

ADRIANO RENATO MOUTEIRA MARINHO

INELEGIBILIDADES

**A harmonização dos princípios constitucionais da inocência e da
moralidade pública como fato gerador de falta de condição de
elegibilidade**



Picada Café (RS)

2008

ADRIANO RENATO MOUTEIRA MARINHO

INELEGIBILIDADES

A harmonização dos princípios constitucionais da inocência e da moralidade pública como fato gerador de falta de condição de elegibilidade

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Eleitoral, na modalidade Formação para o Magistério Superior, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Especialização em Direito Eleitoral.

**Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

Orientador: Prof. André Opilhar

Picada Café – (RS)

2008

ADRIANO RENATO MOUTEIRA MARINHO

INELEGIBILIDADES

**A harmonização dos princípios constitucionais da inocência e da
moralidade pública como fato gerador de falta de condição de
elegibilidade**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral, na modalidade Formação para o Magistério Superior, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Eleitoral da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

Canoas, 23 de janeiro de 2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização em Direito Eleitoral, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Canoas, 23 de janeiro de 2008

ADRIANO RENATO MOUTEIRA MARINHO

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento à equipe do Cartório Eleitoral da 170ª Zona de Canoas, Rio Grande do Sul, que, em pleno ano eleitoral de 2008, novata que era, aplicou-se com tanto afinho à tarefa de fazer acontecer a eleição municipal que proporcionou tempo a este colega para navegar com êxito pelas disciplinas do curso de especialização em Direito Eleitoral.

Especialmente lanço aqui o meu profundo agradecimento à minha esposa, Sandra Maders Marinho que, carregando em seu ventre a nossa filha, conseguiu me poupar tempo para frequentar com sucesso as disciplinas do curso.

ABSTRACT

The present monograph presents the survey of various doctrines comprising the theme from morality public how condition to prevent the registry of candidacies of persons what has life preceding incompatible. Considering the autonomy judicial of the concept of Morality Public in the Constitution Federal and your independence in relation to the Principal from Legality, the monograph tem for objective to free from connection the appraisal from life antecedent of the candidate from scratch from Innocence. Beyond it, combat the actual agreement of the Judiciary national above the theme, on proportion offer only one new interpretation for possibility of applicability absolute , without necessity of regulation , of the article from constitution what discipline the condition of ineligibility by one candidate for lack of morality public.

Key words: Monograph, Public Morality, Legality, Principal of innocence, Pregress life, Inelegibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
A MORALIDADE PÚBLICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	13
1.1 – O Conceito de Moralidade:	13
1.2 – O Conceito de Moralidade aplicado à Administração Pública:	14
1.3 - O Surgimento do Conceito de Moralidade Pública:	16
1.4 - O Princípio da Moralidade Pública como Prática Administrativa:	19
1.5 – O Princípio da Presunção da Inocência	21
2 – CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE:	23
2.1 – O Conceito de Direitos Políticos:	23
2.2 - Condições de Elegibilidade:	25
2.3 - Inelegibilidade nas Constituições Brasileiras:	27
2.4 - Condições de Inelegibilidade:	29
	31
3 – A TEORIA DA CONDIÇÃO DE INELEGIBILIDADE IMPLÍCITA E SUA APLICAÇÃO CONJUGADA COM O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO:	31
3.1 – Jurisprudências sobre a Condição de Inelegibilidade Implícita:	34
3.2 – As Contradições da Jurisprudência Estabelecida:	40
3.3 – O Histórico do Duplo Grau de Jurisdição:	40
3.4 – A Importância do Duplo Grau de Jurisdição:	

CONCLUSÃO

42

REFERÊNCIAS

50

INTRODUÇÃO

Neste trabalho monográfico sustentaremos a possibilidade da auto-aplicabilidade do princípio da Moralidade Pública.

No capítulo 1 vamos abordar o conceito básico de moralidade através de sua construção nas sociedades. Vamos evoluir no assunto em busca da conexão entre este e a administração pública.

Demonstraremos o avanço do conceito de moralidade sobre a gestão da coisa pública, mostrando que, assim como o conceito de moral advém das experiências e exigências de uma vida social e comunitária, muita mais o instituto dos governos e órgãos públicos é resultado da decisão das pessoas em viver em conjunto e compartilhar de seus direitos e obrigações.

Ainda no capítulo 1, pretendemos evidenciar como ao longo dos séculos, principalmente nas últimas décadas, no caso do Brasil, o conceito de Moralidade Pública se instalou de maneira tão profunda no trato da coisa pública que acabou por levá-lo a ser letra viva do texto constitucional de 1988.

Finalizando a redação do capítulo, abordaremos um princípio já fundamentado da legislação brasileira, que é o princípio da Presunção da Inocência. Delinearemos a sua independência do conceito de moralidade pública, uma vez que foi este erigido à condição de princípio constitucional na Carta Magna de 1988.

Já no capítulo 2, estudaremos superficialmente os conceitos de Direitos Políticos, sua definição e suas limitações como instrumento de participação da sociedade na vida política, seja ela uma participação ativa, através do direito de votar, ou passiva, pelo direito de ser votado.

Citaremos também, dentro do conceito de participação política passiva, os conceitos de Elegibilidade e Inelegibilidade.

O conceito de Condição de Elegibilidade será abordado com vistas a elencar as condições a serem reunidas pelos cidadãos para exercerem sua capacidade política passiva. Em oposição, trabalharemos também com o conceito de Condição de Inelegibilidade, que justamente traz as sanções que impedem os

cidadãos que atendem as condições de elegibilidade de exercerem seus direitos políticos passivos.

No capítulo 3 desta obra, buscaremos em decisões de tribunais Superiores e também da Suprema Corte, julgamentos que repisam os temas da Condição de Inelegibilidade, tanto pelos conceitos já firmados, quanto pelos novos entendimentos que buscam firmar nova jurisprudência, e da auto-aplicabilidade dos preceitos constitucionais.

Vamos, ainda, lembrar, rapidamente, os conceitos básicos, bem como as vantagens e desvantagens da aplicação da teoria do Duplo Grau de Jurisdição.

Na conclusão da obra, demonstraremos, com base no conhecimento apresentado nos capítulos da monografia, que o conceito da Moralidade Pública não mais se confunde com o Princípio da Legalidade, sendo facilmente discernível como um novo princípio instituído pela Constituição Federal de 1988.

Assim, na condição de princípio constitucional, e com base na jurisprudência de interpretação de normas constitucionais e infra-constitucionais, concluiremos que o conceito de Moralidade Pública não mais se confunde com o conceito elaborado a partir do princípio da inocência. Interpretação esta que faz com que seja perfeitamente aceitável que cidadãos possam ser privados de seus direitos políticos passivos se não possuírem conduta, mesmo que não aferida por decisão judicial transitada em julgado, compatível com a moral pública exigida para o cargo.

1 - A MORALIDADE PÚBLICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL:

Dentre todas as inovações da Carta Constitucional de 1988, sem dúvida, na seara da criação de novos princípios jurídicos, a instituição do Princípio da Moralidade Pública foi sem dúvida um enorme avanço. À época da redação do texto constitucional encontrava-se o país em meio a uma grande crise de descrença quanto aos rumos da política e à gestão da coisa pública. Foi neste ambiente que floresceu a vontade do constituinte originário em fazer constar, de forma inequívoca na Lei Maior, o Conceito de Moralidade administrativa que teremos oportunidade de nos aprofundar neste capítulo.

1.1 – O Conceito de Moralidade:

A idéia da aplicação do conceito de moralidade na administração pública está intimamente ligada ao conceito de moralidade social. Toda sociedade se caracteriza por relações inter-humanas, o que é possível graças à intenção de atingimento a um bem comum, através da linguagem e da comunicação. Como no plano real a existência do homem está ligada a escassez de bens face às necessidades existentes, é consequência o surgimento de conflitos entre grupos humanos ou indivíduos. Para superar esta necessidade impeditiva da existência, torna-se necessário a deliberação e o acordo entre as partes para uma coexistência pacífica. Como resultado, temos o surgimento de um conjunto de noções éticas que pressupõem uma idéia de correção na opção do modo de agir em face dos fins pretendidos. Moral e ético, então, é o conjunto de comportamentos reinantes em um contexto social e que vai de encontro ao senso comum presente no corpo social.

Os conceitos de Moral e Direito, a qualquer tempo, acompanham a formação do conceito da conduta humana, em qualquer sociedade, mesmo as mais primitivas. Frequentemente um adentra o outro e não raro temos a confusão sobre a moralização de um ou a judicialização de outro.

O conceito de moralidade, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, tem a seguinte conotação:

Moral. [Do lat. *Morale*, 'relativo aos costumes'.] S.f. **1.** *Filos.* Conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. [...] **3.** O conjunto de nossas faculdades morais; brio, vergonha. (FERREIRA, 1986, p. 1.158) ¹

1.2 – O Conceito de Moralidade aplicado à Administração Pública:

No entendimento do direito administrativo, a moralidade permitindo ao administrador o agir dissociado dos conceitos comuns, ordinários, válidos atualmente e desde sempre, respeitadas as diferenças históricas, do que seja honesto, brioso, justo. Quis o legislador constituinte que na Carta Magna de 1988 fosse o conceito de moralidade pública elevado à condição de princípio constitucional. Tal registro encontra-se no artigo 37, *caput*, o qual estabelece diretrizes à administração pública, *in verbis*,

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[...] (BRASIL, 1988) ²

Fez questão o legislador de trazer para dentro do sólido texto constitucional registro forte da aplicação do conceito de Moralidade ao trato das coisas públicas. Foi assim também na redação do art. 5º, inciso LXXIII, da mesma carta, onde fez questão de destacar a possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, mesmo que possivelmente, juridicamente aceitáveis.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

A partir do relevo dado ao conceito de Moralidade no novo regramento jurídico desenhado pela Constituição Federal de 1988, já não cabe mais nenhuma separação entre a legalidade e a moralidade de atos administrativos.

