fim de que esta se pronuncie, pela via processual adequada, sobre a ocorrência ou não de eventual inelegibilidade.

Nesse passo, importante destacar também que ainda que possa reconhecer causas de inelegibilidade ou o não preenchimento dos requisitos de elegibilidade de ofício, a Justiça Eleitoral deve garantir o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, antes do indeferimento do pedido de registro de candidatura. Esse entendimento foi consolidado pelo TSE por meio da Súmula nº 45: “Nos processos de registro de candidatura, o Juiz Eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa”.

Portanto, o eventual indeferimento do pedido de registro de candidatura antes da instauração do devido processo legal, da observância do contraditório e da ampla defesa, o que inclui o direito de manifestação do candidato e de seu partido sobre eventuais inconsistências pendentes sobre o pedido de registro, representaria ofensa aos direitos políticos do cidadão e violação a inúmeras garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

Demais disso, se a pessoa em tese inelegível por decisão ainda não transitada em julgado e que tenha interposto recurso contra a eventual condenação não apresentar o pedido de registro de candidatura, não terá condições de posteriormente se beneficiar de eventual deferimento de suspensão cautelar de inelegibilidade ou de eventual provimento de recurso interposto contra a decisão geradora do impedimento, ainda que decisões benéficas ocorram entre o pedido de registro de candidatura e a diplomação dos eleitos.

CONCLUSÕES

A compatibilização entre as inelegibilidades e os direitos políticos exige parcimônia na restrição dos direitos políticos, considerados os impactos que todos os impedimentos geram sobre a universalidade do voto, com a possibilidade, inclusive, de que pela via da judicialização da política os verdadeiros protagonistas do processo democrático (eleitores, candidatos e partidos políticos) sejam substituídos ou limitados por meio da utilização de instrumentos jurídicos.

Ainda que um pretense candidato se encontre supostamente inelegível, o impedimento apenas pode ser declarado em sede de registro de candidatura, havendo inúmeros instrumentos processuais à sua disposição com o escopo de tentar suspender a inelegibilidade, especialmente quando ela decorre de decisões judiciais ainda submetidas a recursos.

Portanto, é legítimo que uma pessoa em tese inelegível, especialmente em virtude de decisões ainda não definitivas, apresente o pedido de registro de candidatura e se

utilize de todos os instrumentos jurídicos previstos pela legislação de regência para tentar suspender ou reverter a inelegibilidade, devendo qualquer provimento jurisdicional favorável nesse sentido ser considerado no processo de registro de candidatura.

Destarte, a legitimidade do pedido de registro de candidatura nessas circunstâncias decorre da natureza política do direito de se candidatar, de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa, e do próprio direito de petição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Estatuto do Candidato*: Reflexões sobre a “Lei da Ficha Limpa”, in CAGGIANO, Monica Herman S., et al, *Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

DIAS, J. ; SOARES, M. B. Inelegibilidade pela rejeição de contas públicas: o dilema entre a moralidade e probidade administrativas e a judicialização da política. In: CARVALHO NETO, T. V.; FERREIRA, T. L. C. (Org.). *Direito Eleitoral: aspectos materiais e processuais*. 1 ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 103.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 335.

GUEDES, Néviton. A Democracia e a Restrição aos Direito Políticos. In: FUX, Luiz, et al, *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo 1: Direito Constitucional Eleitoral. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 116.

PENTEADO, Ricardo. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 93-116, jan./jun. 2011. p. 93.

PENTEADO, Ricardo. Inelegibilidade por desaprovação de contas públicas (Lei n. 64/90, art. 1º, inciso I, alínea “g”), in ROLLEMBERG, Gabriela, et al, *Aspectos polêmicos e atuais no Direito Eleitoral*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 55.

PINTO, Djalma e PETERSEN, Elke Braid. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo. Atlas, 2014. p. 181.

TOMELIN, Georghio. *O Estado Jurislador*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31.

A PREVALÊNCIA DA SOBERANIA POPULAR E O DIREITO DE LULA SER VOTADO

Michel Saliba¹

LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 E A MARCHA RESTRITIVA DOS DIREITOS DE CANDIDATURA

Não há democracia em um estado de direito se a vontade popular - e aí não importa de qual forma - tiver obstada a sua expressão mais legítima: o sufrágio universal, o voto, a exteriorização da escolha do cidadão no momento em que outorga o poder ao mandatário para gerir a coisa pública, administrar a máquina estatal.

A sociedade brasileira jamais imaginou que às vésperas da nossa Constituição Federal completar 30 anos o país estaria vivendo tamanha instabilidade e ofensa às garantias fundamentais da cidadania, fruto de uma crescente insegurança jurídica alimentada pela insistente tentativa de diversos setores da sociedade em mitigar a manifestação da soberania popular, instituto que deve ser valorado no topo da escala axiológica, sobrepondo-se a outros elementos formadores de um estado democrático.

O protagonismo político de algumas instituições, agindo em linha diametralmente oposta às atribuições a elas delimitadas pela Carta Magna, deu início ao processo de tentativa de substituição da vontade popular por anseios autoritários de servidores públicos que têm o dever de fiscalizar, zelar, cumprir e fazer cumprir a CF, mas que se imaginam dotados de poderes capazes de tutelar as manifestações de cada cidadão, o fazendo sob a justificativa, algumas vezes explícitas e em outras veladas, de que a maioria do povo brasileiro é ignara e sujeita à dependência de líderes populistas que se valeriam das dificuldades sociais para cativar e fidelizar uma preferência política.

Ou seja, na visão desses “iluminados” servidores públicos, como não há meios de suprimir a escolha de governantes pelo voto popular, então se suprime a possibilidade de o povo escolher líderes que contrariem as suas ideias.

1 Michel Saliba é advogado em Brasília, professor universitário, membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral - IBRADE, membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRA-DEP, presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Distrito Federal - ABRA-CRIM-DF.

Nesta perspectiva, em clara tentativa de supressão de direitos dos grandes líderes populares deste país, surgiu a Lei Complementar 135, publicada em junho de 2010 e logo batizada de Lei da Ficha Limpa.

Ao rememorar o momento do surgimento da citada lei complementar, é mister se anotar que o país vivia uma de suas melhores fases na economia. O Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, batia recordes em cima de recordes de aprovação popular e não se via no horizonte nem fumaça de uma oposição encorpada, estruturada e capaz de enfrentar as eleições presidenciais daquele ano.

Como sói acontecer, sob o manto hipócrita da existência de apoio popular, refletido em um número expressivo de assinaturas, projetos com estas características surgem e são aprovados sem que haja um mínimo cuidado do Congresso Nacional em debater e se aprofundar na temática apresentada. As assinaturas, na maior parte ingênuas assinaturas, firmadas na correria das ruas, acabam por substituir os imprescindíveis debates que levam à maturação natural das proposições legislativas.

Sempre desconfiei de projetos de lei desta natureza, pois penso que a urgência é inimiga de boas leis. Não há em matéria de inelegibilidade nada urgente, nada que demande um movimento orquestrado, a inelegibilidade por se tratar de uma restrição jamais pode ser tratada como matéria que exija rapidez e análise açodada. A função legislativa é por natureza calcada no debate, no diálogo, na cautela, logo, aquilo que chamo de “leis de atropelo” não são bem-vindas.

BREVE HISTÓRICO DAS INELEGIBILIDADES NO BRASIL

Como corolário do surgimento da República, em 1889, a Constituição de 1891 tratou do tema das inelegibilidades, e o fez sob uma perspectiva ampla, não esgotando o tema e submetendo em seu art.27 a expressa previsão de necessidade de regulamentação das inelegibilidades, chamadas de incompatibilidades eleitorais.

No primeiro período Vargas, sob a égide de três Constituições (1930, 1934 e 1937), as inelegibilidades foram regulamentadas por um Código Eleitoral decorrente de decreto do Presidente, que exercia o poder com mãos de ferro. Assim, independente dos avanços sociais obtidos no governo do gaúcho, a realidade era que, nos poucos cargos em que havia disputa pelo voto popular, era elegível quem Getúlio queria.

Mas, mesmo assim, não se privou ninguém do direito à candidatura em razão da vida pregressa, considerando suficiente suspender os direitos políticos e, portanto, o direito de votar e de ser votado, por incapacidade civil absoluta ou por condenação criminal, enquanto durassem seus efeitos, o que pressupunha a definitividade do édito condenatório.

A Constituição de 1946, por sua vez, seguiu com a inelegibilidade a quem tinha os direitos políticos suspensos, trazendo uma linha de inelegibilidades, que até hoje perdura, em razão do parentesco, do cargo público ocupado e pela ausência de

alistamento eleitoral (condição de elegibilidade). Partindo da análise de PINTO FERREIRA², a Carta de 1946 especificou todos os casos possíveis de inelegibilidade e nada deixou para ser regulado pelo legislador ordinário.

Na ditadura militar, iniciada em 1964, paulatinamente o país foi vendo o recrudescer no tratamento das garantias do direito de postulação a cargos eletivos.

Proibiu-se ao povo a escolha do Presidente da República e depois dos Governadores de Estados, havendo evidente artificialidade em um regime bipartidário, que se dividia entre os que apoiavam o regime e os que eram contrários, tolhidas as livres manifestações políticas e a criação de partidos. As inelegibilidades foram tratadas de modo extremamente duro, e as eleições se davam em um mundo de faz de conta, pois, como em todo regime totalitário, só seria candidato quem o poder central quisesse, sob pena de alguma medida de exceção que impedisse o pretendente.

A Lei Complementar nº 5, de 1970, dava o tom verde oliva com céu cinza escuro daquele triste período da história brasileira. As candidaturas eram barradas a partir de hipóteses que tinham como principal pano de fundo a subversão. Havia uma gama de dispositivos abrangendo hipóteses de inelegibilidade e uma delas era caracterizada pela simples acusação contra o cidadão, sem necessidade de uma decisão condenatória: isto ocorria nos casos de crime contra a segurança nacional, ordem política e social, economia popular, fé pública e administração pública. Mesmo com todo o autoritarismo era garantido ao candidato a tentativa de registro e o direito de se defender da impugnação contra ele formulada.

Com o advento da Constituição de 1988, as inelegibilidades tiveram novo tratamento, absolutamente consentâneo com o momento libertário vivido no país. A Lei Complementar 64/90, em atendimento ao comando constitucional, disciplinou as restrições ao direito de candidatura com hipóteses de inelegibilidade pelo prazo de três anos, havendo necessidade de trânsito em julgado das decisões para poder se caracterizar a proibição das candidaturas.

O espírito da norma contida na Constituição de 1988 era o de se privilegiar a elegibilidade, sendo que a Lei Complementar nº 64/90 disciplinou as inelegibilidades como exceções trazidas ao comando libertário de deixar o povo decidir. As inelegibilidades não eram condenações ao afastamento perpétuo da vida pública, o prazo de três anos era razoável e assim o país se desenvolveu e amadureceu politicamente, inclusive, fortaleceu algumas instituições que acabaram por se voltar contra as próprias bases que as fortaleceram.

Uma parcela retrógada da sociedade brasileira, porém, parece não conseguir conviver com a normalidade e a segurança jurídica. Isso ficou mais evidente quando no comando do país estava um governo de compromissos populares. Foi assim que, em 2010, 40 anos depois da Lei Complementar n.º 5 e 25 anos após o fim do regime militar, se viu apresentar ao Congresso Nacional uma lei de iniciativa popular, aqui já citada, que reeditaria os traços do autoritarismo do período militar, trazendo à lume

2 FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. Revista Forense, v. 186, 1959.

o espírito da LC n.º5, nascida no auge da repressão política. Surgiu, então, no cenário da vida política nacional, a malfadada Lei Complementar nº 135/2010, um diploma legislativo repressor, autoritário, inconstitucional e atentatório ao livre exercício da soberania popular.

A LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 E A TENTATIVA DE TUTELAR A VONTADE POPULAR

Recepcionada com festa na Câmara dos Deputados, principalmente por parlamentares impopulares, que pontuam seus mandatos por atuações personalíssimas, dissociadas da realidade popular, o projeto de lei que se transformou na LC 135 encontrou apoio do então presidente da casa, Michel Temer, deputado que almejava disputar a vice-presidência da República na chapa que tinha à testa a então Ministra Dilma Rousseff, e avalizou a urgentíssima tramitação da propositura legislativa. Deste modo, aquele deformado projeto de lei galopou nas comissões da Câmara e rapidamente foi ao plenário, sendo aprovado pela quase unanimidade dos deputados federais em 19 de maio de 2010, com apenas um voto contrário, de um parlamentar goiano, que se apressou em dizer que votou errado, e realmente votou, quem sabe o melhor erro já cometido por ele.

Etapa seguinte, o maciço apoio da grande imprensa política brasileira, que se apressou em acompanhar par e passo o projeto de lei que atingia em cheio a manifestação da soberania popular, mas que contava com o apoio do patronato que comanda a imprensa nacional.

Acreditou-se que o Supremo Tribunal Federal, em análise de controle concentrado de constitucionalidade, fosse apontar as (para mim) claras incongruências da referida lei complementar com a nossa Lei Maior. Não foi o que aconteceu.

Após a publicação da lei, em pleno ano eleitoral (2010) e sem respeitar prazo anual, exigido às escâncaras pelo art.16 da CF, Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral, em exercício hermenêutico de ocasião, com todas as vênias, passaram a aplicar a citada lei e a indeferir registros de candidaturas que estavam definidas desde antes do protocolo do projeto na Câmara.

E assim ocorreu até março de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (6x5) decidiu pela inaplicabilidade da LC 135 para as eleições de 2010.

O Diretório Nacional do PPS e o Conselho Federal da OAB manejaram ações declaratórias de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e o julgamento das referidas ADCs (29 e 30) foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 16 de fevereiro de 2012, reconhecendo-se a constitucionalidade da LC 135, com todo o respeito, um dos piores textos de lei complementar já concebidos na história recente do legislativo brasileiro.

Não há como se analisar o atual momento de absoluto desrespeito às leis e às garantias fundamentais, sem antes traçar um paralelo histórico com aquilo que vi

transparecer em ações concatenadas por grupos políticos e setores da sociedade que estavam distantes do poder central desde o início de 2003, fazendo uma minguada oposição sem perspectiva no hoje já longínquo 2010.

A Lei da Ficha Limpa se apresenta como um dos elementos dessas ações da então oposição alquebrada. Contando com o descuidado aval de parlamentares alinhados ao projeto popular que governava o país, estes cooptados pelo fácil discurso do moralismo, a oposição começou a sua firme ideia de enfraquecer a soberania popular, restringindo candidaturas por longos períodos, para deixar o povo sem o direito de opção, o que, em curto espaço de tempo atingiria, como atingiu, os interesses legítimos de candidatos populares.

A primeira armadilha da lei e o primeiro tiro no pé de quem estava no poder e apoiou a LC 135: as decisões condenatórias não precisam transitar em julgado para gerar a inelegibilidade, bastando a decisão ser proferida por órgão colegiado. Outro grave equívoco, os casos de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa impõem aos cidadãos atingidos, na prática, o afastamento da vida pública pelo longo período em que ficam sem poder disputar uma eleição.

Assim, qualquer medida que possibilite golpear o livre direito de escolha popular é perigosa. Quando se dá liberdade a algumas instituições, que deveriam ser imparciais, mas que agem com ativismo, deixando que estas manejem medidas para relegar a soberania popular a um segundo plano, restará evidente o risco de ataque ao direito de políticos populares postularem mandatos por meio das respectivas candidaturas. Logo, é inevitável a possibilidade de deturpação no sistema de freios e contrapesos, ou alguém ousa afirmar que há absoluta imparcialidade em um Ministério Público e em um Judiciário ativistas?

A cidadania ficou à mercê de uma decisão colegiada de reprovabilidade de conduta para ver alguém declarado inelegível por uma eternidade. E não se está a falar da esfera penal somente, decisões colegiadas na esfera eleitoral e administrativa também fulminam o direito de se candidatar, obstam o direito de ter o nome colocado ao crivo da escolha popular.