A própria Moralidade passou a ser também uma questão legal. Hely Lopes de Meirelles, sintetizando a teoria da Moralidade administrativa, assim se manifesta:

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração". (MEIRELES, 1990, p. 79-80).³

. Explica o autor que o agente administrativo, pessoa humana que é, tem capacidade de atuar e deve, no caso do exercício de função pública, distinguir o ético do antiético e, principalmente, o honesto do desonesto. Pelo entendimento do texto constitucional de 1988, o ato administrativo não se limita mais, unicamente, aos ditames da lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição. Passa a ser importante considerar os efeitos dos atos em ambas as esferas, legal e ética, pois, segundo já proclamavam os romanos, nem tudo que é legal é honesto - non omne quod licet honestum est.

A moral comum, ensina Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Não mais de simples prática ética é que se reveste o conceito e moralidade pública. Alçada à condição de norma jurídica que foi pelo legislador constituinte, a Moralidade Administrativa agora se reveste da condição de princípio constitucional. Tão necessário como pré-requisito ao exercício de função pública quanto aos limites da legalidade. Juarez Freitas muito bem assinala a autonomia

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

jurídica do Princípio da Moralidade, em sua obra: O Controle dos Atos Administrativos:

No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e, conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea. (FREITAS, 1997, p. 67-68).⁴

Como vimos a aplicação do Princípio da Moralidade nas funções administrativas do poder público desde a promulgação do texto constitucional de 1988 faz parte da própria natureza legal dos atos permitidos no Poder Público brasileiro. A existência de atitudes ou comportamentos que afrontem ao senso de moralidade é também uma afronta aos próprios pilares basilares do ordenamento jurídico.

1.3 - O Surgimento do Conceito de Moralidade Pública:

Considerando a existência de um conjunto de boas práticas sociais a que chamamos de Moral Social, que é cristalizada no arcabouço legal de uma

⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-68.

sociedade, seria o Conceito de Moralidade Administrativa apenas uma das facetas dessa mescla de valores morais ou teria um conceito próprio?

Em busca dessa diferenciação, citamos a referência feita por Hauriou, resumido por Sergio de Andréa Ferreira, à moralidade administrativa:

mencionando, de início, a conformidade com os princípios basilares da boa administração, ao conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, da sua disciplina interna; para, depois, sucessivamente, aludir ao ultrapasse do controle da legalidade estrita, a fim de se atingir uma moral jurídica, eis que quem toma decisões tem de escolher, não só o legal em face do ilegal; o justo, frente o injusto; o conveniente, em desfavor do inconveniente, mas também o honesto, diante do desonesto. (FERREIRA, 2000, P. 126).⁵

Assim, Hauriou reconhecia que existia dentro da própria administração pública um conjunto de normas que formavam um conceito que diferia do conceito de moral social comum.

No Brasil, a presença da menção da moralidade pública em norma de cunho constitucional foi uma realidade no Decreto n. 19.398 de 11 de novembro de 1930, instituidor do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, cujo artigo 7º mantinha as leis, obrigações e direitos da esfera pública em vigor: *"salvo os que, submetidos à revisão, contravenham o interesse público e a moralidade administrativa"*. (BRASIL, 1930).

Depois de desaparecer do cenário positivo constitucional que se segue, a menção à moralidade pública ressurgiu com destaque na Constituição Federal de 1988.

A expansão do conceito de moralidade administrativa se deu relacionada à ocorrência de desvios de poder, o que fez com que seu atendimento ou não fosse perceptível já na intenção do agente, ou seja, tanto no desvio de poder quanto na imoralidade. Nisso a identificação da imoralidade administrativa a uma das formas de ilegalidade.

Se antes da Constituição de 1988 era possível uma análise como esta, tal idéia não sobreviveu à promulgação do texto constitucional atual.

O princípio da moralidade administrativa veio expresso de forma autônoma no artigo 37, e trouxe junto consigo o princípio da legalidade, fato que, de

⁵ FERREIRA, Sergio de Andréa. **A moralidade na principiologia da atuação governamental**. Revista de Direito Administrativo, n.º 220/121, 2000.

pronto, impede uma leitura no sentido de que um é parte integrante do outro, sob pena de ser desvirtuado o entendimento do legislador constitucional e o próprio ordenamento jurídico constitucional.

Além da previsão do artigo 37, a moralidade administrativa vem regendo o inciso LXXIV do artigo 5º que: *"qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa"* (BRASIL, 1988)⁶. Já no parágrafo 9º do artigo 14, a moralidade é protegida com a determinação da estipulação de hipóteses de inelegibilidade visando o seu resguardo: *"Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato"*. (BRASIL, 1988).⁷

Tendo em vista que o texto constitucional cristalizou a probidade administrativa como uma das faces da moral administrativa, constatamos várias outras disposições que fazem referências a infringência daquele princípio: o artigo 85 da Constituição Federal considera como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a probidade administrativa; o parágrafo quarto do artigo 37 sanciona os atos de improbidade com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A partir do impulso dado pela Constituição Federal de 1988, várias normas infraconstitucionais têm sido editadas consagrando a de moralização da atividade da administração como a Lei da Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, a LC 101/2000, que regulamenta os atos de gestão fiscal e a Lei n. 10.028/2000 que define os crimes de responsabilidade fiscal.

Cada vez mais, não há como considerar aceitável simplesmente igualar o princípio da moralidade ao da legalidade, o que fica claro nas palavras do Ministro do STJ Demócrito Reinaldo, citado por Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho:

O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: judicializou a moralidade, definindo-a como princípio, para vigor, paralelamente, com o da

⁶ BRASIL, op. cit.

⁷ BRASIL, Ibidem.

legalidade. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou de mero reenvio da norma legal a norma moral, mas atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. (SARAIVA FILHO, 1998, p. 126).⁸

O que se tem, então, é a idéia de que os princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade eram pilares formadores do Princípio da Moralidade, e não se confundem com este, segundo pontua Ives Gandra da Silva Martins:

Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deva ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da administração. (MARTINS, 1998, p.18-20).⁹

Além disto, já há muito em terras pátrias e certamente tendo influência formadora sobre a assente do Princípio da Moralidade na Constituição Federal de 1988, há um verdadeiro clamor popular no sentido de coibir os atos que atentem contra os valores públicos, e evitem o uso da administração em proveito pessoal.

1.4 - O Princípio da Moralidade Pública como Prática Administrativa:

A Constituição Federal do Brasil reconhece que o povo é a fonte da qual emana o poder político e que a ele, então, não serve àqueles que representam interesses que não o de seus delegantes.

⁸ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Entretanto, o critério teleológico não é suficiente para se dizer que o ato administrativo está ou não de acordo com a moral administrativa, o ato não pode ser somente finalisticamente moral, mas o deve ser ontologicamente.

Vale, nesse ponto, a transcrição de dois momentos da doutrina de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

A razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma "razão de Estado". Na perspectiva democrática, o direito de que se cuida é o direito legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A idéia da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.

O Estado não é a fonte de uma Moral segundo suas próprias razões, com se fosse um fim e a sociedade um meio. O Estado é a pessoa criada pelo homem para realizar os seus fins numa convivência política harmônica. Quando e onde o Estado arvora-se em fonte de uma moral e transforma-se em um fim, não há, ali, qualquer moral prevalecendo, pois o que em seu nome se pratica não pode ser assim considerado pela circunstância de que ali estará a aplicar regras antidemocráticas, de voluntarismo do eventual detentor do poder, sem preocupação com o ideário jurídico da sociedade. (ROCHA, 1994, p. 190-191) ¹⁰

O que se percebe, então, é que há um fim da administração fora do fim do determinado pelo corpo social que se possa considerar legítimo, ou seja, não é moralmente correto ou aceito que a administração pública tenha um fim que atenda a ela mesma.

Enfim, a moralidade que deve acompanhar o ato administrativo não é diferente da que deve consubstanciar qualquer ato de poder político. Antes de ser uma moral própria e interna da administração, formada que foi pela moral do tecido social, deve ela ser concebida através dos valores de justiça e honestidade, reinantes naquele meio.

Podemos concluir que a moralidade, sendo princípio constitucional ao qual foi alçado pela Carta Magna de 1988, envolve juízo tanto de legalidade formal quanto de legitimidade formulado com base no senso de valores socialmente vigentes, ao que deve estar atento o agente administrativo no exercício de sua atividade.

¹⁰

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Desta forma, o atendimento à moralidade administrativa é condição de validade do ato administrativo, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.

1.5 - O Princípio da Presunção da Inocência:

Apesar de positivado no texto constitucional de 1988, o chamado Princípio da Presunção da Inocência já regia o direito processual penal nesta terra pátria. Conforme disposto no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"* (BRASIL, 1988) não repete a fórmula internacionalmente consagrada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Em tais diplomas, ficou consagrado que todo o home se presumirá inocente, até que seja condenado, enquanto na Carta pátria restou consagrado a redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. De forma semântica, há uma diferença no sentido de que não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração da culpabilidade, de aplicação mais restrita.

O texto adotado pelo texto constitucional nacional remete á redação do art. 27.2 da constituição italiana de 1948.