Note-se que nem a LC nº 5/70, engendrada em pleno regime de exceção, não aceitava em todas as hipóteses a inelegibilidade sem decisão transitada em julgado, sendo mais garantista do que a LC 135/2010.

Interessante se notar a redação da alínea *h*, do art.1.º, da mencionada lei de 1970:

“São inelegíveis:

h - os que, por ato de subversão ou de improbidade na Administração Pública, Direta ou Indireta, ou na particular, tenham sido condenados à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de *sentença judicial transitada em julgado* ou mediante processo administrativo em que se lhes haja assegurado ampla defesa (grifei);”

Causa perplexidade, portanto, que, a partir de 2010, as inelegibilidades do período militar retornariam na forma de um projeto popular e moralizador. E a tendência é só piorar, pois se não bastasse a absurda lei, as interpretações desta lei são cada vez mais restritivas e dão de ombros à vontade popular.

Em 2010 não se imaginava a existência da Operação Lava Jato (*sic*), que eclodiria quase quatro anos depois, mas fica a impressão de que minas foram colocadas para explodir candidaturas que, de um modo ou de outro, fossem contrárias à vontade das autoridades que se achavam e se acham no direito de tutelar a vontade popular.

O ex-Presidente Lula foi abatido por uma condenação criminal absurda e absolutamente desprovida de elementos probatórios capazes de ensejar uma sentença penal condenatória, todavia, se assim não o fosse, quem garante que não seria alvejado por alguma das hipóteses do imenso rol contido na multicitada lei complementar? Injustiça por injustiça, o elenco de possibilidades previstas na lei e a criatividade para um enredo acusatório não deixaria sem opção aqueles que, aparentemente, sempre tiveram por objetivo impedir a candidatura do ex-presidente.

Repletos de boas intenções, os parlamentares alinhados a posturas progressistas, de respeito à vontade popular, apoiaram o projeto da Lei da Ficha Limpa e não perceberam mais uma manobra do velho espírito udenista, que bradava publicamente pelo moralismo na política para emparedar adversários e buscar o apoio destes na aprovação das leis que alegavam como de interesse comum, mas que foram depois ferramentas utilizadas contra os adversários que estavam no poder, contra os aliados dos deputados convencidos a aprovar o desastroso projeto.

Leis moralistas que buscam abranger as inelegibilidades sempre serão perigosas e podem desequilibrar pleitos eleitorais. O discurso do moralismo atrai e insufla, a lei nasce, mas a aplicação seletiva dessa lei atinge uns e deixa de atingir outros. Aí está o caso Lula para confirmar.

O movimento pendular das sociedades latino americanas é algo que, infelizmente, estamos acostumados.

E como revisitar a história não é prática corriqueira em uma sociedade que ainda tem traços colonialistas e patrimonialistas, que frequentemente surgem em manifestações do cidadão comum, seja do opressor, ou até mesmo do conformado oprimido, a esmagadora maioria do país imaginou, a partir de 1985, e notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que não mais se depararia com o autoritarismo, com o desapareço ao estado de direito democrático, e o mais grave, jamais pensou que veria o apoio de uma parcela da população a atitudes que seguem na contramão das garantias fundamentais da cidadania, conquistadas com muita dificuldade após mais de duas décadas de opressão, medo, perseguição e atraso nesta nação de proporções continentais.

A situação atual me parece, em alguns aspectos, mais confusa do que no tenebroso período do último regime totalitário.

Nos 21 anos de regime militar, o inimigo da liberdade era conhecido, se sabia a quem temer e havia lados delimitados, os que apoiavam o regime e os que não apoiavam, e entre estes últimos aqueles que eram mais ou menos perseguidos. O mundo sabia que vivíamos um regime ditatorial e que não havia democracia no Brasil. As autoridades militares mentiam sobre quase tudo, mas reconheciam se tratar de um regime de linha dura, sem margem para liberdade. As regras eram absurdas e abusivas, mas eram claras neste ponto. Havia falta de liberdade de manifestação, de reunião, de expressão, e a supressão de tantas outras liberdades. Havia repressão, práticas abjetas e criminosas, mas se conhecia o inimigo e seu cruel destempero.

Um dos problemas atuais é o manto da legalidade que veste as medidas tomadas com ares de ilegalidade. Assim se condenou um ex-Presidente da República, segregou-se a sua liberdade e hoje se busca impedir, a todo custo, a sua candidatura, que lidera todas as pesquisas populares por larga vantagem. Determinadas ações autoritárias parecem transmitir a impressão de já estarmos vivendo o início de uma ditadura de servidores públicos, ocupantes de cargos pelos quais abusam do seu poder.

A aparência de que o país vive um Estado de Direito Democrático é extremamente perigosa, pois, apesar de visível para muitos, o que está ocorrendo para uma grande parcela da sociedade é o transcurso normal de atos institucionais, eis que a atmosfera ditatorial vivida é transmitida como forma de estrito cumprimento da lei.

Quando vemos uma delegada da polícia federal abrir um inquérito contra um cidadão porque ele teria criticado publicamente uma operação da Polícia Federal, desencadeada pelo comando dessa mesma delegada, e que culminou no suicídio de um reitor de uma universidade federal (caso Cancellier – UFSC), que, moral e psicologicamente, não aceitou a brutal e injusta prisão cautelar e a proibição de permanecer longe das dependências da universidade, é porque os limites da lei foram extrapolados, não só neste caso, mas em outros tantos que revelam a falta de receio das autoridades em descumprir normas e princípios, notadamente em relação às garantias fundamentais.

Como não se recordar da divulgação dos áudios dos diálogos da então Presidente da República, Dilma Rousseff, com o ex-Presidente Lula, pelo juiz federal de primeiro grau lá de Curitiba, após ele já ter anotado a sua incompetência para seguir julgando naquela investigação?! Tudo isso às vésperas do processo de *impeachment*! Coincidência, descuido, ou ativismo judicial com finalidade política?

E a atravessada manifestação do juiz federal de primeiro grau de Curitiba, pronunciando-se, lá de Portugal, em processo de competência de outro magistrado, para evitar o cumprimento de alvará de soltura do ex-Presidente Lula?! E depois, a manifestação do desembargador federal relator, em férias, e por fim a decisão do Presidente do Tribunal Federal da 4.^a Região, sustentando a decisão do relator e impedindo que a decisão de um desembargador plantonista fosse cumprida?!

E o promotor da vara de execuções penais no Rio de Janeiro que determinou que o ex-governador Sérgio Cabral fosse para a solitária porque não abaixou rapidamente a cabeça quando da inspeção na cela feita por ele, agente ministerial?!

Diariamente assistimos a abusos que evidenciam o comprometimento causado pelo ativismo de autoridades que deveriam manter isenção, e desconhecemos notícias de punições disciplinares, nem mesmo uma advertência.

Deste modo, a história nos devolve, quando já não mais imaginávamos, uma quadra assustadora na qual não se tem o mínimo de segurança jurídica a sustentar posicionamentos e atitudes na defesa de acusados, hoje não mais de subversão, mas tendo como foco único a corrupção.

O DIREITO AO REGISTRO DE CANDIDATURA DO EX-PRESIDENTE LULA.

O exercício pleno da cidadania pressupõe o direito de participação ativa na dinâmica verificada em um Estado democrático. Logo, tolher do cidadão este direito é, indiscutivelmente, uma sanção assemelhada a uma pena restritiva de direitos.

É de se esperar que o registro de candidatura do ex-Presidente Lula seja impugnado em razão da condenação de natureza criminal, que ainda está sendo discutida no âmbito das instâncias superiores.

Como se vê, vigente estivesse a LC 64/90, sem as alterações da LC 135/10, Lula não estaria ineleável.

Do mesmo modo, se a letra do inciso LVII, do art. 5º, da Carta Magna, continuasse a receber a interpretação dada pelo STF na linha do que ocorria até fevereiro de 2016, Lula não estaria preso.

Ou, ainda, se a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, tivesse pautado o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, muito provavelmente Lula teria considerável chance de estar livre, aguardando o julgamento dos recursos até o trânsito em julgado da decisão.

Parece não haver atos isolados no enredo do caso Lula, desde a edição da Lei da Ficha Limpa até a mudança de entendimento do STF em relação à execução antecipada da pena, passando por um julgamento absurdo na esfera penal, em que um dos principais argumentos da defesa é a incompetência do magistrado para julgar o ex-Presidente. Quase tudo indica algo para além das meras coincidências que hoje buscam impedir o líder absoluto em todas as pesquisas de opinião pública de receber o voto popular.

Mesmo assim, com toda essa sequência de absurdos, o ex-Presidente Lula pode, sim, registrar a sua candidatura e a mesma terá que ser submetida ao crivo do Judiciário. Negar esse direito a Lula é negar a vigência do art.16-A da Lei 9.504/97.

A negativa do direito de Lula de fazer campanha seria também uma guinada jurisprudencial que, no meu sentir, colide diretamente com o abalizado exercício de hermenêutica feito pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação ao que dispõe o art.16 da Constituição, que tem sido aplicado como garantidor da segurança jurídica em relação à jurisprudência daquela Corte Superior, não se admitindo mudança de jurisprudência de forma volátil, ainda que nada tenha sido decidido sobre o tema nas eleições de

2018, mas se observar aquilo que foi decidido em relação à mesma matéria nas eleições anteriores é de extremo relevo.

“Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do TSE, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O STF fixou a interpretação desse art. 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do TSE, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.”³

Assim, qualquer solução diferente do que lhe é garantido pelo Art.16-A, por ser letra expressa na lei e recepcionada pela jurisprudência do TSE, poderá ser vista como casuísmo e mais seletividade negativa ao ex-Presidente da República.

Nem se argumente sobre uma suposta ausência de elementos de defesa para se rebater o mérito de eventual impugnação, como se não coubesse explorar várias e interessantes teses na defesa de um candidato em um processo de registro de candidatura. Isso, data vênia, seria fulminar o direito ao contraditório e à ampla defesa, prejudgando o registro sem o protagonismo do principal interessado. Vive-se um momento delicado, mas prefiro crer que não chegaremos às raias do totalitarismo judicial.

Pois bem, a realidade é que, com ou sem a obtenção de um efeito suspensivo à decisão criminal condenatória, o candidato tem o pleno direito de pleitear o registro e fazer campanha, assim diz a lei (Art.16-A da Lei 9.504/97):

3 (RE 637.485, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8-2012, Plenário, DJE de 21-5-2013, com repercussão geral.

“O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.”

Por fim, relembro o caso de um cliente de nosso escritório, agora nas últimas eleições municipais (2016), que tinha contra si duas condenações criminais, ambas transitadas em julgado, e mesmo assim registrou a sua candidatura, teve o registro indeferido em primeira instância e antes do julgamento em segunda instância (TRE-MG) teve concedido em seu favor dois habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça, que alteraram a dosimetria da pena, diminuindo a um patamar em que se possibilitou o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em virtude do decurso de tempo entre marcos processuais penais, a chamada prescrição intercorrente. E assim nosso cliente exerce o seu segundo mandato de prefeito municipal, tendo sido validada a sua vitória nas urnas pelo fato superveniente posterior à eleição e anterior à diplomação.

Como se pode afirmar que o resultado do processo criminal de Lula, ainda que não tenha obtido um efeito suspensivo nos tribunais superiores, não lhe será favorável?

Na dúvida, a regra é a candidatura, a norma é o respeito à cidadania, ao direito de postular e, acima de tudo, a reverência à soberania de um povo.

DAS TUAS ENTRANHAS SAEM O SAL E O SOL

Patrick Barcellos Peixe¹

Dizem os mais experientes que se jogarmos sal sobre a terra nada mais nela nascerá. Nenhuma semente germinará. Nada crescerá, muito menos dará frutos. Sobre essa terra arrasada não adiantará o sol brilhar.

O que vem acontecendo no Brasil nos últimos anos, em especial, após a quarta derrota consecutiva da direita nas eleições de 2014, ultrapassa as raiais da sanidade e se atira no abismo fétido das loucuras desvairadas.

Parte da sociedade civil dita “organizada” passou a agir de forma orquestrada e de modo consentâneo aos interesses da elite, que domina com o poder do capital, a qual tão facilmente envolve com seu canto de sereia a pequena burguesia e a mantém iludida sobre o nevoeiro espesso de uma pseudo riqueza.

O discurso da ética é utilizado como discurso de ódio, as pessoas são induzidas a se enganarem, vestindo uma máscara que transmite uma aura de pureza e correção de atitudes, que atua como um escudo protetor a repelir qualquer argumento contrário.

Desse modo, criou-se um monstro, com bases capitalistas, neoliberais, onde se acrescentou requintes de fascismo e autoritarismo, dotando-o de articulações midiáticas, judiciosas e policialescas.

Nas entranhas desse monstro, em suas vísceras, renomados membros do Poder Judiciário do Brasil, homens e mulheres de reputação ilibada e caráter inatacável (pelo menos assim se auto denominam e dessa maneira são reconhecidos pelos seus pares) estão a produzir o sal que salgará toda a terra do nosso amado Brasil.

As ações de império de um juiz federal, corroboradas pelo seu Tribunal Regional e sob a proteção dos tribunais superiores, estão atendendo aos anseios de quem quer voltar a governar o país e dominar o povo que um dia sonhou em ser livre e independente.

O processo ardidamente arquitetado contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva poderia facilmente servir de exemplo nas mais respeitadas faculdades de direito do mundo de como não se proceder em um processo penal, de como não respeitar a Constituição de um país, de como não deve agir um membro do Judiciário ou mesmo do Ministério Público. Mas isso só aconteceria numa sociedade independente, como

1 Advogado especialista em direito público.

no Brasil de algumas poucas décadas atrás, onde ainda havia liberdade de pensamento e de expressão, antes dos donos do poder resolverem acabar com a aventura democrática que por aqui ainda engatinhava.

Criar um processo sem provas, apenas com suposições e ilações, sem documentos concretos e válidos, baseado em “convicções” e em indícios não provados, demonstra claramente que a intenção é condenar a qualquer custo o réu, não importando o que conste de sua defesa nem mesmo do que não se sustente em sua acusação. O que importa é impedir que este réu participe do próximo processo eleitoral, maculando assim a sua legitimidade.

O Código de Processo Penal preceitua em seu artigo 239 que “*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”. Quando a indução está eivada de vícios, atuando em prol de interesses escusos, torna-se igualmente viciada a conclusão que dela advém.

Observe-se que se utilizam de legislações criadas nos governos progressistas com intuito de fortalecer a democracia, quais sejam, a lei da ficha limpa e a da delação premiada, transformando o que havia de auspicioso e alvissareiro em venenoso e traiçoeiro, transformando o mel em fel, transformando o que veio para fortalecer em uma adaga voltada contra seu próprio peito, em direção ao coração da ainda neonata democracia brasileira.

A Lei da Ficha Limpa surgiu como arma de repressão e contenção, principalmente, à promiscuidade que envolvia e envolve as relações entre políticos e empresários. Porém, com espetacular ardil, próprio dos grandes vilões da história mundial, está sendo utilizada contra a democracia que a permitiu surgir, utilizando-se de detratores intitulados “delatores” por outra lei que trazia em seu âmagor características de benfazejo.

Não obstante isso, para completar o cenário jurídico-aterrador, temos na composição do Supremo Tribunal Federal ministros prontos a agir insidiosamente sobre o caso, promovendo a manutenção do plano maquiavélico detalhadamente construído. Na história da humanidade sempre existiu e continuará existindo operadores do direito defensores do capital, da classe dominante e da elite burguesa. Atores jurídicos a serviço do desserviço à sociedade.

No frígir dos ovos o que se tem é um processo penal capengante a tornar também capenga um processo eleitoral que já nasce viciado. É o sujo conspurcando o mal lavado.

O sal, que a toda terra pretende salgar, busca exterminar com toda a germinação de direitos que a democracia fez florescer nos últimos anos, todo o respeito ao próximo, toda a liberdade e independência adquirida por um povo sofrido, há 500 anos escravizado.