Entretanto, apesar de o texto constitucional não manter a redação mais comumente utilizada para grafar o Princípio da Presunção da Inocência, a prática judiciária brasileira não estabeleceu diferença entre o constitucionalmente regrado e o entendimento do enunciado geral do princípio. O exame da jurisprudência de nossos tribunais superiores demonstra que nunca se pôs tal diferença como fundamento para restringir o campo de aplicação do princípio da presunção da inocência. O que se tem visto é que ambas os enunciados tem sido utilizados como sinônimos.

A solidificação do chamado princípio da presunção da inocência na Constituição Federal de 1988 trouxe, inicialmente, a interpretação que qualquer tipo de cerceamento de direitos anteriores a uma condenação transitada em julgado estaria revogado. Caso por exemplo do instituto das prisões cautelares. Mesmo não fazendo referência direta ao principal dos institutos de cerceamento de liberdade cautelar, a prisão preventiva, fez o texto constitucional, indiretamente menção nos

incisos LXI, LXVI, XLIII e XLIV do próprio art. 5º, tratando prisão em flagrante, liberdade provisória e fiança. Por interpretação dos próprios incisos do referido artigo, restou pacificado na jurisprudência que os institutos de cerceamento de liberdade cautelares estavam recepcionados pelo novo texto constitucional.

Firmou-se, então, entendimento de que o princípio da presunção da inocência, conforme insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, não impede a aplicação das convencionadas prisões processuais, quais sejam, a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva. Conforme nova ordem constitucional, foram abolidas as prisões que antes decorriam de forma automática de determinado acontecimento processual ou do cometimento de certos crimes. Na ordem jurídica que agora temos, todos os institutos de cerceamento de liberdade e direito cautelares são submetidos, sempre, a avaliação do Juízo do processo. Entretanto há de se notar que, mesmo sem indicação clara do texto constitucional, algumas medidas cautelares, com o intuito de preservar ou o andamento processual, ou a integridade do réu ou, como ocorre na maioria dos casos, o interesse coletivo, são amplamente aplicadas em consonância com o princípio da presunção da inocência, conforme regrou o súmula n.º 523 de dez de dezembro de 1969 do Supremo Tribunal Federal: *“a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência”*. (DOJ, 1969, p. 5933).¹¹

Mesmo em julgados da Egrégia Corte Superior, apesar de mais de duas décadas terem decorrido da promulgação da constituição de 1988, o tema não é pacífico. Em algumas decisões é exigida a comprovação da necessidade de aplicação dos procedimentos cautelares de restrição de liberdade no decorrer do processo legal. Em outras decisões, não há essa exigência, sendo consagrada apenas a coexistência entre os institutos cautelares e o princípio da presunção da liberdade.

Igualmente, há de se reconhecer também, que o sistema judiciário pátrio permite também aplicação de outras sanções sem a exigibilidade do trânsito em julgado do processo. São medidas cautelares que atingem o direito de dispor de seus bens enquanto durar o processo legal.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Íntegra da Decisão:** Súmula 523. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> em 19 jan. 2009.

2 – CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE:

Ao cidadão não basta sua inscrição como eleitor para também tornar-se sujeito passivo no processo eleitoral. Estabeleceu a constituição uma série de condições a que qualquer pessoa precisa se submeter, mesmo já tendo se tornado cidadão para participar do cotidiano político do país, para poder se candidatar. São essas as condições de elegibilidade. Ao par das condições a serem atingidas com vistas a tornar o eleitor elegível, outras são elencadas pelo texto constitucional que tem o condão de, mesmo atingidas as condições de elegibilidade, solapar a possibilidade do cidadão tornar-se pólo passivo no processo eleitoral, são essas as condições de inelegibilidade. Neste capítulo, iremos elencar, de maneira célere, as condições de elegibilidade e inelegibilidade estatuídas no cenário jurídico pátrio.

2.1 – O Conceito de Direitos Políticos:

O texto constitucional promulgado em 1988 teve como grande mérito a restauração do regime democrático pleno em nosso país. Tal conquista foi instituída logo no artigo 1º, parágrafo único: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. (BRASIL, 1988)¹².

A forma de exercício do poder por parte dos cidadãos foi estabelecido em duas formas, diretamente ou por meio de representantes. A participação direta foi definida, no corpo do próprio texto constitucional, na forma de plebiscitos e referendos, como os realizados, respectivamente no ano de 1993, para escolha da forma de governo, e no ano de 2005, para validação do Estatuto do Desarmamento. O exercício da soberania popular de forma indireta foi inicialmente definido nos artigos 14 a 16 do mesmo diploma.

¹²

BRASIL, op. cit. 1988.

Como forma de tornar possível a participação do povo no processo governamental, a Constituição Federal de 1988 concebeu os direitos políticos, que encerram em si um conjunto sistematizado de normas disciplinadoras do exercício da soberania popular.

O termo Direitos Políticos, conforme Pimenta Bueno, é: *"... as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo do seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos"* (BUENO, 1958. p. 458)¹³. Tal descrição, apesar de remontar sua gênese ao tempo do império, encontra confirmação nos dizeres de Rosah Russomano: *"... os direitos políticos, visualizados na sua concepção estrita, encarnam o poder de que dispõe o indivíduo na estrutura governamental, através do voto"* (RUSSOMANO, 1972, P. 186)¹⁴. De forma sintética, o que vem descrito nas definições acima é que os Direitos Políticos são o conjunto de normas voltadas para a solução das questões eleitorais, incluindo-se, dentre elas, o alistamento, o voto e os critérios orientadores do oferecimento de candidatos a registro. Assim, os Direitos Políticos dividem-se em duas partes, a capacidade passiva e a capacidade ativa, ou seja, o direito de votar e ser votado.

Em nível infraconstitucional, os Direitos Políticos são regrados pelo Código Eleitoral, Lei n. 4.737, de 1965, pela Lei de Inelegibilidades, Lei Complementar n. 64, de 1990 - e pela Lei dos Partidos Políticos - Lei n. 9.096, de 1995.

Para o exercício de ambas as vertentes dos Direitos Políticos, o sistema legal introduz, obrigatoriamente, o conceito de cidadania que, segundo Rafael Bielsa: *"... a cidadania denota a capacidade política de um direito a formar o governo com o voto"*. (BIELSA, 1948)¹⁵.

O exercício da cidadania em sua forma passiva pressupõe a possibilidade de ser votado, o que invoca, então, as condições de elegibilidade.

¹³ BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça, 1958.

¹⁴ RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 186.

¹⁵ BIELSA, Rafael. **Principios de Derecho Administrativo**. 2. ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1948.

A elegibilidade é o direito subjetivo de ser votado, ou o preenchimento das condições básicas necessárias ao direito de ser votado. E a estas condições básicas reserva-se a denominação condições de elegibilidade.

Além do requisito da assunção da cidadania, outros também são exigidos em virtude do bem da coisa pública, com vista a que os indivíduos que pretendam serem investidos em cargos públicos possuam as condições mínimas de bem geri-la. São condições de elegibilidade, determinadas pelo próprio texto constitucional em seu §3º do art. 14: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima.

2.2 - Condições de Elegibilidade:

A exigência da nacionalidade brasileira visa tutelar os interesses nacionais. A princípio, apenas a presença da condição de nacional brasileira, seja nato ou naturalizada, é suficiente para preencher o requisito constitucional do art. 14, exceto para os cargos de Presidente e Vice-Presidente, pelo caráter decisório terminativo que possuem, estando neste caso presente uma condição peculiar de inelegibilidade.

Quanto ao pleno exercício dos direitos políticos, entende tanto a condição de *ius suffragii* quanto a condição de *ius honorum*, o direito de votar e ser votado. A Carta Constitucional de 1988 proíbe a cassação de direitos políticos, entretanto descreve possibilidades de suspensão do mesmo.

Apesar de o cidadão preencher todos os requisitos constitucionais para ter sua capacidade eleitoral passiva e ativa assegurada, apenas isso não basta para exercê-la. Como vivemos em uma sociedade plural, a participação pressupõe regras, assim, é direito ou dever o alistamento eleitoral. Direito para aqueles cidadãos que não saibam escrever, para os maiores de setenta anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos. Para os cidadãos entre 18 e 70 anos, que não possuem óbice em seus direitos políticos e para os que desejam ter capacidade eleitoral passiva, o alistamento eleitoral é obrigatório.

Também quis o texto constitucional que mantivesse o cidadão candidato a cargo eletivo em determinada circunscrição certo nível de integração com aquela localidade. Assim determinou o texto constitucional, complementado que foi pela Lei 9.504/97, o prazo de um ano para a comprovação de domicílio, seja por nova inscrição ou por transferência feita no cadastro eleitoral. Se por um lado tal dispositivo traz uma limitação ao eleitorado em poder importar novas experiências ou práticas para gerir seus interesses, de outro não impôs limite intransponível para o trânsito de nacionais entre as mais diversas localidades. Neste caso específico, cabe frisar a marcante diferença entre o domicílio civil e o domicílio eleitoral. Este último visa expressar somente qualquer tipo de ligação do cidadão com a comunidade em que deseja expressar seu sufrágio. Bastando para tanto demonstra qualquer tipo de vinculação, seja ela de domicílio, profissional, estudantil ou até afetiva, desde que, para tanto, comprove existir um endereço ao qual esteja ligado seu interesse.

No sistema democrático pátrio, ao contrário de outras nações, o acesso ao exercício dos cargos políticos elegíveis se dá, exclusivamente, por intermédio de um sistema partidário. Os Partidos Políticos, pessoas jurídicas de direito privado que ostentam status constitucional (art. 17 da CF) e cuja criação é livre (observados os requisitos estabelecidos na Constituição e na legislação), detêm monopólio na disputa por cargos eletivos. Somente por intermédio deles o cidadão pode adquirir o *ius honorum*. Tendo em vista que a própria constituição de 1988 atribuiu autonomia à criação e funcionamento das organizações partidárias, cuidou a lei ordinária específica, qual seja a de número 9.096/95 de reger um período mínimo de antecedência para inscrição em uma agremiação partidária. Quis o texto legal que fosse este período de 01 (um) ano. Entretanto há de se observar que este é o período mínimo, podendo os partidos políticos exigirem prazos maiores em seus estatutos. Contudo, não é a regra de filiação partidária absoluta com fins de conferir capacidade eletiva ao cidadão. O próprio texto constitucional afastou a possibilidade de participação de agremiações partidárias de alguns membros da sociedade, quais sejam: militares, magistrados, membros do Ministério Público, membros dos Tribunais de Contas e servidores da Justiça Eleitoral. Para estes cidadãos, apesar de continuar sendo exigido que concorram por uma sigla partidária, o prazo mínimo de 01 (um) ano não é exigido.

Por fim, também é exigida pela Constituição uma idade mínima para avaliação de sua condição de elegibilidade. Ao contrário do limite único civilmente considerado para aquisição de maioridade, para fins de candidatura bem observou o legislador a diferenciação em função da complexidade do cargo a ser pleiteado. Assim, deve o candidato ter trinta e cinco anos para ser Presidente, Vice-Presidente ou Senador; trinta para Governador e Vice-Governador; vinte e um para Deputado Federal, Deputado Estadual, Prefeito e Vice-Prefeito; e dezoito anos para Vereador. Tais exigências estão estabelecidas nas alíneas do inciso VI do art. 14 da Constituição Federal. Cabe ressaltar que segundo o entendimento da Lei 9.504/97, ao regulamentar o dispositivo constitucional supra, entendeu que a idade é requisito para desempenho do cargo, por isso devendo ser tomada a partir da data da posse, fazendo com que seja válida a participação no pleito com idade inferior à exigida pelo texto constitucional.

2.3 - Inelegibilidade nas Constituições Brasileiras:

A Constituição de 1891, a primeira da era republicana, estabeleceu como princípio de inelegibilidade absoluta ao determinar que os cidadãos não alistados eleitoralmente não pudessem ser votados. Determinou também a inelegibilidade relativa com relação a parentesco para o presidente e o vice-presidente da República. Após esta Constituição, a primeira lei eleitoral da República, a Lei n. 35, de 26-01-1892, também denominada: Lei Cesário Alvim, Ministro da Justiça à época, que previa as demais inelegibilidades relativas para os membros do Congresso. Note-se que tal lei era de caráter ordinário. Já existia, no entanto, antes da Constituição de 1891, o decreto n. 511, de 26-06-1890, que era destinado a regular as inelegibilidades.

Já em 1932 tivemos a publicação do primeiro Código Eleitoral brasileiro. Até então, o assunto era regulado por inúmeras leis, regulamentos e instruções eleitorais, em caráter federal e estadual, sem que houvesse sido inserida nenhuma inovação de vulto. Pela primeira vez em um texto legal, ainda que infraconstitucional, o tema elegibilidade teve previsto o seu trato através de lei especial. Posteriormente,

foi publicado o Decreto n. 22.364, de 17-01-1933, que objetivava regradar as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte de 1933. Em grande parte seu texto assemelhava-se ao da Lei n. 35, pois tinha a intenção de barrar o abuso de influência dos altos agentes do Poder Executivo, civis e militares, ou os do Judiciário, com a intenção de se prevalecer de sua autoridade para constranger ou seduzir eleitores.

A Constituição de 1934, fruto da assembléia nacional constituinte eleita em 1933 sob a égide do Código Eleitoral de 1932, bem como o seu sucessor o Código Eleitoral de 1935, editado através da Lei n. 48 de 04/05/1934, repetiram os casos de incompatibilidade e inelegibilidade já existentes.

Em 1937, a nova constituição previu um caso de inelegibilidade absoluta – a inalistabilidade e não mais a qualidade de eleitor, que já vinha sendo consagrada desde a primeira constituição da república, de 1891.

A declaração da inelegibilidade dos parentes vem de longa data. Á época da Velha República tinha-se a Lei n. 3.208, de 27-12-1916, e o Decreto n. 3.423, de 19-12-1917, ambos regulavam o processo eleitoral e tratavam das inelegibilidades, inclusive a decorrente do parentesco, e tiveram a sua vigência à época do Presidente Venceslau Brás. Também nessa época também tivemos os Decretos Legislativos nº 4.215 e 4.315, que tratavam do problema das inelegibilidades à época do Presidente Epitácio Pessoa.

Já na Constituição de 1946 a grande novidade, em relação às inelegibilidades relativas ao parentesco, foi a retomada do já tradicional entendimento da doutrina brasileira, reduzindo o grau de parentesco por consangüinidade ou afim, ao 2º grau, salvo para deputado ou senador, se já tivessem exercido o mandato, ou fossem eleitos simultaneamente com o presidente ou vice-presidente da República, quando desapareceria o impedimento, conforme se infere das lições de Paulino Jacques. (1983, p. 390).

As Constituições de 1967 e 1969 estabeleceram o parentesco até o 3º grau quanto às inelegibilidades dele decorrentes, tendo-se incluído a adoção, inclusive para deputados, senadores e governadores. Apenas em relação à Carta de 1969,

foram enumeradas as normas para a edição de uma Lei Complementar de Inelegibilidades.

Já analisando o texto da Constituição Federal de 1988, ficaram determinadas em seu artigo 14 e parágrafos as condições de elegibilidade e as hipóteses de inelegibilidade. Como norma o referido texto constitucional buscou, inafastavelmente, a preservação do regime democrático, da probidade administrativa e da normalidade e legitimidade das eleições, bem como se insurgiu contra o abuso de poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas. Em suma, foi o primeiro diploma constitucional a tornar bastante abrangente os pressupostos de elegibilidade e inelegibilidade ao adentrar no terreno a avaliação da conduta e da moralidade do pretendente a cargo público.

2.4 - Condições de Inelegibilidade:

Paralelo ao conceito de elegibilidade encontra-se o conceito de inelegibilidade. Enquanto a elegibilidade consiste no preenchimento das condições exigidas para ser candidato, ou seja, é a caracterização das condições que em princípio asseguram ao pretendente o *ius honorum*, a inelegibilidade consiste na caracterização de situações que afetam a capacidade eleitoral passiva do cidadão. As inelegibilidades são situações que, ao contrário das condições de elegibilidade (as quais necessariamente devem ser preenchidas), devem ser evitadas pelo candidato (quando possível), porque caracterizam impedimento à elegibilidade, ao exercício do *ius honorum*.

A principal vocação das inelegibilidades é proteger a normalidade e a legitimidade das eleições do exercício abusivo de cargo, emprego ou função, nas administrações direta ou indireta, ou da influência nociva do poder econômico. Possui um indisfarçável fundamento ético. Por isso, elas se despem da

indispensável legitimidade quando inspiradas em motivos políticos, ou na pretensão de preservar o exercício do poder pelo grupo conceituável como situacionista.

Têm também as inelegibilidades vital importância na preservação do princípio democrático e da correta gestão dos bens públicos, uma vez que busca afastar da disputa eleitoral pessoas que, potencialmente, possam trazer prejuízo aos conceitos supracitados. No atual texto constitucional, as vedações à capacidade eleitoral passiva vieram regradadas, inicialmente no art. 14 da Constituição Federal de 1988. Em seu inciso 9º, referiu o legislador constitucional que outras normas para a determinação da inelegibilidade de um indivíduo deveriam vir regradadas em dispositivo de Lei Complementar, de discussão e aprovação com quórum qualificado por parte das casas legislativas. A disposição do legislador constitucional em fazer valer a adição de normas de inelegibilidade apenas por dispositivo de Lei Complementar teve o intuito de resguardar o estado democrático de direito uma vez que o indivíduo atingido por uma inelegibilidade é impedido de exercer um direito fundamental perante a sociedade.

De modo geral, as consequências da ausência de condições de elegibilidade e da caracterização de inelegibilidades são, em rigor, as mesmas. Mesmo assim é possível distingui-las, segundo ensinamento de Antônio Carlos Mendes, a inelegibilidade tem três facetas: a) é situação objetiva (previsão): cria obstáculo à candidatura, descrevendo situação que deve ser evitada; b) é estatuição: a lei determina a adoção de comportamento tendente a evitá-la, o qual, como regra, pode ser obtido mediante desincompatibilização; c) é sanção: descumprida causa impedimento à candidatura.

Como vimos os limites para a inelegibilidade estão previstos tanto no texto constitucional quanto em lei infraconstitucional. Coube à da Lei Complementar nº. 64/90 elencar o maior número de impedimentos ao *ius honorum*, o direito de ser votado. Foi responsabilidade da referida Lei Complementar elencar os casos de inelegibilidade por parentesco, já existentes em outras épocas na legislação pátria.

Neste caso em especial, cabe ressaltar que a emenda constitucional nº. 16, que instituiu a reeleição para os cargos do Poder Executivo, quebrou a harmonia sistêmica das normas constitucionais sobre inelegibilidades, que visam, em derradeira análise, a evitar o uso do cargo em favor da reeleição do titular, de sua

eleição para cargo diverso, ou ainda da eleição de quem com eles mantenha vínculo de parentesco, nos graus assinalados pelo art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

3 – A TEORIA DA CONDIÇÃO DE INELEGIBILIDADE IMPLÍCITA:

Recentemente, muitos operadores do direito debruçaram-se sobre a possibilidade de aplicação de mais uma norma de inelegibilidade. Trata-se da condição de inelegibilidade implícita. Este conceito recentemente criado defende a auto-aplicabilidade do art. 14 da constituição federal de 1988, considerando a possibilidade de avaliação por parte do magistrado eleitoral, da vida pregressa do candidato, utilizando-se, para isso, dos maus antecedentes públicos ou, ainda, de ações de improbidade administrativa como fundamento para o pedido de registro de candidatura. O tema tornou-se ainda mais importante quando da eleição geral de 2006, por ter o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro se utilizado dela para indeferir os pedidos de candidatura de candidatos com antecedentes criminais.