Mas os vários estômagos desse monstro abissal ainda estão ruminando, sentindo grande dificuldade em deglutir este que é hoje o maior líder progressista vivo da história contemporânea.

Em que pese toda a trama desenvolvida até agora, Lula não perdeu sua capacidade eleitoral passiva. Seus direitos políticos permanecem incólumes e o registro de sua candidatura, muito mais do que legítimo, é plenamente legal e será acatado pela justiça eleitoral, essa justiça que ao longo dos anos já viu muita sujeira e mesmo assim não chafurdou nela, saindo sempre pela via da democracia e do respeito à vontade expressa pelo povo nas urnas e nas ruas.

Assim, diante da sua incapacidade digestiva, o monstro tacanho e burro, independente da Inteligência de seus criadores, irá de suas entranhas expelir o sol que manterá tudo o que ainda não foi destruído e recuperará tudo aquilo que tentaram destroçar.

“Podem me prender, podem me bater, podem até deixar-me sem comer, que eu não mudo de opinião”, cantava Nara Leão em novembro de 1964, em música de autoria de Zé Kéti, desafiando a ditadura recém-instaurada. Meio século se passou e essa música não poderia ser mais atual.

Esse monstro, que se propôs a tudo devorar, será derrotado, pois podem até aprisionar o homem, mas nunca aprisionarão suas ideias.

“Cala a boca já morreu, quem manda em mim sou eu” e não roube a frase que nunca lhe pertenceu.

SOBRE DIREITO E POLÍTICA: UM BREVE ENSAIO EM DEFESA DA DEMOCRACIA E DA VONTADE POPULAR

Pietro Alarcón¹
Tatiana Stroppa²

INTRODUÇÃO

Um traço infelizmente marcante da contemporaneidade brasileira são os constantes atropelos dos atuais detentores do poder político por sobre os direitos fundamentais. A falta de sintonia entre a sociedade e o governo torna evidente a deslegitimação do Executivo, o distanciamento e carência de representatividade da maioria legislativa e, não exagera quem pontua, o nascimento de uma recente desconfiança manifesta com relação ao Judiciário e às funções essenciais à Justiça, hoje instrumentalizadas e fragmentadas. De tudo resulta o esgarçamento do Estado Democrático de Direito delineado pela e na Constituição Federal de 1988.

É de se levar em conta esses fatores, dentre outras razões, porque muito embora parte da doutrina manifestasse a começos do presente século que a Carta promulgada tinha sepultado as medidas autoritárias, afirmando o prenúncio de um cenário para uma democracia a construir com a participação de variados atores econômicos, políticos e sociais, em nossos dias, parece bastante claro que alguns teimam em não aceitar a diversidade e o respeito aos limites constitucionais impostos para o exercício do poder.

Emergem altas doses de individualismo e patrimonialismo que estão na base da sociedade brasileira e explodem em discursos de ódio e de baixa reflexão acerca dos acontecimentos cotidianos. Realidade que implica, com certeza, para os democratas e defensores dos direitos, a tarefa de identificar os inimigos das intenções constitucionais e apresentá-los de forma cognoscível ao povo.

Na retrospectiva do mais recente, o que poderíamos referenciar como “pecado original do atual tempo brasileiro” é, sem dúvida, o processo que culminou no assalto do poder no ano 2016. Daí em diante a tarefa tem consistido em encontrar parâmetros, fórmulas ou saídas que orientem o quanto antes o retorno ao processo de regeneração democrática.

1 Professor Dr. dos cursos de graduação e pós-graduação de Faculdade de Direito da PUC/SP. Coordenador da área de Direito Constitucional da PUC/SP. Advogado em São Paulo.

2 Doutoranda e Professora do curso de graduação do Centro Universitário de Bauru (CEUB-ITE). Membro efetivo da Red Iberoamericana de Docentes e Investigadores en Informática y Derecho (RED CIIDDI)

E essa tarefa necessária, mas em contexto difícil, se realiza resistindo, ainda, à ofensiva conservadora e desestabilizadora do projeto constitucional, tendo em vista os pecados factuais posteriores ao golpe, começando pelo congelamento no investimento social, a paralisação das iniciativas em favor dos mais vulneráveis e a retomada privatizadora do patrimônio público.

Neste panorama complexo, a discussão sobre a democracia e o processo eleitoral, que já está em curso, no meio de propostas, pré-candidaturas e sabatinas, é extremamente relevante, especialmente porque aquele que, reconhecidamente, tendo em vista as pesquisas eleitorais, possui amplo favorecimento popular, se encontra privado da liberdade em virtude de um processo marcado por incongruências e agravado pelo retrocesso da interpretação do paradigma constitucional clássico da presunção de inocência.

Abordaremos, assim, a democracia atrelada à ideia de liberdade, em dimensão constitucional e infraconstitucional, pois ambas exigem uma permanente busca e luta para que não sejam condenadas a um asilo periférico.

ELEMENTOS DO CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO NA ATUALIDADE BRASILEIRA

Dois temas parecem ocupar a atenção na relação entre sociedade e Estado nesta quadra da história: o primeiro, a necessidade urgente de fortalecer as condições de liberdade e de igualdade nos variados campos da vida social. Por outras palavras, de resgatar uma forma racional de convivência entre os seres humanos, solidificando o objetivo de construção de uma sociedade justa em matéria de distribuição da riqueza, priorizando a pessoa por sobre o lucro e combatendo a pobreza. Isso significa retomar as prioridades constitucionais em termos teleológicos (artigos 3º e 4º da Carta de 1988).

Cabe perguntar na situação atual o que esperam os detentores do poder econômico e político com as ações para o empobrecimento da cidadania e o cerceamento de espaços eleitorais? Em momentos marcados por medidas de exceção, a resposta se resume na vigilância, eliminação e redução ao máximo do impulso coletivo necessário para transformar realidades. A potencialidade transformadora que poderia ocupar as ruas reage hesitando com o recorte das garantias constitucionais de maneira sutil ou francamente aberta. E esse desunir se realiza a partir do uso de fórmulas contidas nas próprias cartas supremas, como a intervenção federal ou, também, apelando para legislações indignas, como a criminalização de protestos sociais.

No Brasil, estas formas de ajuste ou controle social já foram usadas, seja para resolver situações emergenciais, para acomodar interesses e atores, ou simplesmente como forma de conter adversários da nova ordem pós-golpe. Não há como esquecer que, em outubro de 2017, foi sancionada a Lei 13.491, que transferiu para a Justiça Militar da União o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados

contra civis por militares, quando em exercício de atividade operacional estabelecida pelo Presidente ou o Ministro da Defesa. Meses depois, o Decreto 9.288 de 2018 determinou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro e, nesse contexto, membros do governo federal expuseram a “tese” de mandados de busca e apreensão coletivos.

Também, nesse sentido, pretende-se tornar frequente, na contramão de um direito penal que resista às arbitrariedades do Estado, a militarização e criminalização de protestos, especialmente a partir do projeto de lei que altera o artigo da Lei Antiterrorismo - Lei 13.260 de 2016 - que salvaguarda as manifestações políticas, religiosas, sindicais e sociais com propósitos reivindicatórios.

Neste ambiente hostil, uma franja social expressiva passa a reconhecer conceitos parciais e corrompidos de liberdade e autonomia. Como exemplo, nas redes sociais, pessoas oriundas de variadas camadas da população e de gerações diversas apoiam as atitudes antidemocráticas e de retrocessos na garantia de direitos, justificando as visões mais deformadas do capital sobre o que são os direitos humanos, a justiça social e o combate à corrupção.

Sobre estas bases, a questão democrática, por assim dizer, passa a ser tolhida pela linguagem empresarial ou pelas visões de ódio, perdendo seu sentido humanista e de concepção finalística de bem comum. E então, como reconhece David Harvey, a questão política crucial se traslada à ideia de *liberdade vs dominação*. (Harvey: 2016. P. 186).

O segundo tema relevante consiste na superação da ingenuidade de que no limite das contradições de classe o Direito pode sujeitar a política e que no esquema liberal da separação de funções o Judiciário está fadado ao poder-dever de responder às inquietações e ameaças às liberdades a partir de uma dogmática apurada e acurada.

Sobre este ponto vale a pena lembrar que os nascentes Estados no século XIX adotaram com regularidade o esquema clássico liberal da separação. Entretanto, a realidade de nações periféricas, com uma classe dominante de precária cultura republicana, para além dos caudilhos que reclamavam sua parcela de poder territorial, originou controles jurídicos de fachada. Praticamente até o final do século, os Executivos e os Legislativos, como órgãos de representação popular, eram obrigados a manter contatos mais próximos com várias camadas sociais, e, em sentido contrário, o Judiciário, desde o princípio, foi conformado por representantes diretos das elites.

Nessas circunstâncias, como ressalta Correias Vázquez, o Direito assumiu um sentido ideológico, projetado desde as esferas do poder como um discurso prescritivo incompreensível para a maioria, ao passo que os juízes foram prontamente identificados como figuras acima da sociedade, ameaçadoras e autorizadas pelo Estado para exercer um poder quase invisível que se concretizava na execução das sentenças³. Como resultado houve a natural exclusão de vastos setores da população do acesso ao Judiciário, a desconfiança nas decisões e a reprodução da hegemonia de um Direito plasmado nas regras legislativas.

3 Cf. sobre o ponto artigo “Supremo tem responsabilidade constitucional sobre presunção de inocência” In: <http://justificando.cartacapital.com.br/author/pietro-alarcon>. Acesso em 26 de julho de 2018.

No Brasil recente, os contornos preocupantes no campo do Judiciário ganharam dimensão sobressalente com a decisão do HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento de 17.02.2016, na qual o STF, por maioria, determinou que, em caso de confirmação de sentença penal condenatória por um tribunal de segundo grau de jurisdição, a execução provisória de acórdão, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o dispositivo estampado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, a presunção de inocência.

Salvo melhor juízo, a partir de então se acentuaram as análises e reflexões sobre o papel do Judiciário brasileiro e em particular do STF e uma possível fratura ou “crise de identidade” no desempenho de sua função constitucional de resolver os graves dilemas jurídicos impostos pela versátil e vertiginosa realidade contemporânea.

A conjuntura política impôs à Corte Constitucional brasileira uma disjuntiva: ou assumir que, como parte da estrutura de poder estatal, autorizaria e concederia aval à excepcionalidade como ciclo de reformulação do poder do capital, descontando do acumulado de direitos e garantias o seu conteúdo constitucional histórico-libertário ou, por outro lado, se apresentaria como baluarte e defensor das exigências das liberdades e direitos, se posicionando juridicamente em sentido de contenção das quebras ao rigor da constitucionalidade. A maneira como transcorreu a sessão da Corte para proferir a decisão do HC 152.752 e os argumentos utilizados para ratificar o entendimento de 2016 sobre a presunção de inocência sugerem o triunfo da Política sobre a Constituição e as garantias fundamentais.

Já se argumentava que algumas lições poderiam ser extraídas da análise da atuação do Judiciário no cenário democrático brasileiro. Ressaltavam-se duas situações que se tornaram comuns no país: a primeira, a tendência a identificar, levando em conta o perfil governamental, Ministros “progressistas” ou “conservadores” dos quais se espera uma certa decisão ancorada em pressupostos morais ou políticos; a segunda, tendo como pano de fundo aquilo que Warat identificava como a afetação do Direito pela “metástase informativa de transmodernidade”, uma estratégia comunicacional que, além de retirar a consistência de temas como solidariedade, democracia, direitos humanos, postula quem são os heróis e os vilões perante uma opinião pública formada pelos meios de comunicação social (2000: P. 157).

O resultado desse cenário é a trivialidade no exercício da função jurisdicional, no qual, junto a membros de uma magistratura corajosa – sim, há juízes valentes e conscientes no país! –, há juízes que adiantam votos na mídia impudicamente, numa tendência destrutiva das balizas que sustentam as garantias do devido processo legal. A situação transforma alguns juízes nos super-heróis do momento e a outros, desejosos de ser figuras públicas, em fontes e produtores de notícias, tudo ao sabor, no caso brasileiro, da conjuntura da excepcionalidade.

A questão se alastra a setores do Ministério Público especialmente entre aqueles que entendem que a operação Lava Jato permite a utilização de medidas coercitivas e excepcionais, passando por delações e modalidades de pressão que sacrificam as

garantias fundamentais em nome de derrotar a corrupção e acabar com a impunidade, numa reconstrução perigosa do Direito Penal.

DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO ELEITORAL: UM SUJEITO PARA A DEMOCRACIA

A relação entre o Direito e a Política não pode ser experimental nem teoricamente reduzida às relações de poder. Já foi sustentado que se assim fosse não haveria nem Teoria Geral nem Dogmática, bastando uma crítica ao exercício da Política para simultaneamente tecer uma crítica ao ordenamento ou à forma histórica que assume o Direito. A equação a fazer não é exatamente essa porque a vinculação que permite o trânsito de uma etapa civilizatória para outra não se define pelas formas supraestruturais do Direito e da Política, senão por uma ação coletiva dos seres humanos das quais as duas são resultado. Nesse campo entram em jogo tanto as crenças e convicções como as fatalidades, dramas e interesses dos atores sociais.⁴

Daí que tanto o Direito como a Política se entrelaçam na rua e os direitos se conquistam nela. Por isso, com fundamento nas colocações anteriores é perfeitamente possível afirmar que um dos grandes desafios no país consiste em abrir espaços para estabelecer possibilidades alternativas e criativas que superem a racionalidade instrumental instalada na Política e no Direito que, como lembra Wolkmer, não liberta, mas reprime, aliena e coisifica o homem. (2009: p. 3 e ss.)

Talvez essas formas de deliberação e participação, algumas já pensadas e desenhadas na Carta de 1988, porém enfraquecidas ou esquecidas, possam contribuir para superar o *status* definido no relatório *Democracy Index*, que atesta que a democracia brasileira apresenta fraqueza significativa em aspectos atinentes à cultura e participação política. A precariedade nesses dois sentidos, imposta pelas elites dominantes, se consubstancia na ideia de que o povo elege, mas, estritamente, não decide, repetindo-se as deformações históricas da estrutura social que caminham para a “corrupção do voto”.

De passagem, aproveitando a onda de desconcerto, alguns, com bom ânimo, lembram que, em países como o Brasil, a falta de educação conduz necessariamente a uma crise no processo eleitoral. Desde essa perspectiva, de rigorosidade e literalidade não confirmada nem sequer nas democracias liberais mais desenvolvidas, automaticamente um povo “educado” votaria melhor e a democracia reinaria por sobre ele.

Essa visão confunde a educação, enquanto necessidade social e humana, com o processo de introjeção consciente da política e seus fins. Esta sim torna o ser humano um cidadão em todos os níveis e sentidos. Por isso a questão é ainda de maior gravidade. Tem a ver com a formação de uma consciência dos direitos, com “a crítica” ou com

4 Ver, nesse sentido, ALARCÓN, Pietro. *Supremo tem responsabilidade constitucional sobre presunção de inocência*. Disponível: <http://justificando.cartacapital.com.br/author/pietro-alarcon>. Acesso em 26 de julho de 2018).

a “maneira crítica” de avaliar e utilizar o instrumental pedagógico que permite a cada sujeito, brasileiro ou brasileira, reconhecer seu papel na história em uma perspectiva participativa e capaz de transformar a realidade.

Nesse processo, o despertar para participação não é apenas de elaboração mental e de respeito formal às regras do jogo. Há uma tarefa de conscientização da importância do resguardo das garantias fundamentais arduamente conquistadas, de uma prática cotidiana organizada em função de promover a vinculação dos cidadãos de uma forma que instaure a certeza da possibilidade de mudanças sociais em proveito e prestígio da dignidade humana.

Esse processo requer atitudes robustas que fortaleçam a autonomia das pessoas, assegurando a liberdade de expressão e de associação, bem como a igualdade de condições materiais de expressão no espaço público. A ênfase para o combate à corrupção passa pelo respeito e obediência às normas constitucionais, jamais o contrário.