3.1 – Jurisprudências sobre a Condição de Inelegibilidade Implícita:

Dentre estes casos, o mais rumoroso acabou sendo o do deputado federal Eurico Miranda, conhecido tanto por sua atuação no campo esportivo como dirigente de futebol, quanto pela sua habitualidade nas cortes em questões de improbidade administrativa. Através de recurso ordinário interposto pelo candidato o processo foi levado á análise do Tribunal Superior Eleitoral que, em 20 de setembro de 2006, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 1.069/RJ deferiu o pedido de registro de candidatura por maioria simples com vantagem de apenas um voto, conforme acórdão abaixo transcrito:

ELEIÇÕES 2006. REGISTRO DE CANDIDATO. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. IDONEIDADE MORAL. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral).

2. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro. (JUSTIÇA, 2006)¹⁶

Considerando que a decisão foi sumulada, serviu de parâmetro para julgamentos semelhantes ocorridos naquela corte e nas outras instâncias eleitorais.

Já com o advento do pleito municipal de 2008, mais uma vez o tema veio à tona, dessa vez em decisão exarada nos autos do Processo Administrativo n.º 19.919 onde, mais uma vez com maioria simples de apenas um voto, considerou-se que os candidatos que são réus em ações penais e processos por improbidade administrativa podem concorrer a novos mandatos.

Entretanto, pela independência das magistraturas de primeiro e segundo grau, o assunto não restou definido por estas decisões da Corte Eleitoral Superior, faltando, ainda, uma manifestação da Corte Suprema.

Com a ocorrência de um número cada vez maior de descobertas de casos de improbidade administrativa, o tema tem se tornado cada vez mais presente na discussão sobre a legalidade da postulação de candidaturas eivadas com as peculiaridades citadas. Conjugando as seríssimas dificuldades do atual sistema jurídico em conseguir celeremente punir àqueles que se apossam da máquina estatal para trazer grande prejuízo a coisa pública e a coletividade.

A manifestação que faltava para firmar as razões de aceitação ou rejeição da Teoria da Inelegibilidade Implícita foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao ser provocado pela Associação dos Magistrados do Brasil - AMB na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, julgada por àquele excelso pretório em seis de agosto de 2008.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Íntegra da Decisão:** Recurso Ordinário 1.069/RJ. Disponível em < <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT9175307§ionServer=TSE>>. Acesso em 11 jan. 2009.

Em sua longa argüição a Associação dos Magistrados do Brasil propôs a plena eficácia da norma que estabelece a condição de possuir moralidade e probidade como requisitos para não ter os direitos políticos passivos cerceados, bem como pediu que fossem suprimidos do texto da Lei n.º 64/90 os dispositivos que exigiam apenas a consideração do trânsito em julgado de decisões que tratavam de tais temas, conforme segue:

Ao final, restando demonstrado o descumprimento dos preceitos fundamentais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do cargo eletivo, (a) quer pelo fato de a norma do § 9º do art. 14 da CF pela ECR n. 4/94 construir norma de eficácia plena, portanto, auto-aplicável, (b) quer pelo fato de não estar sendo considerada nesta ação pela redação dada ao § 9º do art. 14 da CF pela ECR n. 4/94, requer Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB se digne esse eg. Supremo Tribunal Federal julgar essa ação procedente, para determinar a todos os juízos, de qualquer instância, que observem a auto-aplicabilidade da norma do § 9º do art. 14 da CF, com a redação dada pela ECR n. 4/97, bem ainda a ocorrência da revogação das condições a seguir mencionadas, de forma a viabilizar exame da vida pregressa dos candidatos a cargos eletivos:

a exigência do “trânsito em julgado” das decisões mencionadas nas alíneas “d”, “e” e “h” do inciso I, do art. 1º,

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,

bem ainda a exigência de que tenha sido **“transitada em julgado”** a decisão mencionada no art. 15, todos da Lei Complementar n. 64/90. (SUPREMO, 2008). (grifo do autor).¹⁷

A manifestação do Supremo Tribunal Federal veio no sentido de, por nove votos a dois, negar a possibilidade de auto-aplicação do §9º do art. 14 da Constituição Federal de 1988, conforme segue:

[...] o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Eros Grau, reconheceu a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, rejeitando, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas. No mérito, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, decisão esta dotada de efeito vinculante, segundo a Lei nº 9.882/1999. (SUPREMO, 2008)¹⁸

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Íntegra da Decisão:** Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144. disponível *on line* em <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2419475&tipoApp=RTF>>. Acesso em 14 jan. 2009.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ibidem. 2008.

A decisão do Supremo Tribunal Federal baseou-se no texto do § 9º do art. 14 da Constituição Federal, considerando a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 04/97, de que, apesar de presente no texto, a avaliação da questão da moralidade pública e da probidade administrativo terá de ser disciplinada em Lei Complementar. A decisão baseou-se, neste caso, na simples interpretação textual da malha constitucional, senão, vejamos o texto a redação do § 9º do art. 14 da Constituição Federal:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994). (BRASIL, 1988).¹⁹

3.2 – As Contradições da Jurisprudência Estabelecida:

Analisando o texto constitucional e revendo a data de promulgação da emenda que trouxe a atual versão para o parágrafo, percebe-se que foi redigido após a publicação da Lei Complementar 64/90, que é a Lei a qual se refere à redação do artigo 14. Como disse Marcelo Pimentel Bertasso:

Evidentemente que o Constituinte tinha ciência disso e, se quisesse, poderia (e teria) alterado a própria lei complementar. Preferiu, contudo, deixar explicitado, no próprio texto constitucional, seu desejo de ver a vida pregressa de candidatos analisada no momento de se aferir a elegibilidade. (BERTASSO, 2008)²⁰

¹⁹ BRASIL, op. cit. 1988.

²⁰ BERTASSO, Marcelo Pimentel. **Revista Paraná Eleitoral**. 69ª ed. Curitiba. Jul. 2008. Disponível em [HTTP://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=285&palavra_chave\[\]=marcelo&palavra_chave\[\]=bertasso&e_ou=e](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=285&palavra_chave[]=marcelo&palavra_chave[]=bertasso&e_ou=e). Acesso em: 14 jan. 2009.

Um dos princípios da hermenêutica constitucional é o da máxima efetividade. Este princípio baseia-se na idéia de que as palavras que compõem o texto constitucional têm de ter a maior efetividade possível, segundo bem conceitua o jurista Paulo Bonavides:

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos à sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extra-constitucionais, o dique de formalismos e artifícios teóricos levantados nos textos pela técnica das Constituições. [...] De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social. (BONAVIDES, 2001, p. 10-12)²¹

O principal argumento posto na decisão do Supremo Tribunal Federal foi o de que o parágrafo faz expressa remissão a lei complementar e que o exercício dessa faculdade é privativo do Poder Legislativo.

Analisando a questão, temos de ter em vista outros princípios de interpretação constitucional, quais sejam, segundo Konrad Hesse ao enumerar os princípios de interação constitucional: *“as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas”* seguindo a enumeração dos métodos de interpretação, segundo o próprio Hesse: *“1 - unidade da Constituição, 2 - concordância prática, 3 - correção funcional, 4 - efeito integrador e 5 - força normativa da Constituição”* (HESSE, 1998, P. 65)²². Convalidando esta metodologia de interpretação, o próprio ministro da Suprema Corte, Eros Grau, teve a oportunidade de erigir: *“não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”*. (GRAU, 1998, p. 176)²³.

O presente preâmbulo de princípios interpretativos das normas constitucionais se presta a considerar decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao art. 93 do mesmo texto constitucional de 1988, onde se lê:

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. São Paulo: Sergio Antônio Fabris, 1998.

²³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2.ed, São Paulo: Malheiros, 1998.

“Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios [...]*”. (BRASIL, 1988)²⁴.

É presente que não houve promulgação de Lei Complementar que rege o Estatuto da Magistratura, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A parte do artigo onde se lê a obrigação do legislador infraconstitucional fazer promulgar uma Lei Complementar está no tempo verbal futuro: “[...] *disporá sobre o Estatuto da Magistratura. [...]*”. (BRASIL, 1988)²⁵.

É sabido, entretanto, que existe um diploma legal que rege a Magistratura na legislação pátria, uma vez que tal atividade não pode de dar ao arrepio da ordem constitucional. Entretanto, em evidente confronto com o texto constitucional, tal lei é datada de 1979, trata-se da Lei Complementar n.º 35.

No caso em questão, entendeu-se a referida Lei Complementar como recepcionada pelo Constituição de 1988. Entretanto, uma nova exigência, não prevista naquela Lei, mas inserida pela nova constituição, passou a fazer parte do panorama jurídico, conforme inciso I do art. 93 da Carta Magna:

[...] ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988)²⁶.

Notadamente, a exigência de **três anos de atividade jurídica** foi a principal mudança inserida pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Tal emenda, logicamente, com cronologia posterior à Constituição de 1988 e muito mais em relação à Lei Complementar que rege a Magistratura. (grifo nosso).