Avançando no quadro da Constituição de 1988, pode-se observar que o princípio democrático, estampado no artigo 1º, estabelece a pauta de interpretação dos direitos políticos. Portanto, como dito, além da textualização é preciso um trabalho voltado à popularização da ideia de democracia porque “(...) democracia é governo por assentimento, e tal assentimento, em última análise, é o produto daquilo que um eleitorado acredita que seja uma democracia; isso depende da espécie de democracia que os eleitores julguem ser autêntica” (SARTORI, 1965, p. 20).

A ênfase na opinião e vontade “dos eleitores”, na raiz do dilema da liberdade política, parece conjugar eternamente a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos* de B. Constant. É, portanto, apropriado reconhecer não apenas a liberdade de participação nos assuntos da comunidade política, mas uma liberdade-autonomia, isto é, uma liberdade perante o poder, liberdade de expressão, de reunião, de manifestação, liberdade de substituir os governantes por meios pacíficos e legítimos, de discutir o poder e de contestar as opções do governo.

De fato, o conteúdo do princípio se entrelaça com outros postulados como a igualdade, a cidadania, a soberania popular, a participação, deliberação e a tolerância e está associado a direitos fundamentais que reproduzem essas e outras liberdades, como a comunicação e a possibilidade de conformação de diferentes partidos políticos.

No modelo brasileiro, o conteúdo do princípio está ligado não somente ao complexo orgânico estrutural do poder político, mas também às formas constitucionais e legais que garantem a legitimidade da disputa para imprimir ao Estado uma orientação de um ou outro signo.

Naturalmente, a democracia supõe uma conotação valorativa e teleológica que incluem políticas deliberativas que envolvam possibilidades reais de participação no processo político e não exclusivamente o direito de sufragar.

Apesar de todo o desenho constitucional, ao se prenderem à excepcionalidade, os detentores do poder político conseqüentemente têm revelado extrema dificuldade em lidar com os princípios e regras que fixam as balizas do jogo do Direito e da Política,

desconhecendo os postulados básicos do devido processo legal, o âmbito protetivo de os direitos e garantias fundamentais conquistados e desconsiderando a democracia como forma de convivência e acomodação das diversidades.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E PROCESSO ELEITORAL

Há uma relação estreita entre a democracia como substância e o processo eleitoral como fórmula instrumental para sua solidificação.

A Constituição Federal de 1988, logo no parágrafo único de seu artigo primeiro, declara que todo o poder emana do povo, que deve exercê-lo por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos por ela fixados. Portanto, necessitamos tanto de eleição quanto de representação e, desse modo, devemos indagar: em que medida os membros da comunidade política participam do poder, no exercício do poder, têm acesso às decisões políticas e são também chamados a serem sujeitos das tomadas de decisões políticas?

O exercício democrático pressupõe a possibilidade de exercer o direito de votar de maneira livre, pois “o voto sem livre escolha não pode resultar num governo representativo” (SARTORI, 1965, p. 39). A garantia substantiva do regime democrático é obtida na medida em que não apenas as eleições sejam livres, mas onde exista a formação de uma opinião pública livre, que eleve o povo à condição de sujeito ativo nas escolhas coletivas.

E então resulta fácil deduzir que a função dos partidos políticos vai muito além do provimento de organização e de recursos para a alternância dos quadros políticos e da resolução pacífica da sucessão no exercício do poder. Na verdade, a função é mais de “integração da multidão”, unificando interesses do povo e construindo um cenário comum de convivência (URBINATI, 2006, p. 15).

Se a existência de partidos e de pluralidade de candidatos são expressões ativas da democracia representativa e da higidez do processo eleitoral, na conjuntura atual tomaremos como referência o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva não por modismo ou simples preferência eleitoral, como em princípio pode-se pensar, mas por um fato inocultável: o candidato Lula da Silva, ainda que privado da liberdade, ostenta a preferência em intenção de voto de um número significativo de eleitores brasileiros. Mais ainda, sua candidatura registrada incide no panorama em que se projeta a escolha de quem ocupará a primeira magistratura do Executivo brasileiro.

Por isso, a discussão sobre a sua suposta inelegibilidade, levando em conta a Constituição Federal de 1988, a Lei 9.504 de 1997 - Lei das Eleições -, bem como a Lei complementar 135 de 2010 - Lei da Ficha Limpa - que alterou a Lei Complementar nº 64 de 1990 - Lei das inelegibilidades, deve ser guiada pela leitura atenta e a interpretação sistemática dos postulados constitucionais, estampados nos artigos 1º, III e V - *cidadania e pluralismo político* como princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito; artigo 1º, parágrafo único e 14 - *soberania popular*, na qualidade de condição

eficiente e força material empenhada para construir e garantir obediência e unidade política a partir da decisão fundamental eleitoral; e, no próprio artigo 14, parágrafos 3º a 9º que abordam as inelegibilidades.

A interpretação das normas citadas revela que a situação concreta envolve a afetação de autênticos direitos fundamentais. Como se sabe, direitos fundamentais ostentam qualidades especiais que interferem na sua interpretação/aplicação. Nesse sentido, há que se anotar a necessidade de lhes outorgar *máxima efetividade*, o que significa que, embora não sejam absolutos, a sua restringibilidade é excepcional e regularmente decorrente da interação com outros princípios constitucionais ou de restrição prevista na própria Constituição.

Nesse sentido, razão assiste a Rothenburg quando alerta que a limitação de um direito fundamental, neste caso, a participação eleitoral na qualidade de candidato – capacidade eleitoral passiva – nunca poderá atingir o núcleo, a essência, o conteúdo mínimo desse direito. E por isso, *“a disciplina normativa infraconstitucional (regulamentação) dos direitos fundamentais pode apenas retomá-los ou minudenciar-lhes o exercício (incompressibilidade normativa infraconstitucional). Enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa”*. (2014: p. 29)

Daí que o artigo 16-A da Lei 9.504 de 1997 determine que *“o candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”*.

Imaginemos que esse candidato, provisoriamente privado da liberdade, não possa obter o registro ou realizar campanha eleitoral e, posteriormente, os tribunais superiores revisem ou reformulem a decisão inicial que lhe desfavoreceu. O dano aos direitos fundamentais de ser votado e também de votar seria irreparável.

É claro que haverá as limitações próprias da privação da liberdade, mas o direito fundamental de ser votado, em nenhuma hipótese, até não haver decisão definitiva ou, por outras palavras e como diz a Lei, enquanto o registro estiver *sub judice*, jamais poderá ser afetado.

Lembremos que, no caso do ex-presidente Lula, nos temos do artigo 26C, da LC 64 de 1990, há ainda dois pedidos de suspensão de inelegibilidade, no bojo de dois recursos, um especial e um extraordinário, interpostos contra decisão proferida pelo TRF da 4ª região.

Também, no campo internacional, fundado no artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, há pedido de intervenção perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) para evitar a sua permanência na prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A liberdade política substantiva implica, naturalmente, a possibilidade de toda pessoa participar da condução dos assuntos da sua *polis*, de votar e de ser eleito em

eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Novamente, o Judiciário está diante de uma disjuntiva que somente se resolve com fundamento na dogmática, não na moral nem em premissas perambulantes da política. Realmente, quem pode decidir sobre eventual inelegibilidade é a própria justiça eleitoral, com fundamento na interpretação da legislação apontada que deve ser guiada pelo fortalecimento dos direitos fundamentais e da democracia. Cabe ao Judiciário coibir abusos que afetem tanto aos primeiros quanto à segunda.

Já lembrava Zaffaroni que o método dogmático jurídico é um instrumento e não um objeto nem um fim em si mesmo. O valor da verdade de uma construção dogmática depende da sua função no terreno da política. O mestre argentino nos fala de política como sinônimo de bom governo, de boa administração da coisa pública, e é claro, em função de uma democracia autêntica.

Por isso, se a função política do direito eleitoral é o fortalecimento da democracia, a melhor construção dogmática é aquela que a fortalece, a que amplia os direitos e favorece as intenções populares, e não o contrário.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito, a qual exige o sopesamento, por um lado, da intensidade da restrição aos direitos fundamentais - no caso em pauta o exercício da capacidade eleitoral com a possibilidade de inscrição de registro de candidatura do ex-presidente Lula - e, por outro, da importância da realização da democracia como regime político, vem a conduzir o vetor decisório para a permissão de registro da candidatura, que não pode ser esvaziada por uma interpretação jurídica em flagrante oposição à própria abrangência constitucional atribuída aos direitos políticos, os quais, por sua vez, não devem ser restringidos em discordância com o artigo 15 da Constituição Federal.

Efetivamente, é preciso reconhecer que a representação é uma instituição democrática que não pode ser aviltada pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário e, por isso, deve ser defendida e reforçada com a coparticipação da sociedade organizada.

O que resta claro é que, se o Judiciário descumprir seu papel constitucional, não somente se perde o Direito, mas também a Política como forma civilizada de conduzir a história dos povos.

Nesse compasso, o Judiciário não pode se afirmar em pressupostos morais ou pseudomoralistas, posto que este não é nem a instância que constrói nem a que pode medir a moral social, como tampouco a correlação de forças políticas, senão que deve procurar se afirmar na técnica de decisão que realize os direitos. Está vinculado a uma Constituição, às leis e aos tratados internacionais que ostentam, obviamente, conteúdo axiológico e teleológico, cujo qual deve ser resgatado através de uma hermenêutica que priorize tanto a democracia quanto a liberdade humana.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro. *Supremo tem responsabilidade constitucional sobre presunção de inocência*. Disponível: <http://justificando.cartacapital.com.br/author/pietro-alarcon>. Acesso em 26 de julho de 2018).
- HARVEY, David. *17 contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo. 2016.
- LEVI, Lucio. Regime Político. In: *Dicionário de Política*. Vol II. Bobbio, Mateucci, Pasquino. Brasília: EDUNB. 1993. Pp. 1081-1084.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. rev.actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Gen/Método. 2014.
- SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S.A., 1965.
- THE ECONOMIST. *Democracy Index 2017: free speech under attack*. 2017. Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2017.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex2017>. Acesso em: 25 jul.2018.
- URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova* [online]. 2006, n.67, pp.191-228. ISSN 0102-6445. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452006000200007>>. Acesso em: 20 jun.2018.
- WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantas las sirenas*. Florianópolis: UNOESC/CPGD/UFSC. 2000.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal y el discurso jurídico. In: *La justicia penal hoy: de su crisis a la búsqueda de soluciones*. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2000. p. 31-67.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta. 2007.

A LEI DA FICHA LIMPA E A VOLTA DA DEGOLA ELEITORAL

Ricardo Lodi Ribeiro¹

A partir do Governo Campos Salles (1898-1902), a República Velha encontra uma maior estabilidade política por meio da consolidação da Política dos Governadores, pacto entre o Governo Central e as oligarquias rurais estaduais em que o primeiro se comprometia a não restringir a larga autonomia local conferida pela Constituição de 1891, prestigiando o poder regional, em troca do apoio irrestrito no Congresso Nacional das bancadas controladas pelos Governadores. Com isso, todas as aspirações das camadas médias da sociedade, decorrentes de uma urbanização crescente da população brasileira, quedaram sufocadas até a eclosão do movimento tenentista e da Revolução de 1930.

Para garantir o controle dos Governadores, e, portanto, das oligarquias rurais, sobre os parlamentares eleitos, eram utilizados dois mecanismos. Um anterior ao pleito e outro posterior.

O primeiro era a *eleição a bico de pena*, em que os coronéis entregavam as cédulas eleitorais com o nome dos seus candidatos para os eleitores sob sua influência, e as mesas apuradoras elaboravam atas mais atentas ao desejo do líder político da região do que ao número de votos contidos nas urnas.

Se, com todos os mecanismos fraudulentos de controle das eleições pelos chefes políticos locais, algum candidato dissidente fosse eleito, poderia ser *degolado* pela *Comissão de Verificação de Poderes* da Câmara Federal. Essa Comissão, criada pela Constituição de 1824 para fins de verificar a validade formal dos diplomas expedidos pelos vários órgãos legislativos brasileiros, acabou, no Governo Campos Sales, adquirindo uma atuação discricionária, servindo como instrumento político para manter o controle das oligarquias rurais sobre o Parlamento, e assim, garantir o consenso das instituições políticas em torno do Presidente da República.

Composta por cinco membros escolhidos pelo Presidente da Câmara, referida Comissão, muitas vezes, negou arbitrariamente validade a diplomas de opositoristas eleitos e reconheceu a de candidatos governistas que não ficaram em primeiro lugar

1 Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ, Diretor da Faculdade de Direito da UERJ.

nas eleições.² Com o instrumento da degola, candidatos que não agradavam ao poder econômico das oligarquias rurais não eram empossados.

A fim de acabar com as fraudes eleitorais das eleições a bico de pena e com a degola dos oposicionistas, o Governo provisório de Getúlio Vargas, advindo da Revolução de 1930, criou o Código Eleitoral e a Justiça Eleitoral, em 1932. E durante mais de oitenta anos tais mecanismos foram razoavelmente adequados para coibir as fraudes eleitorais no Brasil.

Porém, com o fenômeno da judicialização da política, e a sua deformada versão nacional de politização do judiciário, o quadro mudou sensivelmente nos últimos anos. Não se nega que o fenômeno foi pavimentado em grande medida pela exposição pública da degradação dos costumes políticos nacionais. No entanto, não dá mais para negar também que o caráter seletivo das investigações, o poder de pauta ilimitado na escolha do que vai ser julgado e a relação umbilical com a mídia oligárquica, acabaram por fazer do Poder Judiciário uma arena em que o controle da atividade política nacional vem sendo exercido de forma discricionária, a partir de técnicas conhecidas como *Lawfare*, que constitui a junção em inglês da palavra *law* (lei), com o termo *warfare* (guerra).

A designação de *Lawfare* recai em um ambiente em que as instituições jurídicas são abusivamente utilizadas para a perseguição de um adversário político. Foi originalmente cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, em 1975³, que a consideravam uma tática de paz, em que a guerra dava lugar à disputa por leis onde se tinha “um duelo de palavras em vez de espadas”. A expressão foi disseminada pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap⁴, em 2001, como uma estratégia de mau uso da lei para alcançar um objetivo operacional como alternativa aos meios militares tradicionais.

Na esfera política se traduz, segundo Jean Comaroff e John Comaroff,⁵ no processo de usar a violência e o poder inerente à lei para produzir resultados políticos. Uma das formas mais frequentes da sua utilização se dá pelo afastamento de um adversário pelo uso abusivo do sistema jurídico em substituição aos processos eleitorais constitucionalmente vigentes.

2 Sobre as Comissões de Verificação de Poderes, vide: FIGUEIREDO, Vitor Fonseca. *O papel da Comissão Verificadora de Poderes da Câmara Federal para a articulação do Estado Brasileiro durante a Primeira República*. In: http://www.encontro2012.mg.anpuh.org/resources/anais/24/1340624650_ARQUIVO_TEXTOCOMPLETOANAI SANPUH-VITORFONSECAFIGUEIREDO.pdf. Acesso em 26/07/2018.

3 CARLSON, John; YEOMANS, Neville. In Smith, M. & Crossley, D. (eds.), *The Way Out - Radical Alternatives in Australia* Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

4 DUNLAP, JR., Charles J. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, D.C., 29 de novembro de 2001.

5 : COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and Disorder in the Postcolony* by Review by: Giovanni Arrighi *American Journal of Sociology* Vol. 114, No. 2 (September 2008), pp. 562-564.

Para John Comaroff⁶, professor da Universidade de Harvard, que tem se dedicado à pesquisa do *Lawfare*, o ex-presidente Lula vem sendo vítima do fenômeno pela força tarefa da Operação Lava Jato, em Curitiba, e pelo Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, o que restou caracterizado desde que o aludido magistrado vazou para a imprensa o conteúdo das escutas telefônicas entre o ex-presidente e a então presidente Dilma Rousseff. Depois desse episódio, de acordo com o citado pesquisador sul-africano, o *Lawfare* revelou-se pela tentativa de criar uma presunção de culpa em relação a Lula. Depois deste episódio, assistimos a uma sucessão de fatos que confirmam a análise do professor de Harvard, tendo como ponto culminante a decisão de Moro, em férias, para que fosse descumprida a ordem de soltura do ex-presidente expedida pela instância superior.

Na verdade, é forçoso reconhecer que, há muito, a chamada *República de Curitiba*, aproveitando-se do apoio militante da grande mídia à *Caçada ao Lula*, vem se valendo do expediente de mobilizar a opinião pública para o suposto combate à corrupção, criando um ambiente de condenação prévia do ex-presidente.

Nesse sentido, bastante sintomática foi a insólita apresentação em *power point* do coordenador da força tarefa do MPF, Deltan Dellagnol, que mostrava Lula como no centro de todo o esquema, sem que apresentasse na denúncia qualquer comprovação disso, mas grande *convicção* de suas alegações, como revelou a própria declaração do procurador que ficou famosa na ocasião.

Evidentemente que, além de todos os vícios processuais para a fixação da competência para julgamento do caso na 13ª Vara Federal de Curitiba, em relação a fatos cujo aspecto espacial se restringiu ao Estado de São Paulo, o juiz Sérgio Moro não revelou, ao longo do processo, que era julgador imparcial para conduzir o feito, muitas vezes desempenhando o papel ativo de acusador, não conseguindo esconder a sua pré-compreensão negativa a respeito do ex-presidente em vários trechos da sentença que não guardavam qualquer relação com os fatos em julgamento. E, como a experiência histórica revela aqui e alhures, quando a acusação e a jurisdição se confundem, o exercício do direito de defesa é uma mera formalidade legitimadora de um resultado previamente acordado.

No caso da sentença do triplex do Guarujá, o atentado aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, bem como à presunção de inocência, resta amplamente caracterizado, não deixando dúvidas de que o ex-presidente Lula não teve um julgamento justo e que o Juiz Sérgio Moro não foi juiz imparcial para a causa.

Neste contexto político em que todo o aparelho estatal e midiático foi há anos dirigido nessa *Caçada ao Lula*, muito pouco resultado concreto foi encontrado. Na verdade, a par da seletividade política que embala os movimentos contra o líder petista, os inevitáveis efeitos colaterais de um arremedo retórico de coerência dirigido contra outras forças políticas foram muito mais letais.

6 Vide in: www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml.

Aliás, a conclusão que se chega neste momento é que se está passando um atestado de bons antecedentes ao ex-presidente, pois diante de tantos esforços investigativos, por tanto tempo, em um cenário nacional em que proliferam malas de dinheiro, contas no exterior, e provas incontestáveis da rapinagem de dinheiro público, não foram encontrados contra o ex-presidente fatos muito animadores para os seus algozes.

Diante da evidente condenação de Lula sem provas a partir de uma narrativa que não é minimamente verossímil, não se pode deixar de registrar que a longa trajetória de afirmação do Estado de Direito está vinculada à consagração de princípios constitucionais como o do devido processo legal, da presunção de inocência e do juiz natural, que estão sendo deixados em segundo plano em nome de um combate à corrupção conduzido de modo seletivo e politicamente dirigido e que corre o risco de produzir resultados bastante danosos à trajetória da própria democracia no Brasil.

Nesse sentido, a perseguição que se dirige hoje contra Lula, se exitosa, consagrará a possibilidade de que qualquer pessoa possa ser condenada por corrupção sem que se prove a prática de ato de ofício, sem a obtenção de vantagem ilícita e sem o nexo de causalidade entre elas. Ou seja, basta a articulação de determinados interesses políticos e econômicos que sejam capazes que produzir o clamor de segmentos da opinião pública e uma atuação engajada do Ministério Público e do Poder Judiciário para privar alguém de sua liberdade e da participação na vida política do país.

Por outro lado, pelas características peculiaríssimas do processo, já apontadas pela esmagadora maioria de juristas nacionais e estrangeiros que se debruçaram sobre o feito⁷, seja do ponto de vista da valoração das provas, seja da celeridade em que foi julgado em primeira e segunda instância, faz com que um número cada vez maior de brasileiros, o que é revelado reiteradamente em pesquisas de opinião⁸, acredite que todo esse esforço persecutório em relação ao ex-Presidente Lula tem como objetivo impedir que ele seja eleito novamente presidente da República no pleito de outubro de 2018, quadro bastante provável a julgar por todas as pesquisas eleitorais até o momento divulgadas.

Não é outra a opinião de importantes observadores internacionais, que consideram Lula preso político, como revelado por documento da Fundação Internacional dos Direitos Humanos, organismo não-governamental sediado em Madri⁹, bem como por manifesto assinado por mais de trezentos dos mais respeitados pensadores

7 Vide coletânea sobre o tema: PRONER, Carol, CITADINO, Gisele, ROCIBOM, Gisele, DORNELLES, José Ricardo. *Comentários A Uma Sentença Anunciada – O Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017, disponível in: <https://urbsmagna.files.wordpress.com/2018/01/comentarios-a-uma-sentenca-anunciada.pdf>.

8 Tal afirmação se sustenta não nas pesquisas que o apontam como o preferido do eleitorado para ser presidente a despeito da sua prisão, mas de pesquisas dirigidas especificamente ao caráter político de sua prisão. Vide por exemplo a pesquisa Vox Populi de julho de 2018 que aponta que 53% da população brasileira entende que a prisão de Lula foi política. In: <https://www.revistaforum.com.br/pesquisa-cut-vox-populi-para-48-lula-e-o-melhor-presidente-que-o-pais-ja-teve/>. Acesso em 26/07/2018.

9 Vide in: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/07/lula-e-considerado-presno-politico-por-entidade-internacional-de-direitos-humanos>. Acesso em 26/07/2018.

da atualidade, como *Noam Chomsky, Boaventura de Sousa Santos, Thomas Piketty, Mark Blyth, Ha-Joon Chang, John Comaroff, Angela Davis, Michael Löwy, Friedrich Müller, António José Avelãs Nunes, Leonardo Padura, Pierre Salama, Slavoj Žižek e tantos outros*.¹⁰

Na verdade, a utilização do *Lawfare* para afastar a candidatura de Lula foi pavimentada pela Lei da Ficha Limpa, ironicamente assinada pelo então Presidente Lula em 2010. É que a alínea *e* do artigo 1º, I da LC nº 64/90, com redação dada pela referida norma, dispõe que os condenados em decisão judicial proferida por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, podem ser declarados inelegíveis.

Além de violar a presunção constitucional de inocência, já que o condenado em segunda instância é privado de seus direitos políticos sem que possa ser considerado constitucionalmente culpado, o dispositivo facilita a tutela do sistema de justiça sobre a democracia a partir do direcionamento de investigações e do poder de pauta de julgamento contra determinados candidatos. Afinal, a distância entre um processo célere que se adequa ao calendário eleitoral e às pretensões de retirar determinado candidato do pleito e um processo extinto pela prescrição da pretensão punitiva reside tão somente na absoluta discricionariedade judicial sobre quando e o que julgar, sem que a sociedade tenha instrumentos eficazes de controle dessas decisões que produzem consequências políticas decisivas na quadra atual da nossa história.

O exemplo bastante emblemático é o processo do ex-Presidente Lula, que revela como a Lei da Ficha Limpa pode funcionar como um novo instrumento de degola de candidatos não desejados pelo *establishment*, como ocorria na República Velha.

É claro que hoje os atores são outros, a sofisticação do arbítrio é muito maior. Porém, é forçoso reconhecer um traço comum entre os dois fenômenos: a tutela de agentes do Estado à vontade do eleitor. Se hoje, não são mais protagonistas desse jogo os Governadores alicerçados pela oligarquia rural como no início do Século XX, o Poder Judiciário encontra na Lei da Ficha Limpa um sistema de degola prévio que impede inclusive os políticos discricionariamente escolhidos pelo sistema de justiça de se apresentarem como candidatos.

É interessante perceber que essa discricionariedade judicial, seja consciente ou inconscientemente, quase sempre segue os sabores das campanhas difamatórias conduzidas pela mídia oligopolizada, sempre a serviço do capital, que hoje, no Brasil, se coloca a favor das reformas impopulares do governo golpista na direção da destruição do Estado Social. Hoje vemos editoriais dos grandes jornais pautando decisões judiciais fundamentais ao processo político e eleitoral, quando não *twittadas* de oficiais gerais, colocando a nossa democracia de joelhos frente à ameaça de exercício da força bruta. Infelizmente, nem sempre o sistema de justiça consegue se imunizar a essas pressões.

10 Vide in: <https://www.cartacapital.com.br/politica/piketty-angela-davis-e-mais-300-intelectuais-pedem-liberdade-de-lula>. Acesso em 26/07/2018.

Se o golpe parlamentar que viabilizou a ascensão do Governo Temer, a partir da utilização peculiar de categorias do direito financeiro, permitiu o desmonte do incipiente sistema de proteção social às pessoas mais vulneráveis, as tentativas abusivas de tornar inelegível o candidato amplamente favorito às eleições de 2018 buscam sepultar o maior risco ao projeto de consagração da sociedade de mercado, a que aludia Karl Polanyi¹¹, com a separação do sistema econômico do sistema social, subordinando este em relação aos interesses do mercado, o que foi pavimentado depois do impeachment.

Assim, se o *lawfare* praticado contra Dilma Rousseff foi extremante grave ao viabilizar a instauração de um governo ilegítimo até 31/12/2018, naquele que se pratica contra Lula, podem decorrer efeitos mais duradouros. Por esta razão, apesar do golpe do impeachment ter constituído um poderosíssimo instrumento de ruptura institucional com vistas a subverter as cosmovisões que foram escolhidas pelo povo brasileiro em 2014, a *Caçada ao Lula*, destinada à sua desmoralização e inelegibilidade, pretende retirar dos eleitores a possibilidade de decidir sobre as escolhas políticas que foram traídas a partir da atuação do Congresso Nacional, em 2016.

O problema para os golpistas é que, mesmo preso, Lula não para de crescer nas pesquisas, que já apontam sua vitória no primeiro turno, e que também revelam o aumento da percepção sobre o caráter político da sua prisão.¹² Nesse cenário, o ônus dos Tribunais Superiores em promover a sua degola é politicamente muito mais alto. E todo esse ônus pode acabar sendo em vão com a possível transmutação de Lula de candidato favorito a único eleitor do pleito ao escolher seu sucessor em caso de sua injusta degola.

Os efeitos da degola na República Velha acabaram desaguando na Revolução de 1930 que pôs abaixo todo o sistema político dos coronéis. Hoje, em tempo de modernidade líquida, a que alude Zygmunt Bauman,¹³ não é necessário tanto tempo para o boomerang da história dar uma volta completa. Por isso, não será surpresa se as novas tentativas de degola eleitoral tenham o efeito exatamente contrário aos desejados pelos seus artífices.

11 POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 45 e 77.

12 Vide por exemplo a pesquisa Vox Populi de julho de 2018 que aponta que Lula tem 41% das intenções de votos contra 29% dos demais candidatos. In: <https://www.revistaforum.com.br/pesquisa-cut-vox-populi-para-48-lula-e-o-melhor-presidente-que-o-pais-ja-teve/>. Acesso em 26/07/2018.

13 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

O SIMULACRO DE DEMOCRACIA BRASILEIRA

Roberto Beijato Junior¹

A democracia, como sabemos, possui seu mais valioso fundamento na outorga de poder ao próprio povo, que o exercerá diretamente ou, como é a regra geral no Brasil, por meio de representantes eleitos para tal fim. A própria Constituição Federal no parágrafo único de seu primeiro artigo estatui que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

No plano das ideias o dispositivo constitucional não deixa dúvidas ao instituir um regime democrático no Estado brasileiro, outorgando ao próprio povo todo o poder estatal.

Pressupõe-se, de igual modo, como decorrência lógica de uma democracia, que o povo tenha a possibilidade de escolher sujeitos para exercerem em seu nome referido poder, representando efetivamente os anseios populares.

Não é de hoje, entretanto, que os representantes eleitos exercem o poder em benefício próprio e daqueles que financiaram suas candidaturas, renegando ao povo – o verdadeiro detentor do poder – os últimos graus de prioridade.

Os constantes escândalos de corrupção que assolam o Brasil e constituem, a bem da verdade, o câncer que insiste em manter os excessivos níveis de desigualdade social e cultural no Brasil tornam a população absolutamente descrente naqueles que exercem o poder em seu nome, bem como torna a população descrente da própria política em si.

Trata-se, a evidência, de uma consequência da situação política brasileira e que não requer muitas digressões para ser percebida. Ora, enquanto o Brasil é um dos

1 Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador do curso de Direito da Faculdade Escola Paulista de Direito (EPD), onde também é Professor titular nas seguintes disciplinas: Filosofia; ética geral e profissional; teoria da Constituição e jurisdição constitucional. Autor e co-autor de diversos artigos e obras nos campos da Filosofia e do Direito, em especial a Teoria Ontológica do Direito, publicada pela editora Lumen Juris. Agraciado com bolsa de estudos para o Doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério da Educação do Brasil. Advogado sócio do escritório Azevedo Gonzaga & Beijato Sociedade de Advogados.

países com a maior carga tributária do mundo, é ao mesmo tempo, um dos países mais mal colocados nos índices educacionais.

Basta compararmos: em 2015 a tributação brasileira alcançou o expressivo índice de 33,47% do PIB nacional, segundo dados divulgados pela própria Receita Federal². Países conhecidos pela elevada tributação – porém com a devida contrapartida em qualidade de vida – como a Suíça, por exemplo, teve, no mesmo período, o total de 26,6% de seu PIP composto pela carga tributária. Os Estados Unidos da América registrou 26%, enquanto o Canadá registrou 30,8%, ambos no mesmo período.

Por outro lado, num ranking de 76 países, o Brasil é apenas o 60º no quesito educacional.³ A saúde pública, ademais, dispensa comentários face a notoriedade dos absurdos a que é submetida a população. A segurança pública, de igual modo, mostra a extrema violência que predomina nas grandes cidades brasileiras – reflexo da falta de investimento educacional –, sem mencionar a crise no sistema penitenciário brasileiro que não é sequer controlado pelo Estado. As imagens de presos sendo decapitados por outros presos em guerras entre facções que ocorreram livre da intervenção estatal chocaram o mundo.

Evidente que há uma disparidade notável entre a carga tributária brasileira – uma das mais altas do mundo – e a qualidade do serviço público ofertado à população – uma das piores do mundo -. Para onde será que vai todo esse dinheiro, perguntamos? Bem, os constantes escândalos de corrupção que testemunhamos diariamente respondem a essa pergunta. São bilhões em corrupção, contratos superfaturados, pagamentos mascarados como doações de campanha, etc.

O povo, detentor do poder, diga-se de passagem, paga elevadíssimos custos para manter os custos financeiros da corrupção que beneficia um pequeno grupo.

Há, neste sentido, uma clara desvirtuação do sistema democrático brasileiro. Em termos platônicos – a partir da clássica divisão que caracteriza seu idealismo filosófico entre mundo inteligível e mundo sensível – a democracia, no plano das ideias constitui um conceito perfeito, sendo possível aferir a essência de tal conceito, ou seja, a coisa em si, somente transcendentalmente. Por outro lado, a representação material da democracia será inevitavelmente desvirtuada e maculada pelas vicissitudes humanas.