Pois bem, a Emenda Constitucional trouxe à luz do direito uma incerteza: Se não houve publicação de Lei Complementar *a posterior*, como então definir o que seria ou não atividade jurídica? Exatamente este foi o questionamento presente na

²⁴ BRASIL, op. cit. 1988.

²⁵ BRASIL, Ibidem. 1988.

²⁶ BRASIL, op. cit. 2008.

Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.460, do Distrito Federal, protocolada e distribuída naquela corte em 08/04/2005 e julgada em 15/06/2007.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente por maioria simples, com a votação em desacordo de quatro dos onze membros da corte com relação à caracterização do que seria atividade jurídica, sendo entendido por todos a auto-aplicabilidade, sem ressalvas, do disposto no inciso I do art. 93 da constituição, mesmo sem existência de uma Lei Complementar com publicação posterior à Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, esta de exclusiva atribuição do Poder Legislativo.

Possivelmente deve ter considerado a corte que, devendo ser de iniciativa do Supremo Tribunal Federal a proposição de Lei Complementar com vistas a suprir o conceito de **atividade jurídica** invocado pelo inciso I, poderia aquela corte prescindir do rito legislativo e o próprio judiciário complementar o entendimento acima citado. (grifo nosso).

Entretanto, a indicação do texto constitucional de que a Lei Complementar posterior, segundo expressa manifestação constitucional, deveria ser proposição da Suprema Corte nacional não afasta, sob risco de grave atentado a divisão constitucional dos poderes e aos princípios democráticos do estado de direito, a privativa função de apreciação do Poder Legislativo.

Apesar de representar claramente uma invasão da atribuição legislativa das casas parlamentares nacionais, temos de registrar que tal decisão firmou o posicionamento firme daquela Corte Constitucional no sentido de confirmar a auto-aplicabilidade do disposto no art. 93, inciso I da Carta Magna, sem a necessidade de promulgação de Lei Complementar posterior exigida pelo texto constitucional por alteração do constituinte reformador.

Cabe aqui firmar a perfeita simetria de condições estabelecidas entre o julgamento da ADI n.º 3460 e a ADPF n. 114. Evidentemente os princípios jurídicos envolvidos são diferentes, mas idêntico é o entendimento sobre a auto-aplicabilidade de um preceito constitucional compreendido em singulares condições de avaliação.

Retornando à análise do voto do ministro relator do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 144, Exmo. Ministro Celso de Mello, percebe-se que houve

fundamentação no sentido de não acolher a auto-aplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição Federal no sentido de preservar o Princípio da Inocência, invocado que foi para que não fosse acolhida a tese de estabelecimento de inelegibilidade por falta de moralidade pública.

O Princípio da Inocência foi adotado pela Carta da ONU - Organização das Nações Unidas e tardiamente recepcionado pela Constituição Federal brasileira em vigor, no art. 5º, inciso LVII, vislumbra única e exclusivamente a defesa dos interesses individuais perante o estado na esfera criminal. A sedimentação de tal Princípio na Carta Magna, conforme sua redação inserida no art. 5º delimita-a, única e exclusivamente à esfera criminal. Por similaridade à proteção dos direitos individuais e em conjugação com o disposto no inciso LIV do mesmo artigo: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* (BRASIL, 1988)²⁷. o Princípio da Inocência vem sendo estendido a todo o tipo de processo legal que um indivíduo venha a sofrer em detrimento do estado. Mas mesmo assim, é um conceito eminentemente criminal.

O conceito estabelecido no §9º do art. 14, o da Moralidade Pública, ao contrário, é um conceito eminentemente do direito civil. A conceituação da postura moral de um indivíduo está intimamente ligada à sociedade do qual faz parte. Não há como se pensar em aferição de moralidade, seja de que forma for, se não houver um tecido social onde prevaleçam certas regras de convívio social que possam ser tomadas como pano de fundo para comparação.

Há de se notar, que a Carta Constitucional de 1988 foi concebida sob a égide da moralidade e probidade administrativa no trato dos assuntos de estado e, por conseguinte, da gestão dos interesses da coletividade. Tal princípio, além de firmemente insculpido no caput do art. 37, conforme segue: *"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]"* (BRASIL, 1988)²⁸, também foi reafirmado pelo constituinte reformador na redação alterada do § 9º do art. 14. Assim percebe-se, considerando a unidade e o efeito integrador que este é um dos *animus legis* que norteou a redação da presente Carta Constitucional pátria.

²⁷ BRASIL, op.cit. 1988.

²⁸ BRASIL, Ibidem, 1988

Consubstanciando o Princípio da Inocência, não se pode dizer que um indivíduo que tem contra si um ou muitos processos criminais sem que nenhum tenha transitado em julgado seja menos inocente que outro cidadão que não teve o desprazer de tal experiência. Entretanto, tomando por base as regras de convívio social prevalecentes tanto agora quanto à época da promulgação do texto constitucional, pode-se aferir que o indivíduo que não freqüentou a seara judiciária tem a vida pregressa menos maculada, uma vez que essa mácula advém do senso comum, independente de que o devido processo legal tenha uma sentença condenatória ou não.

Não foi em direção diferente que escreveu o Exmo. Ministro Tribunal Superior Eleitoral, Sr. Carlos Ayres Britto em seu voto no julgamento do Recurso Ordinário n.º 1069 oriundo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, onde grafou:

E o bloco dos direitos políticos? Bem, esse é o que se define por um vínculo funcional mais próximo desses dois geminados proto-princípios constitucionais: o princípio da soberania popular e o princípio da democracia representativa ou indireta (inciso I do art. 1º, combinadamente com o parágrafo único do art. 1º e o "caput" do art. 14, todos da Constituição de 1988). Dois geminados princípios que também deitam suas raízes no Estado liberal, porém com esta marcante diferença: não são as pessoas que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa, mas eles é que são imediatamente servidos pelas pessoas. Quero dizer: os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, diferentemente, pois, do que sucede com os titulares de direitos e garantias individuais e os titulares dos direitos sociais. Veja-se que, enquanto os detentores dos direitos sociais e dos direitos individuais e coletivos são imediatamente servidos com o respectivo exercício, e só por defluência ou arrastamento é que resultam servidos os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o contrário se dá com o desfrute dos direitos políticos. Aqui, o exercício de direitos não é para servir imediatamente a ninguém, mas para servir imediatamente a valores: os valores que se consubstanciam, justamente, nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa. Insista-se na diferenciação para ficar bem claro que os magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho existem para se concretizar, imediatamente, no individualizado espaço de movimentação dos seus titulares. Logo, os dois estruturantes princípios a servir primeiro (e só depois a se servir, por gravidade ou arrastamento) do particularizado gozo dos respectivos direitos subjetivos. Estes a primeiro luzir, para somente depois se ter por concretamente imperantes aqueles dois proto-princípios constitucionais. Ao contrário (renove-se o juízo) do que sucede com os estruturantes princípios da soberania popular e da democracia representativa, pois, aqui, quem primeiro resplende são valores ou princípios. O eleitor não exerce direito para primeiramente se beneficiar. Seu primeiro dever, no instante mesmo em que exerce o direito de votar, é para com a afirmação da soberania popular (valor coletivo) e a autenticidade do regime representativo (também valor de índole coletiva). O mesmo acontecendo com o candidato a cargo

político-eletivo, que só está juridicamente autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade territorial por inteiro. "Jamais para presentear (Pontes de Miranda) ou servir a si próprio." (BRITTO, 2006)²⁹.

²⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Íntegra da Decisão:** Recurso Ordinário 1.069/RJ. Disponível em <
<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT9175307§ionServer=TSE>>. Acesso em 11 jan. 2009.

3.3 – O Histórico do Duplo Grau de Jurisdição:

Não há como negar que a morosidade no sistema judicial está intimamente ligada ao advento da possibilidade do Duplo Grau de Jurisdição. O próprio livro da religião católica já traz nele inscrito a possibilidade de buscar um novo pronunciamento buscando um órgão superior, conforme o capítulo XXV, versículo 11-12. Já nas culturas Egípcias, Atenienses e Espartanas temos a presença da possibilidade da apelação de sentenças judiciais. No direito romano, apesar de inicialmente consagrado o único grau de jurisdição, já no período republicano passou a existir a possibilidade de recurso com o instituto do *intercessio*, onde um juiz de igual ou superior categoria poderia suspender os efeitos da decisão. Entretanto, só na época de Justiniano foi que podemos identificar completamente o instituto do Duplo Grau de Jurisdição.

3.4 – A importância do Duplo Grau de Jurisdição:

Mesmo não podendo negar a contribuição do instituto do Duplo Grau de Jurisdição para a morosidade do sistema judicial, temos de reconhecer nele algumas virtudes. Se por um lado o princípio da brevidade busca a solução rápida, a maior celeridade ao processo para que, no dizer de Ugo Rocco: “a *sentença não se torne azeda*” (ROCCO, 1983)³⁰, por outro lado o princípio da certeza é baliza mestra da prestação jurisdicional, pois visa dar a desejada segurança do instrumento de Justiça. É desejável é quase utópico o desejo de uma justiça célere e com total grau de certeza, entretanto, na impossibilidade real de alcançar aos dois resultados, é amplamente mais desejável que a sentença tenha o maior grau de certeza possível. Além disso, a possibilidade de haver o recurso torna a decisão mais confiável, pois impele o Juízo inicial a ter maior cuidado em suas decisões, pois as mesmas serão

³⁰

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil Volume 7*, Madrid: Temis Bocota, 1983.

revistas por magistrados de maior experiência. Por fim, não há como não mencionar o binômio da experiência *versus* proximidade do direito material, tida na comparação entre os magistrados recursais e os juízos iniciais. Se estiverem estes mais próximos ao direito material e, assim, sabedor de suas nuances, estão aqueles mais afastados do calor da situação e ainda mais fortes na questão do direito processual.