No Brasil tal disparidade mostra-se com peculiar ênfase. Uma coisa é o mundo das normas constitucionais, onde o poder emana do povo, onde é assegurado a todos um longo leque de direitos fundamentais individuais e sociais – entre estes últimos os próprios direitos à saúde, moradia, alimentação, etc., localizados no art. 6º da Constituição Federal. Outra coisa, bastante diversa é a realidade bastante deplorável quando comparada ao estado de dever ser emanado da Constituição, a desvirtuação do mundo material atinge sobremaneira o modelo ideal que não é possível sequer observá-lo na

2 Dado constante da seguinte matéria: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/carga-tributaria-sobe-para-3266-do-pib-em-2015-diz-receita-federal.html>

3 <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-o-60-colocado-em-ranking-mundial-de-educacao,1686720>

prática, restando apenas simulacros de sua idealização. Tais simulacros, por sua vez, possuem um relevante papel em benefício do poder, mantendo a situação de conformação social face à naturalizada violência simbólica exercida constantemente.

Se preferirmos, em termos de política aristotélica, podemos concluir, confrontando as formas puras e pervertidas de governo, que a democracia brasileira se perverteu em demagogia.

Dado interessante e que demonstra a falência do sistema democrático brasileiro é a pesquisa recente, divulgada pela BBC, que demonstra a crescente popularidade do juiz Sérgio Moro e a elevadíssima rejeição de membros da classe política, entre eles o atual presidente Michel Temer, cuja rejeição beira os 80%.⁴

Do ponto de vista da democracia, a situação é curiosa. O povo, detentor do poder, escolhe diretamente representantes para exercer o poder em seu nome. Porém, o próprio povo não se sente representado por aqueles que escolhem para tanto.

Por outro lado, o povo se sente representado por um sujeito cujo qual sequer escolheu para exercer o poder, no caso, um juiz que prestara um concurso público de provas e títulos.

A situação demonstra a crise de legitimidade do sistema democrático brasileiro, não existindo mais identidade entre povo e governantes – elementos imprescindíveis ao Estado.

A necessidade de uma profunda reforma política no Brasil é premente e evidente. No entanto, é nítido, também, que qualquer reforma introduzida pelo governo posto e, dentro do sistema existente, não passará de mais um simulacro, por meio do qual para o poder, por vezes é interessante “*mudar as coisas para manter tudo justamente como está*”⁵

Recorrendo agora à teoria dos sistemas, sabemos que qualquer sistema possui a tendência de autopreservação, isto é, possui mecanismos para preservar o seu núcleo, permitindo apenas alterações pontuais por meio das quais se adapta, alterando sua aparência mas não a sua essência. Trata-se daquilo em teoria geral dos sistemas pode-se denominar de homeostase, bem constatada por Bertalanffy durante a primeira metade do século passado.⁶

Isso significa que uma reforma política sob a égide do poder atual não conduzirá a qualquer alteração significativa do sistema, uma vez que seu núcleo restará preservado. Para que haja qualquer mudança efetiva é necessária a destruição do núcleo sistêmico atual, para que a partir daí surja um novo sistema.

Um novo sistema solucionaria as coisas para o Brasil? Particularmente penso que não. O problema é mais profundo e remete à essência da natureza humana em

4 <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39075521>

5 Referência a conhecida frase de Don Fabrício Cordera, personagem de Giuseppe Tomasi di Lampedusa na obra “O leopardo”.

6 Conferir: VON BERTALANFFY, Ludwig. Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimentos e aplicação. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

sociedade. A corrupção do poder não é fenômeno inédito, bastando leituras advindas da antiguidade clássica para vermos o quão atual ainda permanecem.

Neste sentido, sugiro a leitura da *apologia de Sócrates* de Platão, onde se retrata a corrupção da democracia ateniense, que culminara na condenação à morte de Sócrates, fazendo com que a partir daí Platão tenha se tornado um dos maiores críticos do modelo democrático ateniense. A apologia de Sócrates permanece extremamente atual.

Existem obras que retratam seu momento histórico e, passado tal momento, ficam no passado. Outras, contudo, por retratarem o âmago da essência humana e suas vaidades permanecem atual ao longo dos milênios. Esse, sem dúvida é o caso da apologia de Sócrates.

Por fim, não sabemos – e sequer objetivamos concluir – se um novo modelo tornaria o poder novamente legítimo no Brasil. Contudo, podemos concluir que o poder posto, além de demagógico, jamais se autodestruirá através dos recursos fornecidos pelo próprio sistema, a exemplo do direito de voto, de modo que alterará somente sua aparência, porém manterá sua essência, mantendo o cenário a que nós, brasileiros, já estamos acostumados a nos submeter.

Não nos iludamos, portanto, com promessas de reforma política por parte do governo posto, vez que o resultado será apenas mais um simulacro destinado a manter as coisas como estão por mais um bom tempo. Ao contrário, parece-me que tal ruptura deve ser externa ao sistema existente. De onde deve vir tal ruptura? Tal ruptura alteraria a ordem das coisas ou, como na revolução dos bichos de Orwell, ao final, não poderemos distinguir entre o homem e o porco? Impossível concluir, porém satisfaço-me deixando a indagação.

FICHA LIMPA: A MORALIZAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE RELATIVIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Rubens R. R. Casara¹

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Existem diversas explicações para o fenômeno que se convencionou chamar de “crise dos direitos fundamentais”.

Uma visão utilitarista, por exemplo, apostaria no fato de que respeitar os direitos fundamentais das minorias (e os direitos fundamentais, por definição, são de todos) costumeiramente representa óbice à satisfação dos interesses das maiorias (pelo menos, dos interesses das elites – daqueles que detêm o poder político e/ou econômico – que muitas vezes são apresentados como os interesses da maioria da população). Certa corrente antropológica, por sua vez, diria que os direitos fundamentais são *contra natura* e, portanto, tendem a ser ignorados em razão da própria natureza humana. Alguns adeptos menos ilustrados da Análise Econômica do Direito provavelmente atribuiriam o desprestígio dos direitos fundamentais à redução da eficácia do Estado no campo da repressão aos delitos. Outros, mais engenhosos, defenderiam a violação das regras do jogo democrático em nome da própria democracia, procurando superar, ao menos no plano discursivo, a insuperável contradição através da substituição do direito pela moral (usam-se concepções moralistas no discurso como forma de manipular tanto a opinião pública quanto a ação concreta dos atores jurídicos como estratégia para a relativização dos direitos e garantias fundamentais).

Nenhuma dessas posições, porém, revela-se adequada ao Estado Democrático de Direito, isso porque os direitos e garantias fundamentais são o conteúdo material da democracia: violar ou relativizá-los significa atentar contra a democracia.

Neste pequeno texto, parte-se das seguintes hipóteses: a) diversos fatores contribuem à perda da efetividade dos direitos fundamentais (não cabe aqui, em razão da natureza e dos objetivos deste artigo, a exposição de cada um deles); b) os direitos fundamentais só são afastados em quadras históricas nas quais os valores democráticos

1 Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes e Doutor em Direito pela UNESA/RJ. É professor convidado do Programa de Pós-graduação da ENSP-Fiocruz e juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

também se tornam dispensáveis (dito de outra forma: uma cultura democrática é condição de possibilidade à concretização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, obstáculo a projetos autoritários que, em razão dos seus métodos e objetivos, se revelam incapazes de conviver com os direitos fundamentais); e c) há profundo desconhecimento acerca do conteúdo (e das consequências do reconhecimento) dos direitos fundamentais.

MORALIZAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Veja-se o exemplo do princípio da presunção de inocência, hoje “desmoralizado” (o trocadilho deve ser perdoado). Basta lembrar do crescimento vertiginoso do número de pessoas que permanecem presas antes de serem definitivamente condenadas (com os aplausos de grande parte da mídia), do uso desnecessário de algemas (muitas vezes utilizadas para aviltar os imputados ou, na “sociedade excitada” (TÜRCKE, Christoph, 2010), para dar visibilidade aos agentes responsáveis pela prisão – pois, hoje, como ensina TÜRCKE, “ser é ser percebido” - ou mesmo, do julgamento da Ação Penal 470 (isso para não falar do complexo de procedimentos que recebeu o nome de “Lava Jato”), em que eminente julgador defendeu a necessidade de “inversão do ônus probatório” em matéria penal, como forma de justificar seu voto pela condenação de um dos réus, para se perceber que há um déficit cultural (e, por evidente, cognitivo) para a compreensão e concretização das normas que se extraem da “presunção de inocência”.

Não se pode, porém, esquecer, que a onda de relativização dos direitos e garantias fundamentais, em especial da norma constitucional que assegura(va) a presunção de inocência, começou com a chamada “Lei da Ficha Limpa” (LC n. 64/90), que buscava privar dos direitos políticos pessoas que ainda não foram definitivamente condenadas.

A lei da Ficha Limpa, apesar de flagrantemente inconstitucional, foi festejada por amplos setores democráticos em razão do caráter moralizador anunciado por seus defensores. Nesse momento histórico, deu-se a principal vitória da moral sobre o princípio democrático. A grosso modo, pode-se afirmar que essa lei abriu a porteira para considerações pragmáticas e interesses políticos em detrimento dos limites impostos na Constituição para evitar o arbítrio e a barbárie. E o pior: trata-se de uma lei que, em última análise, transfere para o Poder Judiciário (também um *locus* de luta política) o poder de afirmar quem pode, ou não pode, ser votado.

Procurar-se-á, nesta oportunidade, apresentar alguns detalhes da presunção de inocência, isso porque, no Estado Democrático de Direito, modelo marcado tanto pelo controle do poder quanto pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais, se impõe privilegiar a liberdade do indivíduo e os direitos políticos durante o procedimento de persecução penal (procedimento tendente à aplicação de uma resposta estatal aos desvios apontados como criminosos) até o esgotamento de todos os recursos cabíveis de eventual condenação, o que veda (ou, nas democracias, deveria vedar)

a antecipação da punição e a inelegibilidade, bem como torna (ou deveria tornar, se a Constituição fosse cumprida) excepcional o encarceramento cautelar (a prisão de natureza processual).

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ILUSTRE IGNORADA

As primeiras notícias do *princípio da presunção de inocência* remontam ao direito romano, contudo ele encontrou seu período de mais baixa concretude durante a Idade Média, no qual vigoravam procedimentos inquisitoriais, juízos de semi-culpabilidade, provas tarifadas e fogueiras. Algo muito próximo, por exemplo, dos recentes juízos condenatórios a partir de confissões e delações obtidas através da instrumentalização de imputados mediante a imposição de prisões desnecessárias e fora das hipóteses legais, conforme denunciado por inúmeros juristas e pesquisadores do funcionamento do processo penal após a chamada “Operação Lava Jato”.

Correlato ao *princípio da necessidade de jurisdição* (não há declaração de culpabilidade sem juízo), o mandamento constitucional da presunção de inocência revela que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada” (FERRAJOLI, 2002, p. 441). Trata-se, como quer Luigi Ferrajoli, de um princípio fundamental de civilidade, “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2002, p. 441). Mais do que uma opção legislativa em prol da parte mais fraca da relação de processual (relação, vale sempre lembrar, estruturalmente desigual, uma vez que coloca o acusado/indivíduo em oposição ao Estado), a presunção de inocência representa uma proposta de segurança para o corpo social, posto que o arbítrio estatal, corporificado na condenação de inocentes e nas perseguições políticas através do sistema de justiça, representa uma forma de violência igual, ou mesmo pior (por se tratar de violência estatal ilegítima), que a cometida pelo sujeito criminalizado.

A presunção de inocência encontra-se elencada no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição de República, no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e em um grande número de diplomas de direito internacional, inclusive na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, em que se lê: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”.

A redação (diga-se: tímida e dúbia) dada ao artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal não faz referência explícita à presunção de inocência e reproduz, em linhas gerais, a solução conciliatória adotada pela Constituição Italiana de 1947. Naquela ocasião, diante da redemocratização italiana, buscou-se evitar uma ruptura dogmática com a tradição dogmática-autoritária. Em realidade, os debates em torno da presunção de inocência, sempre colocaram em disputa liberais e antiliberais. Em apertada síntese, na Itália, confrontavam-se teóricos que conferiam ao *princípio da inocência* a sua amplitude máxima, como forma de realçar/reforçar a liberdade individual, como

símbolo frente ao obscurantismo processual, e aqueles que detinham o poder político durante o fascismo italiano (e que representaram forte influência no direito brasileiro ao tempo da elaboração do Código de Processo Penal de 1941), que vislumbravam excessos na defesa das garantias individuais e entendiam impossível a existência de uma verdadeira presunção de inocência que acobertasse pessoas acusadas de crimes. Para esses teóricos, vinculados ao movimento autoritário, o que vigorava durante o processo criminal era uma “declaração (presunção) de não-culpabilidade”, uma postura que via o imputado (aquele a quem se atribui uma conduta criminoso) numa situação “neutra”, em que ainda não podia ser tido como culpado, mas também não era visto como inocente. Como se percebe, a disputa entre liberais e antiliberais reproduz, na compreensão dessa norma, o conflito entre o interesse repressivo e o interesse de manutenção da liberdade do cidadão. Todavia, ao acompanhar a lição de Jaime Vegas Torres, “não é possível distinguir ‘presunção de não culpabilidade’ e ‘presunção de inocência’” (TORRES, 1993, p. 31), pois a neutralidade (conceitualmente, a ausência de valores) é impossível: a pessoa não é presumida culpada por ser tida como inocente até o trânsito em julgado (até a impossibilidade de impugnar a condenação pela via recursal) de sentença penal condenatória.

Aqui entre nós, a presunção de inocência constitui direito fundamental de dimensão constitucional. Não se trata de uma presunção em sentido técnico, mas de uma norma constitucional que condiciona a atuação de todos os agentes estatais em diversos momentos. Tem-se, então, a concretização jurídica do estado de inocência, entendido como “posição do sujeito diante das normas da ordenação, resultando também *direitos subjetivos públicos* a serem exercidos em face do Estado, que haverá de justificar sempre ou em *lei ou/e motivadamente* – quando judicial a decisão – quaisquer restrições àqueles direitos” (OLIVEIRA, 2004, p. 174).

Na lição de Amilton Bueno De Carvalho, a realização desse princípio exige a adoção de uma postura ativa (e não de mera passividade) da Agência judicial, a saber: deve o juiz entrar no feito convencido de que o cidadão é inocente e só prova forte em contrário, destruidora da convicção inicial, é que levará ao resultado condenação (CARVALHO, 1998, p. 104-105).

A concretização da presunção de inocência se dá em três dimensões diversas: a) a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); b) a dimensão de garantia (regra do Estado); e c) a dimensão probatória (regra de juízo).

A presunção de inocência revela, em primeiro lugar, uma *regra de tratamento*, que favorece do indiciado ao réu, desde a investigação preliminar até, e inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores (por “tribunal superior” entende-se o órgão judicial com competência em todo o território nacional). Todos os imputados (indiciados ou acusados) devem ser tratados como se inocentes fossem, até que advenha a certeza jurídica da culpabilidade oriunda de uma sentença penal irrecorrível. O tratamento diferenciado entre o réu e qualquer outro indivíduo só se justifica diante do reconhecimento estatal, devidamente fundamentado, da necessidade de se

afastar o tratamento isonômico. Assim, por exemplo, tanto o uso de algemas quanto a decretação de prisões cautelares são medidas de exceção que só podem ser adotadas em situações excepcionais. A regra é, portanto, que, independentemente da gravidade do crime, o imputado responda ao processo em liberdade e tenha preservado os seus direitos políticos.

Em segundo lugar, a presunção de inocência representa uma *regra probatória* que se exprime através da máxima latina que orienta a apreciação da prova penal: *in dubio pro reo*. No processo penal, a carga probatória é toda da acusação. Mesmo diante da inércia da defesa técnica, o acusado deverá ser absolvido se o Estado não for capaz de demonstrar a autoria, a materialidade e a culpabilidade descritas na denúncia (ou queixa), i.e., cabe à parte-autora produzir a prova segura da conduta típica, ilícita e culpável. Se o órgão acusador, para o exercício legítimo da ação penal condenatória, tem o dever de imputar um fato criminoso (leia-se: um fato típico, ilícito e culpável), a ele também cabe demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade afirmadas. Com razão, portanto, Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 2013, pp. 227-244) e Germano Marques (MARQUES, 2000, p. 170), ao aduzirem que não compete ao réu provar as circunstâncias justificantes e exculpantes por ele alegadas.

É também a dimensão probatória do princípio da presunção de inocência que torna inconstitucional qualquer ato (legislativo, administrativo ou judicial) que implique na inversão do ônus da prova no processo penal. Há, portanto, um claro limite material à liberdade de conformação da prova pelo legislador ordinário “constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física)” (CANOTILHO, 2004, 174). Descabem, por evidente, condenações baseadas em convicções íntimas, preferências políticas ou certezas delirantes dos julgadores. Na lição de Canotilho, “isso significa que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e essas restrições pressuponham a existência de determinados fatos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito” (CANOTILHO, 2004, 174). No mais, *in dubio pro libertate*.

Por fim, o princípio da presunção de inocência é também dirigido ao Estado, como *regra de garantia* contra as opressões tanto públicas quanto privadas. Dito de outra forma: o Estado, para concretizar o princípio da presunção de inocência, recebe do legislador constituinte o dever de adotar todas as medidas que permitam assegurar ao indiciado ou acusado tratamento digno. No que se refere aos direitos políticos, o candidato ou mesmo o pré-candidato, ainda que preso, mas não definitivamente condenado, deve gozar dos mesmos direitos e das mesmas possibilidades de fazer campanha, divulgar suas ideias e seus projetos, que têm os outros candidatos que não figuram como réus em processos judiciais.

EM BUSCA DO NECESSÁRIO CONSTRANGIMENTO DEMOCRÁTICO

O princípio da presunção de inocência deve servir como óbice e constrangimento às tentações totalitárias (de fazer do imputado um objeto a ser manipulado pelo Estado) e às perversões inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira, em especial aqueles que não interessam ao projeto neoliberal, seja porque não dispõem de poder de consumo, seja porque são inimigos políticos desse projeto. Perfecto Andrés Ibáñez, com sensibilidade, afirma que “se, como penso, no emprego da prisão cautelar há um inevitável momento de ilegitimidade, o juiz tem que assumir esse dado na forma de uma *mala conciencia*, geradora nele de um verdadeiro mal-estar moral que torne impossível o uso cômodo e rotineiro dela” (IBÁÑEZ, 2007, p. 147).

Poder-se-ia ainda dizer, no que se refere à inconstitucional “Lei da Ficha Limpa”, que a mínima consciência democrática deveria ser suficiente para inviabilizar a relativização da presunção de inocência (e de qualquer outro direito ou garantia constitucional) com o objetivo de influenciar no resultado de eleições e nas regras do jogo democrático.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: a teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima: Palestra: 2007.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.
- TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada*. Campinas: Editora Unicamp, 2010.

PARA ALÉM DA CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A EXCEÇÃO COMO A PEDRA NO CAMINHO DA DEMOCRACIA

Sergio F. C. Graziano Sobrinho¹

INTRODUÇÃO: O “CASO LULA” COMO OBJETO DE ANÁLISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O atual cenário social e político brasileiro deve ser, e está sendo, observado com certa perplexidade em razão de diversas contradições existentes no âmbito jurídico, justamente pela impossibilidade de se entender, com um mínimo grau de racionalidade, as decisões judiciais, em especial aquelas relacionadas à política e às eleições, mais especificamente ao que se convencionou chamar de “criminalização da política”.

Assim, a partir da leitura do presente cenário social, político e jurídico que está posto, o artigo pretende analisar o tema da “criminalização da política”, delimitado pelos fatos ocorridos no “caso Lula”.

Isto é, utilizando os eventos judiciais ocorridos ao longo da tramitação da ação penal que o Ministério Público Federal move em face do Ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pretende-se entender como atuam e como são utilizados os mecanismos de Estado para limitar a vontade popular e a liberdade de escolha, pelos eleitores, de candidaturas políticas, por meio do aparato repressivo do Estado.

Importante destacar que esta análise possibilita entender como os movimentos autoritários puderam se desenvolver em plena democracia, em especial com apoio de juristas e do Poder Judiciário, isto é, é a utilização do Direito como mecanismo de legitimação do poder.

Ingo Mülller em sua obra “Los Juristas del Horror” retrata bem a história da Alemanha nazista, em especial a participação de juristas na consolidação daquele regime. Em certa medida, os questionamentos feitos por Ingo Mülller, os quais conduziram sua pesquisa, cabem aqui, no atual contexto brasileiro. Questionava Ingo Müller (2006, p. 04): “*Como se chegou a este extremo em matéria jurídica? Como pode um país*

1 Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (RS), Doutor em Direito pela PUC (RJ), com estágio de Pós Doutorado concluído no Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUC (RS). Advogado.

tão avançado cair em mãos de “juristas” que justificavam todos os crimes dos nazistas em nome da “honra” alemã e da “grandeza alemã?”

Estes questionamentos, percutientemente elaborados, servem também para balizar a análise neste artigo, isto porque o “caso Lula” é paradigmático, não só pela sua dimensão e alcance, mas também, e principalmente, pela sua real repercussão em diversas outras ações penais. Portanto, a hipótese apresentada é que há um contundente processo de criminalização da política com o propósito de afastar candidaturas progressistas e, com isso, o sistema de justiça criminal permanece, seletivamente, cumprindo suas funções tradicionais, as quais a criminologia sempre denunciou: a prévia estigmatização e rotulação de determinadas pessoas e, fundamentalmente, a exclusão social (no caso eleitoral a exclusão da candidatura) do inimigo. Estes são os fundamentos de análise que serão apresentados.

A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO FUNDACIONAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Certamente o processo político que resultou na destituição da então presidente Dilma Rousseff em 2016 rompeu com a racionalidade normativa brasileira, com reflexos ainda não muito bem dimensionados, mesmo porque a cada dia novos fatos apontam para novos rompimentos, isto é, é preciso perceber que a ruptura institucional ocorrida em 2016 foi apenas uma pequena parte ou, em outras palavras, a parte mais explícita. Evidentemente devemos reconhecer: foi um rompimento a fórceps.

Contudo, é preciso perceber também a ativa participação de juízes e do próprio Poder Judiciário, tanto no deslinde daquele processo como em sua perpetuação, justamente porque a cada dia há um novo episódio desse mesmo rompimento.

A história da política e do judiciário brasileiros, após 2016, vincula-se por laços pouco ortodoxos, os quais estão a demonstrar, nitidamente, que a referida ruptura institucional não veio isolada, mas, ao contrário, por ter ocorrido no marco da democracia constitucional, seus efeitos emergem sob o manto da legalidade.

Neste contexto, o sistema de justiça criminal é o diferencial para fazer sucumbir quaisquer tentativas de levante à nova ordem estabelecida. O exemplo mais claro é a utilização de processos judiciais criminais para restringir direitos, isolar pessoas, inculcar o medo e, logo, conter as massas.

A denominada “Operação Lava Jato” cumpre exatamente este papel. A pretexto de combater a corrupção, vários processos judiciais passaram a ignorar os princípios e as regras constitucionais, num ritual cotidiano de perversas ilegalidades.

Especificamente o processo judicial criminal envolvendo o ex-presidente Lula é paradigmático, justamente pelas inúmeras violações legais no âmbito do processo penal, do direito penal e da execução penal. Elenco algumas: indeferimento de pedido da defesa à realização de prova pericial; inexistência de fato determinado à tipificação do crime de corrupção ativa; execução antecipada da pena de prisão, antes do trânsito

em julgado da sentença penal condenatória; proibição de receber visitas de amigos, família e advogados.

Contudo, o fato mais “surreal” foi, com convicção, aquele ocorrido no último dia 08 de julho de 2018 (domingo), envolvendo uma sucessão de decisões judiciais, iniciado com a concessão de uma liminar, no bojo do julgamento de um Habeas Corpus, à soltura do ex-presidente Lula pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, momento em que o Juiz Federal Sérgio Moro determina que a autoridade policial aguarde esclarecimento sobre a competência do Desembargador Federal em proferir aquela decisão.

O dilema que se apresenta, aos propósitos do presente artigo, é bem simples: independente da correção ou não das decisões tomadas, é preciso perceber que estamos diante de um contexto de baixíssima intensidade democrática constitucional, justamente porque se imagina que a Constituição Federal possa ser resiliente o suficiente para conformar todas possibilidades e interpretações possíveis.

Ora! Se este é o sentimento e, além disso, não conseguimos vincular os diversos e conflitantes interesses sociais em razão das diferenças ideológicas e políticas, mas, ao contrário, permitimos a modulação dos interesses pessoais por meio de decisões judiciais de duvidosa constitucionalidade, certamente há sério risco de se colocar a Constituição de “joelhos” e, conseqüentemente, toda sociedade e o próprio Estado de Direito, frente aos interesses privados e individuais.

O SISTEMA DE JUSTIÇA COMO INSTÂNCIA DE DECISÃO POLÍTICA: A EXCLUSÃO DE CANDIDATURAS COMO OFENSA À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E ESCOLHA

As ofensas aos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, os quais possuem um enorme significado enquanto conquistas civilizatórias contra a opressão em sociedades totalitárias, consagram o profundo retrocesso que estamos vivenciando. Há um eixo comum que orienta estas manifestações: o controle biopolítico da vida e dos cidadãos.

Foi preciso, para cumprir esse controle biopolítico dos indivíduos, lançar mão do sistema de justiça criminal, pois é exatamente este método o mais eficaz para atingir tal objetivo, o qual não é produzir a morte física dos inimigos, mas, verdadeiramente, matá-los deixando que os mesmos permaneçam vivos.

Exatamente isso: Lula é nosso “Homo Sacer”. A violência exercida contra seus mais básicos direitos deve estar sempre ativa, praticada sem qualquer pudor, pois o objetivo é, apenas e tão só, excluir toda e qualquer candidatura que represente seu retorno e, para tanto, deve-se permanecer explícito que o poder, legitimado pela legalidade constitucional e interpretativa daqueles que o detêm, pode fazê-lo sem sofrer quaisquer conseqüências políticas ou jurídicas.

O pano de fundo justificador da utilização do sistema de justiça criminal foi, como se sabe, o combate à corrupção e o meio utilizado foi, sob o olhar atento dos meios de comunicação, a superação daquelas garantias constitucionais efetivada a partir das diversas decisões judiciais.

O exemplo marcante da prisão antecipada após julgamento condenatório em segunda instância é também fruto dessa superação de garantias, isto porque ela foi pensada para proteger pessoas presas provisoriamente com tempo suficiente para, por exemplo, progredir de regime prisional, caso já estivessem condenadas definitivamente. Estes presos provisórios são outros “Homo Sacer”, vez que, a partir da esdrúxula situação concreta, supera-se uma garantia – direito à liberdade, quando a prisão é exceção – para lhe dar um mínimo de dignidade humana, isto é, a execução da pena para presos provisórios foi pensada àquelas pessoas já destituídas das garantias constitucionais. O que era um direito excepcional tornou-se a exceção pelo direito: é a exceção legitimada pelas instâncias judiciais.

Estes fatos demonstram claramente que o Poder Judiciário, por meio de sofisticados métodos decisórios, aponta para uma profunda interferência nos poderes da República – Legislativo e Executivo – mas também aponta, perigosamente, à manipulação da vontade popular, na medida em que retira um conjunto de vontades eleitorais – vontade individual do candidato, vontade do partido e vontade do eleitor – e estabelece quem pode ser eleito.

Esta profunda usurpação de direitos, em especial o direito à liberdade de escolha da vontade popular, é o mesmo que impedir a vontade das urnas (dos eleitores), dos partidos e dos próprios candidatos, fazendo uma indevida tutela dos cidadãos de forma a julgá-los incapazes de escolha e maculando seu direito fundamental de liberdade.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O QUE ESTÁ ALÉM DA EXPLÍCITA CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A EXCEÇÃO COMO MEIO E A APORIA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São exatamente estes fatos narrados que nos lançam ao dilema da realização da vontade da Constituição, em especial a função contramajoritária que os direitos fundamentais devem exercer em face da “vontade” da maioria ou mesmo de um dos poderes da República.

Esta reflexão é fundamental para poder entender o papel que a Justiça Eleitoral tem, equivocadamente, exercido ao impedir o registro de candidaturas, a diplomação ou mesmo o mandato de um cidadão eleito, em detrimento à vontade das urnas. Nos encontramos numa “quase” aporia jurídica, isto porque, se de um lado temos a função contramajoritária que os Direitos Fundamentais devem exercer contra determinadas maiorias, de outro temos a Justiça Eleitoral exercendo, de fato, o poder contramajoritário de impedir a vontade da maioria, objetivamente instituída, pois eleita pelo sufrágio universal, ou seja, quantitativamente mensurável.

Reside aqui um importante argumento: a Constituição Federal determina que os direitos fundamentais não podem ser objeto de alteração, nem mesmo por Emenda Constitucional, isto porque o legislador constituinte originário, naquele pacto político nacional, o qual resultou na Constituição Federal de 1988, impediu, por meio de cláusulas pétreas, que os direitos fundamentais sofressem quaisquer alterações e dentre estes direitos está a soberania popular, a qual se exterioriza pelo voto direto, secreto, universal e periódico (Art. 60, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal).

Significa dizer que a liberdade de poder votar e escolher seu candidato como exercício do direito fundamental à soberania popular pode se consubstanciar no momento que o eleitor deposita seu voto na urna, contudo este mesmo direito fundamental não pode ser mitigado pela atuação da Justiça Eleitoral. Se efetivamente isso ocorre – a mitigação da soberania popular por decisão judicial – e a Justiça Eleitoral impede que esta vontade seja concretizada, estamos diante de uma agressão ao direito fundamental de liberdade de escolha e efetiva relativização do voto, impedindo que a soberania popular produza seus efeitos.

Nos exatos termos aqui apresentados e atendendo os propósitos do presente artigo, é preciso perceber o conteúdo biopolítico das estruturas e instituições, isto porque, nitidamente se verifica que, apesar da Constituição Federal garantir a soberania popular como um direito fundamental, os poderes institucionais do Estado – no nosso caso a Justiça Eleitoral – de fato, impedem a concretização desses direitos, atuando contramajoritariamente, com sinal invertido, isto é, atuando na forma da não tutela daqueles direitos fundamentais.

Estes direitos fundamentais, em especial a soberania popular, consubstanciada nos direitos de votar e ser votado, aparecem, portanto, como elementos garantidos pela Constituição Federal, mas, na prática, funcionam como mercadorias vendidas apenas a determinados consumidores, isto é, o sistema de justiça e, mais especificamente, o sistema de justiça criminal atua seletivamente na estigmatização de pessoas (inimigo) e, no âmbito do Direito Eleitoral, atua excluindo candidatos por meio de decisões flagrantemente violadoras dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror. La "Justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Tradució del alemán por Carlos Armando Figueredo. Editorial Actum. Caracas, Venezuela. 2006, 415 p.

OS DIREITOS POLÍTICOS DE LULA

Valeska Teixeira Zanin Martins¹

Nos últimos anos, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tem sido alvo de investigações por razões exclusivamente políticas. É o que denominamos de *lawfare*, ou seja, guerra jurídica. Esse fenômeno ocorre quando há manifesto abuso e mau uso das leis e procedimentos jurídicos para fins estritamente políticos.

Por essa razão, e diante da ineficácia dos recursos internos para pôr fim a esse quadro, sua defesa técnica apresentou, em julho de 2016, um Comunicado ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, no qual foram listadas violações a direitos básicos de Lula, resguardados pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU — dentre as quais se destaca a violação ao artigo 14 que garante a todos os cidadãos o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial.

Ocorre que o mérito do Comunicado ainda não foi julgado pelo órgão internacional e a situação de Lula, condenado sem qualquer respaldo probatório — nenhuma evidência de culpa foi produzida e evidências esmagadoras de sua inocência foram ignoradas pelos julgadores — é, atualmente, de causar perplexidade e reação na comunidade jurídica nacional e internacional.

Busca-se impedir sua participação nas próximas eleições com base na Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. Dentre outras disposições, referido diploma institui a inelegibilidade, por oito anos, de agentes políticos condenados por órgão colegiado, pela prática dos crimes nela previstos.