Assim, o proferimento de um processo em duas instâncias judiciais distintas, tende a somar apenas as certezas e os acertos no proferimento da sentença. Se na instância inicial temos todo o desenrolar da apresentação do corpo probatório, com a análise mais detida por parte do magistrado dos elementos apresentados e as manifestações mais próximas das partes levando a uma formação de Juízo do fato também de acordo com a realidade local, na instância imediatamente superior, já podemos obter uma avaliação mais generalística do processo, tomado como um todo e analisado sob a luz mais fria do direito escrito e consolidado.

CONCLUSÃO

O principal obstáculo à aplicação do Princípio da Moralidade Pública, segundo julgados do Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal seria a não auto-aplicabilidade do Princípio, segundo sua redação dada pelo parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Ambos os tribunais de ativeram única e exclusivamente a interpretação literal do texto, sem aprofundar-se, segundo a visão deste estudioso, às questões temporais e teleológicas da proposição do tema no texto constitucional pátrio. Igualmente, à alegação de que a atitude de positivismo judicial aplicada ao caso seria um ataque ao princípio constitucional de partição de poderes esbarra em jurisprudências de ambos os tribunais que deram pronta aplicabilidade a dispositivos constitucionais suprindo-os da regulamentação necessária para sua execução. Por isso, este breve ensaio sobre a existência, a constitucionalidade e a falta de aplicação do Princípio da Moralidade Implícita no cenário constitucional brasileiro pretende afastar, em consonância com a pouca e inovadora teoria já existente, os pretensos obstáculos para a aplicação desta norma que em muito pode ajudar o crescimento e o florescimento da gestão administrativa impessoal da coisa pública no Brasil.

Uma das grandes inovações teóricas da Constituição Federal de 1988 foi sem dúvida, segundo demonstrado neste estudo, o estabelecimento de uma nova norma a ser seguida na gestão do poder público e no desempenho das funções dos agentes públicos, qual seja: O Princípio da Moralidade Administrativa. Não houve expressão direta em nenhum dos capítulos do texto magno, entretanto, o trato da questão ética e moral ocorreu em vários artigos da constituição. O momento histórico da redação do texto constitucional associado ao péssimo histórico da gestão da res pública certamente devem ter contribuído para que o constituinte original e também o reformador fossem pródigos em inserir no texto constitucional vasta menção aos termos de probidade e de moralidade. Tal insistência não pode ser tomada apenas como apuro estilístico na escrita da norma legal. Precisa ser considerado como mais do que isso, uma vez que é colocado como pressuposto para a boa prática de gestão do patrimônio público e como condição *sine qua non*

para o exercício da função pública. Até então, o princípio mestre que comandava as ações do poder público era o do princípio da legalidade. Certamente, continua este princípio com todo o seu vigor, entretanto, pelo magnitude dada pelo constituinte e pelo alcance que do significado do termo moralidade, não há mais como conceber que este último seja apenas parte integrante do primeiro. Somente admitindo-se a existência do Princípio da Moralidade Público-Administrativa e que se conseguirá dar efetividade ao preconizado pela Constituição Federal quando das inúmeras abordagens do tema em seu rico texto.

Neste estudo, tivemos a oportunidade de abordar o Princípio da Inocência ou da Não-Culpabilidade, que preconiza, de forma objetiva, que ninguém será privado de seus direitos sem o devido processo legal com trânsito em julgado. Tal Princípio não foi novidade no texto constitucional brasileiro uma vez que já adotado em larga escala em terras pátrias e foi um dos marcos da Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas. A presença de tal garantia no texto constitucional, em especial no artigo 5º, de caráter pétreo, infelizmente tem muito a ver com as sucessivas violações que esse princípio sofreu no histórico recente de nosso país, com o uso indiscriminado de prisões arbitrárias e o desmerecimento do processo judicial devido para o cerceamento de direitos. Com base na situação pregressa, quis o constituinte dar tamanha garantia de direitos que sequer previu formas de prisões cautelares que visassem resguardar o andamento do processo judicial, a segurança das testemunhas, a segurança da sociedade e, por vezes, a do próprio acusado. Quando da promulgação do texto insurgiu-se no meio jurídico breve debate sobre a continuidade da aplicação dos institutos de prisões cautelares. Logo o debate deu-se por encerrado ao se pacificar entendimento de que, como forma de possibilitar também a proteção do interesse coletivo em detrimento do direito, tais institutos continuariam em vigor, uma vez que a própria constituição, mesmo não fazendo menção a tais cerceamentos de direitos, tratou de seus cessamentos. Entretanto, o que acabou pacificado, é que o Princípio da Inocência não é absoluto. Pelo contrário, quando estão em jogo interesses da coletividade, para que se mantenha a segurança e a ordem processual, pode sim o acusado ter sua liberdade e outros direitos tolhidos.

Dentre as causas consideradas implicitamente para a não consideração da auto-aplicabilidade do preceito do art. 9º do parágrafo 14 por parte do Supremo Tribunal Federal foi a motivação de não avançar sobre as atribuições do Poder

Legislativo criar condições para aplicação do dispositivo supra. Cabe, antes de mais nada, também referir que o Poder Judiciário é um dos três poderes máximos da república, tido em condição de igualdade em importância com os outros dois, o Executivo e o próprio Legislativo. É atividade precípua do Poder Judiciário velar pela constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico e pela aplicabilidade e efetividade do texto constitucional. Outra atividade modernamente atribuída ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, por repetidas decisões daquela corte, segundo manifestação do ministro Joaquim Barbosa no julgamento das Ações Direitas de Inconstitucionalidade n.º 3345 e 3365, é o ato de *“regulamentar, explicitar, conferir substância concreta à norma preexistente inserida na própria Constituição?”*. (SUPREMO, 2004)³¹. Tal entendimento foi o voto dominante nas ações que buscavam a inconstitucionalidade da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n.º 21.702/04 que disciplinou a proporção de vereadores nas câmaras municipais a partir do julgamento do Recurso Ordinário n.º 197.917, também conhecido como caso Mira-Estrela. No julgamento das ADI n.º 3345 e 3365 fixou o Supremo Tribunal Federal que não atinge à separação dos poderes o atos do Poder Judiciário que, ao interpretarem o texto constitucional não criam norma própria, mas tratam de adequá-la ao contexto social e conferir-lhe aplicabilidade. Não fez de outra forma o Supremo Tribunal Federal ao conferir a auto-aplicabilidade ao disposto no artigo 93 do texto constitucional e estabelecer as regras para o que fosse considerado atividade jurídica. Mas modernamente, ainda, manifestou àquela Suprema Corte ao votar e aprovar a edição de súmula proibindo a nomeação de parentes de agentes públicos para cargos em comissão, conhecida como nepotismo. Na edição da súmula vinculante n.º 13, aos ministros decidiram que era auto-aplicável o disposto no artigo. 37 da constituição federal quanto à observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade na administração pública. Mais uma vez a Corte tomou para si a atividade de adaptar a norma constitucional ao plano da aplicabilidade, tecendo uma série de regras às quais a Constituição Federal de 1988 não fez menção. Assim, já está bastante fundamentada e aceita no sistema democrático pátrio a possibilidade de o Poder Judiciário regradar norma legal já

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Íntegra da Decisão: **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3345**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3345&processo=3345>>. Acesso em 21 jan. 2009.

existente, desde que não acarrete a criação de norma completamente nova, para qual não haja previsão legal anterior.

Por fim, cabe repisar, que estas decisões do Poder Judiciário também têm forte significado de proteção da sua função democrática, uma vez que na tarefa de dar efetividade e vigência aos dispositivos constitucionais não pode ficar preso e dependente da disposição do Poder Legislativo para dar complementação a um preceito constitucional já individualizado e que, por vezes, o faz de forma errônea ou deixa de fazê-lo por casuísmos orgânicos. Em hipótese alguma pode ficar o Poder Judiciário dependente do Poder Legislativo sob pena de a tripartição dos poderes republicanos ficar pendente de um de seus apoios.

Delineada a questão da autonomia do Princípio da Moralidade frente ao Princípio da Legalidade, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário editar normas com vistas a dar aplicabilidade a preceitos constitucionais sem interferir na atividade legislativa de criação de novas normas, não tem esta produção textual a intenção de afirmar a aplicabilidade do princípio da Moralidade Pública, insculpida no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal, sem apontar uma forma de regramento e pronta aplicação.

Considerando as exceções ao Princípio da Inocência admitidas no arcabouço jurídico vigente e a possibilidade de assentar a aplicação do Princípio da Moralidade Pública como condição de Inelegibilidade Implícita no texto constitucional a fim de proteger os interesses coletivos da administração pública de pessoas que tenham contra si mácula em sua vida pregressa, defendo a aplicação da Teoria do Duplo Grau de Jurisdição.

Tendo em vista que estamos tratando da aplicação do Princípio da Moralidade Pública, independente que é do Princípio da Legalidade, em tese qualquer fato público e notório seria passível de apontar falta na vida pregressa de um indivíduo. Entretanto, considerados os avanços no sistema democrático de direito ao longo da história da humanidade e a própria história recente, que desaguou no elogiável sistema de proteção individual albergado na Constituição Pátria, há de afirmar que tal medida seria abjeta, para não dizer, um atentado aos direitos da pessoa humana.