No entanto, apesar de já haver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal², a lei é manifestamente incompatível com o Texto Constitucional, pois fere o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Brasileira de 1988, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O diploma também busca ampliar as hipóteses de cassação de direitos políticos previstas pela Carta Magna:

1 Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro da Comissão de Direitos Humanos do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro da International Bar Association. Membro do Comitê Executivo do Lawfare Institute.

2 ADCs 29 e 30 e ADIn 4.578.

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:(...)

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;(...)

A presunção de inocência representa uma garantia irrefutável para o cidadão. Ela salvaguarda o direito de o acusado de ato ilícito ser tratado de forma digna, até que se encerrem todas as fases recursais, uma vez que, até que estas não sejam concluídas, existe a possibilidade e a probabilidade de se provar sua inocência.

Além disso, é o princípio constitucional da presunção de inocência que sustenta tantos outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, como o direito à ampla defesa, o direito de recorrer em liberdade, o duplo grau de jurisdição, entre outros.

Nesse sentido, ao invés de a “Lei da Ficha Limpa” representar um avanço para a democracia, ela acaba por se contrapor a princípios constitucionalmente estabelecidos.

O art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, assegura a todo cidadão o direito e a possibilidade de votar e *de ser eleito* em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, *que garantam a manifestação da vontade dos eleitores* e o direito de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país³.

Segundo o comentário geral 25 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, “*os Estados Partes devem indicar e explicar as disposições legislativas que privam os cidadãos do seu direito de voto. As bases para essa privação devem ser objetivas e razoáveis. Se condenação por delito estiver na base para a suspensão do direito de voto, o período para tal suspensão deve ser proporcional ao delito e à sentença. As pessoas privadas de liberdade mas que não foram condenadas não devem ser excluídas de exercer o seu direito de voto*”.

No relatório mais recente do Comitê de Direitos Humanos da ONU, publicado no dia 6 de setembro de 2017, a respeito das sessões 117, 118 e 119 (*Consideration by the Human Rights Committee at its 117th, 118th and 119th sessions of communications received under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*), destacou-se o caso 2481/2014 (*Scarano vs. Venezuela*), no qual se constatou uma violação ao art. 25 do PIDCP, uma vez que a detenção do autor do Comunicado

3 No que diz respeito ao Sistema Interamericano, os direitos políticos estão contemplados no art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH):

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta 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 motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

havia sido resultado de um processo em que suas garantias a um processo justo não foram respeitadas:

Direito a votar e ser eleito (Pacto, art. 25 (b))

147. No caso nº. 2481/2014 (Scarano vs. Venezuela), o autor alegou ter perdido seu mandato de prefeito por conta de decisão arbitrária da Câmara Constitucional da Suprema Corte, ato que, de acordo com a Lei de Organização dos Governos Municipais, é de competência da Câmara Municipal. O Estado-parte argumentou que a existência de uma decisão final do tribunal justificava a perda definitiva do mandato, conforme a lei supramencionada. Concluindo que a prisão do autor com base em sua condenação por desobediência era arbitrária e que os *processos contra ele violavam as garantias do devido processo legal previsto no artigo 14 do Pacto, o Comitê considerou a perda de mandato de prefeito e sua inabilidade de exercer seu direito a votar e ser eleito uma violação do artigo 25 (b) do Pacto.*

No Brasil, há inúmeros sinais de que o Estado de Direito não está sendo observado. Em março de 2018, um grupo de mais de 20 ONGs, brasileiras e internacionais, denunciaram, no Conselho de Direitos Humanos da ONU, o desmonte dos direitos humanos promovido pelo atual governo brasileiro, bem como a perseguição contra Lula, com o intuito de barrar sua candidatura para as eleições de 2018⁴:

“As ONGs também denunciaram a série de violações do devido processo legal contra Lula, o candidato da oposição mais cotado nas prévias das eleições de outubro de 2018. As violações denunciadas incluem disseminação ilegal de conversas telefônicas de Lula e a então presidenta Dilma Rousseff, gravações ilegais de conversas telefônicas dos advogados de Lula e a apreensão ilegal de seu passaporte e a rejeição pelo judiciário de vários pedidos dos advogados de Lula essenciais para a sua defesa”.

O que se conclui é que não há amparo jurídico para proibir o ex-Presidente Lula de disputar as eleições, seja com base no ordenamento brasileiro – tendo em vista que a Constituição Federal prevê que a perda ou suspensão de direitos políticos só pode ocorrer mediante uma condenação transitada em julgado –, seja com supedâneo na legislação internacional, que, conforme se demonstrou, veda expressamente qualquer tipo de cassação de direitos políticos que se origine de procedimentos que não tenham observado o devido processo legal ou as garantias asseguradas pelos diplomas internacionais de Direitos Humanos, como o direito de ser julgado por um tribunal imparcial e independente.

4 “Brasil é denunciado no Conselho de Direitos Humanos da ONU” - <https://jornalistaslivres.org/2018/03/brasil-e-denunciado-no-conselho-de-direitos-humanos-da-onu/>

A CENA DO CRIME: DEMOCRACIA BURGUESA, RESTRIÇÃO DE DIREITOS E A PRISÃO DE LULA

Wilson Ramos Filho¹
Gabriela Caramuru²

Após o inacreditável golpe de Estado em 2016, recuos brutais em direitos laborais, fechamento de secretarias e órgãos governamentais mais favoráveis aos movimentos sociais e barbáries em todos os campos de atuação da classe trabalhadora, nenhum brasileiro imaginava que o cenário político poderia piorar no país.

Em uma conjuntura de transformações estruturais na legislação, durante dois anos de um governo ilegítimo, aplicando o programa jamais eleito pelos brasileiros, o processo eleitoral no Brasil apareceu como o possível respiro de retorno à vontade popular.

No panorama de regresso à democracia, Luis Inácio Lula da Silva lidera as intenções de voto com quase 20% de diferença à frente de seus adversários (DATAFOLHA, 2018). A escolha dos brasileiros representa o descontentamento com as políticas de austeridade pós golpe de Estado e a viabilidade eleitoral do ex-presidente, no contexto de intensa destruição dos direitos sociais

Diante da ameaça de escolha democrática com reeleição de Lula pela maioria dos brasileiros, a classe dominante manipulou novamente suas regras democráticas. O objetivo consiste em garantir o controle político da fração de classe que melhor garante as taxas de lucro no Brasil. O Poder Judiciário figura, agora sem máscaras ou eufemismos, como o agente de efetivação das demandas burguesas no país.

Não é novidade que a forma jurídica particular do modelo de produção capitalista, como aquela que garante as trocas de equivalentes no contrato, por meio da abstração

1 Professor Colaborador da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Adjunto na Universidade Federal do Paraná, Professor Catedrático em Direito do Trabalho no Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil, Professor Convidado na Universidad Pablo de Olavide e Professor Titular da Faculdades Integradas do Vale Iguaçu. Bacharel, Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutor pela École des Hautes Études em Sciences Sociales de Paris.

2 Professora da Faculdades Integradas do Vale Iguaçu. Bacharela e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e Doutoranda junto a Universidade de São Paulo.

da igualdade jurídica e sujeito de direito (PACHUKANIS, 1988), tem no judiciário e no Estado a forma política de terceiro garantidor, diante da separação da política e da economia como singularidade do capitalismo (MASCARO, 2013). Na forma jurídica e na forma política do Estado (sempre imbricadas), a democracia aparece como uma orientação que pode perfeitamente ser suspensa ante as necessidades de domínio do poder político pelas frações da classe dominante, como acontece diversas vezes na história (MASCARO, 2013). O âmago da forma não consiste nas garantias constitucionais democráticas, mas no direito civil diante do contrato de exploração da força de trabalho e a propriedade privada.

Assim, em consonância com a democracia burguesa, em abril de 2018, Lula foi submetido a um processo penal de aparências e sentenciado à prisão. Embora com alternativas de recurso em instância superior, e, portanto, inocente para o ordenamento jurídico, a burguesia tratou de alterar o entendimento jurídico até então dominante no maior tribunal brasileiro, advogando pela prisão de Lula já em segunda instância.

Assim como se esforçam juristas de todo o país em face do desmonte do processo penal sem precedentes na história recente do Brasil, poderíamos nos debruçar sobre a descarada violação de prerrogativas legais que escancaram o tribunal de exceção, bem como as ilegalidades, necessárias para a prisão do candidato a presidente.

Algumas das principais: a fraude do foro de instauração do processo indicando suposta vinculação com a Petrobrás, sem provas, apenas para levar o processo à Justiça Federal em Curitiba; condução coercitiva de Lula sem qualquer justificativa; ligações do judiciário com a mídia privada, que tem informações privilegiadas antes do próprio protocolo nos autos do processo; escandalosa divulgação de provas, como áudios particulares do réu; provas ilícitas como interceptações telefônicas não autorizadas; cerceamento de defesa com indeferimento de provas essenciais solicitadas pela defesa, como as licitações da Petrobrás que provam o não favorecimento de empresas acusadas de terem relações com Lula; decisão proibindo o pronunciamento público de Lula, com único intuito de impedi-lo de fazer campanha presidencial; a simples falta de prova para a condenação, baseada em suposições; e, recentemente, até juiz de primeira instância em férias questionando desembargador que foi favorável a habeas corpus para Lula. Aqui se apresentam apenas alguns exemplos do novo marco do processo penal construído a partir do processo de exceção a que Lula é submetido. No entanto, é preciso refletirmos sobre o papel da democracia na luta de classes no Brasil.

Em que pese a destruição do processo penal no Brasil (criando precedentes temerosos contra as principais vítimas dos processos penais: os mais pobres), o que tratamos aqui é o único objetivo do uso do judiciário para os interesses burgueses no país, que tratam de impedir a escolha do povo brasileiro. O maior poder constitucional é ignorado sem constrangimentos nacionais ou internacionais, a vontade do povo fica em segundo plano ante aos tribunais do Estado burguês. Como relata Mandel, a democracia não para em pé quando se faz necessário proteger as taxas de lucro:

Nos períodos em que a economia capitalista é florescente, a burguesia está de acordo em pagar o preço que representam essas concessões, a troca da «paz social». Mas, quando a economia capitalista fraqueja, essas mesmas concessões tornam-se rapidamente inaceitáveis para a burguesia. Então, é interesse dos capitalistas eliminar totalmente tais organizações, mesmo as mais moderadas e reformistas. A própria existência dos sindicatos torna-se incompatível com a sobrevivência do sistema (MANDEL, 1977).

Verificamos nesse cenário o uso do judiciário como a forma política e jurídica conveniente para construir uma capa de legalidade à nova interferência burguesa na institucionalidade brasileira. Isto é, da mesma maneira em que se fez necessário retirar a presidenta Dilma para retomar as taxas de lucro perdidas pela crise, a classe dominante precisa impedir o retorno de políticas mais populares representadas na eleição de Lula.

A escolha pelo direito penal se mostrou acertada para os representantes da burguesia, já que o cárcere como conhecemos é instrumento próprio do modo de produção capitalista e completamente adequado aos seus objetivos. Tanto em sua origem para disciplinar o trabalho (FOUCAULT, 2000), quanto na proteção à propriedade privada das elites e a regulação do valor da força de trabalho (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004), o cárcere tem sucesso na destruição da vida de milhares de humanos da classe trabalhadora. Dessa maneira, seu uso é sempre político, de modo que todos os presos são presos políticos. O que verificamos no caso de Lula é a situação de preso político em sentido estrito, que embora seja absolutamente compatível e explicável pela valorização do valor na sociedade do capital como motivo de impedimento a sua candidatura, se refere diretamente aos seus direitos individuais de concorrer às eleições para a presidência, e não por ilícitos tipificados no texto penal. A prisão de Lula por um processo notoriamente parcial e ilegal tem a ver com a suspensão democrática para aplicação de políticas de majorada extração de mais-valor da classe trabalhadora.

Como é próprio do sistema de punição, não é possível restringir apenas o direito de liberdade, mas a pena é marcada pelas mais grosseiras violações de direitos, como a ausência dos familiares, de um ambiente saudável, alimentação adequada, etc. Além do comum a todos os apenados, o que mais importa para o jogo democrático: a restrição ao debate público. Lula segue retirado da cena política e impedido de se comunicar com os brasileiros. A prisão de Lula implica em mais de 30% de brasileiros (DATA-FOLHA, 2018) que não poderão ver sua vontade política expressa no voto e, quiçá, no executivo do país.

Em que pese o atrelamento da forma política e sua democracia própria às necessidades do capitalismo, não pode haver vitórias dos trabalhadores sem a consolidação de espaços democráticos no seio do capitalismo. E inclusive o Estado se encontra absolutamente submerso na luta de classes. Lenin não poupa tempo em esclarecer a

necessidade de lutas democráticas como lutas políticas essenciais à transformação da sociedade:

o proletariado não espera sua salvação do afastamento da luta de classes, mas do seu desenvolvimento, do aumento da sua amplitude, da consciência, da sua organização, da sua decisão. Quem menospreza as tarefas na luta política converte o social-democrata de tribuno popular em trade-union. Quem menospreze as tarefas proletárias da revolução democrática burguesa converte-se de chefe da revolução popular em dirigente de um sindicato operário livre (LENIN, 1905, p.6).

No mesmo sentido, Trotski se refere particularmente aos países de economia dependente, como o Brasil. Assim, verifica a importância das lutas democráticas no programa político da classe trabalhadora:

é impossível rejeitar pura e simplesmente o programa democrático: é necessário que as próprias massas ultrapassem este programa de luta. A palavra de ordem de Assembleia Nacional (ou Constituinte) conserva toda sua força em países como China ou a Índia [países com desenvolvimento desigual e combinado] (TROTSKY, 1989, p. 41).

A suspensão democrática no Brasil desde o golpe de 2016 tem sido objeto de inúmeras reações nacionais e internacionais. A prisão de Lula para impedir sua candidatura, afrontando as premissas mais básicas do Estado de Direito (embora este nunca tenha se materializado em sua completude nos países da América Latina) tem estimulado enorme comoção nacional.

O enterro do processo penal atrás da falácia do combate à corrupção, bem como o tribunal de exceção construído pelo judiciário brasileiro arquitetam a cena do maior crime cometido contra o poder do povo: o cerceamento dos direitos políticos mais básicos, como a escolha de seus representantes e o acesso ao debate político livre.

Na vida concreta dos brasileiros, a prisão de Lula significa a permanência do desmonte do Estado e dos direitos sociais, a opção pelo agronegócio, a superexploração do trabalho, a submissão econômica aos países centrais e pitadas de discriminação às minorias. Em tempos de crise econômica, medidas de restrição de mercados e salários apenas agravam a crise, tornando o país ainda mais dependente dos mercados internacionais.

A luta pela liberdade de Lula ultrapassou questões partidárias e avaliações de seu governo, já que ser de esquerda em “*tempos de fezes, maus poemas, alucinações e espera*”³ parece cada vez mais defender apenas o mínimo de legalidade burguesa e

3 Poema “A Flor e a Náusea” de Carlos Drummond de Andrade.

democracia constitucional. O mínimo de razoabilidade, de dignidade humana, de legalidade e, por hora, de liberdade política.

No crime contra a vontade do povo sabemos uma coisa: Lula será absolvido por questão de justiça, ou a história se encarregará de fazer a justiça.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

LENIN, Vladimir Ilyich Ulyanov. *Duas táticas da Social-Democracia na Revolução Democrática*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/lenin/1905/taticas/index.htm>>. Acesso em 25 set. 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

ORIONE, Marcus Gonçalves Correia; BATISTA, Flávio Roberto; BIONDI, Pablo; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A legalização da classe trabalhadora como uma introdução à crítica marxista do direito*. *Panóptica*, vol. 11, n. 2, pp. 371-403, jul./dez. 2016.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

RUSCHE, J. KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TROTSKY, Leon. *O programa de Transição*. São Paulo: Informação Editora, 1989.