Como o próprio texto constitucional faz menção, em seu artigo 5º, inciso LIV: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo*

legal” (BRASIL, 1988)³² é correto afirmar, então, que, pelo menos, um processo judicial haveria de ter em andamento. Entretanto, a atividade judicial, enquanto não apresentada uma sentença nos autos consiste a apresentação de cada uma das partes de provas e argumentos que carecem de uma análise em conjunto para verificar de sua pertinência e de sua validade. Tal análise, nos autos do processo, consiste exatamente na sentença do Juiz natural da causa, responsável que é pela instrução e desenrolar do processo.

Posto, então, que há necessidade de uma sentença proferida sobre os atos e fatos presentes no processo judicial, bastaria então que o próprio Juiz Eleitoral responsável pela análise das Condições de Inelegibilidade inerentes a uma candidatura consubstanciasse seu julgamento com as informações obtidas nos autos do processo judicial.

Considerando o ordenamento jurídico pátrio que estabelece as diversas instâncias recursais do Poder Judiciário e o estabelecimento da instância inicial como o juízo natural da causa, caso a Condição de Inelegibilidade fosse avaliada e sopesada pelo Juiz Eleitoral que não fosse o responsável pelo próprio processo judicial anterior ao registro, estaríamos privando o cidadão da avaliação pelo Juiz natural da causa.

Assim, é indicado que, além de ter sido objeto de, pelo menos uma sentença judicial, essa sentença seja proferida pelo juiz natural do processo. Este procedimento visa afastar qualquer tipo de julgamento antecipado ou que não propicie defesa do acusado. Entretanto, apesar de ser considerado suficiente o processo judicial, com ampla possibilidade de defesa e assegurado a manifestação de um Juízo competente, ainda pode pesar sobre essa decisão alguma dúvida. Dúvida essa inerente a condição de juiz natural da causa, revestido da condição de proximidade tanto ao ato delituoso quanto ao local onde o mesmo ocorreu.

Dúvidas outras podem ser colocadas quanto à idoneidade do Juiz ou sua vinculação pessoal. Dúvidas essas que merecem ser categoricamente afastadas tendo em vista o alto grau de exigência tido por parte da seleção dos magistrados conforme preceituado pela Constituição Federal de 1988.

Mesmo sem dar ênfase às desconfianças quanto à possível falta de imparcialidade de um julgamento de primeira instância, é bastante interessante que

³²

BRASIL, op. cit. 1988.

seja tomado o conceito do Duplo Grau de Jurisdição para que se aceite e faço prosperar a avaliação da vida pregressa de candidatos a cargos eletivos.

O Duplo Grau de Jurisdição é consagrado no sistema judicial contemporâneo de todas as nações atualmente. No sistema judiciário pátrio ele prevê a análise dos casos por bem mais do que dois magistrados, uma vez que as decisões de segunda instância envolvem colegiados, o que traz à decisão um caráter plural, pois foi vista e revista por vários magistrados que manifestam assim toda força do sistema de avaliação judicial.

Tal sistema traz ainda a vantagem de a decisão de segunda instância vir revestida de um caráter mais técnico, uma vez que a proximidade em relação ao processo do juiz de primeira instância vir substituída por uma maior experiência dos julgadores, o que contribui para que a situação descrita nos autos tenha um tratamento ainda mais aproximado à letra fria da lei.

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 foi negada a auto-aplicabilidade do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal, cujo teor novamente compilamos:

§ 9º. Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988)³³.

O texto se inicia com a menção a Lei Complementar como via de estabelecimento das condições a partir das quais serão aplicadas a condições de inelegibilidade com vistas que seja protegida a probidade administrativa e a moralidade. Para tanto, manifestou o constituinte que seja avaliada a vida pregressa do candidato como forma de proteger e garantir a normalidade dos pleitos.

Neste caso, parece inequívoco que quer o constituinte que seja avaliada a vida pregressa do candidato, vida pregressa essa que não pode se confundir com o rol de condenações transitadas em julgado, que por si só já possuem normas de

³³

BRASIL, op. cit. 1988.

inelegibilidade que as regem e impedem que seus detentores tenham acesso a cargo público. Em nome da efetividade da norma constitucional, abre-se então uma nova seara de normas que devem vir a estabelecer novas condições de inelegibilidade.

Exatamente desta forma se manifestaram os ministros do Supremo Tribunal Federal ao considerarem que tal dispositivo existia e era aplicável, apenas não o sendo, segundo consideração da corte, aplicável no momento por falta de regulamentação atual por Lei Complementar.

Neste caso, então, este escrito tem por objetivo discordar da interpretação dada pelos eminentes julgadores. Quis fazer a corte que a determinação do elevado constituinte reformador se referisse a outra norma inferior, mais antiga, para que desse interpretação ao texto constitucional posteriormente pensado. Não pode ser em vão que o legislador na função de revisor constitucional queira que uma norma de Lei Complementar antiga possa reger condições novas que não existiam à época da promulgação daquela Lei.

Se por ventura a referência à utilização do conceito de moralidade e probidade fosse utilizada apenas na revisão constitucional de 1994, talvez poder-se-ia pensar em um erro ou deslize do constituinte reformador. Entretanto, tal preceito foi uma das grandes inovações da Constituição Federal de 1988, ao qual foi dada importância de tal grande verga que figura, agora como elemento independente desta, do próprio princípio da legalidade, não sendo mais suficiente que atos da administração e de agentes públicos obedeçam apenas a este último, mas devendo obediência aos dois ao mesmo tempo.

É certo que aqui cabe o contraponto de que o texto constitucional fazia referência a uma nova Lei de Inelegibilidades, ou seja, que o texto constitucional estaria a submeter uma norma sua a uma reconstrução de uma norma inferior apenas para que fizesse valer apenas um item, no caso, do rol das inelegibilidades, que já estava perfeitamente encerrada na Lei das Inelegibilidades nº 64/90.

A consideração do parágrafo acima se presta muito mais premiar uma péssima técnica legislativa do que atender à vontade do legislador constitucional quanto à validade do preceito por ele lançado. Evidente, neste caso, inclusive com a anuência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ficou a vontade do legislador. Apenas ficou pendente sua aplicação, por mais ingenuamente pensar, por uma falha na técnica legislativa na sua redação, pois fez referência a que uma legislação

antiga já consolidada fizesse regra para uma nova, de ordem superior. A resposta a essa incompreendida questão parece clara a este escrito: Se legislação hierarquicamente superior repisou conceitos já definidos em diploma subordinado, há de se dispensar a re-edição desta última peça, pois por ser de nível inferior ao diploma constitucional, ele mesmo já tem o condão de subjugar a norma subordinada.

Por fim, cabe destacar, que por mais que se atenha à análise da fria face da legislação escrita, não pode e não deve o Poder Judiciário, sob pena de se distanciar do ideário da sociedade cristalizado na constituição, ter apenas uma visão curta que alcança apenas o trabalho realizado pelo Poder Legislativo. É claro que não há de se pensar em um Poder Judiciário que haja aos **soluços** da opinião pública, mas também é impensável que mantenha seu foco apenas ao produto das casas legislativas. (grifo nosso).

O Poder Judiciário que se exige em um regime democrática firmado no sólido e saudável tripode democrático é aquele que é sim garantidor da Constituição, mas daquela que realmente representa a Moral social que lhe deu origem.

Por isso, é a conclusão deste escrito que deve ser aceito no panorama legal do sistema pátrio a adoção da falta de Moralidade Pública para análise da vida pregressa do candidato conforme indicado no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

1 - FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

2 - BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

3 - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

4 - FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-68.

5 - FERREIRA, Sergio de Andréa. **A moralidade na principiologia da atuação governamental**. Revista de Direito Administrativo, n.º 220/121, 2000.

6 - SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

7 - MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

8 - ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

9 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Íntegra da Decisão: Súmula 523**. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 14 jan. 2009.

10 – BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça, 1958.

11 – RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 186.

12 – BIELSA, Rafael. **Principios de Derecho Administrativo**. 2. ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1948.

13 – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Íntegra da Decisão**: Recurso Ordinário 1.069/RJ. Disponível em <
<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT9175307§ionServer=TSE>>. Acesso em 11 jan. 2009.

14 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Íntegra da Decisão**: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144. disponível *on line* em
<<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2419475&tipoApp=RTF>>. Acesso em 14 jan. 2009.

15 – BERTASSO, Marcelo Pimentel. **Revista Paraná Eleitoral**. 69ª ed. Curitiba. Jul. 2008. Disponível em
[HTTP://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=285&palavra_chave\[\]=marcelo&palavra_chave\[\]=bertasso&e_ou=e](HTTP://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=285&palavra_chave[]=marcelo&palavra_chave[]=bertasso&e_ou=e). Acesso em: 14 jan. 2009.

16 – BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

17 – HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. São Paulo: Sergio Antônio Fabris, 1998.

18- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 2.ed, São Paulo: Malheiros, 1998.

19 – ROCCO, Ugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil Volume 7**, Madrid: Temis Bocota, 1983.

20 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Íntegra da Decisão: **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3345**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3345&processo=3345>>. Acesso em 21 jan. 2009.

21 - CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

22 - CERQUEIRA e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de, e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de. **Tratado de Direito Eleitoral Tomo IV – Processo Civil Eleitoral**. 1º ed. São Paulo: Premier, 2008.

23 - COSTA, Adriano Soares da. **Inelegibilidade e Inabilitação no direito eleitoral**. TRE-MS. Anais do Primeiro Congresso Centro-Sul de Direito Eleitoral, Campo Grande: 1998.

24 - GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. *In* GOMES, Luiz Flávio: **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 111/112.

25 - HAURIOU, Maurice – **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1914.

26 - MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.

27 - JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica. 1998, p. 70.

28 - JUSTIÇA, Ministério da. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958. p. 458.

29 - SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

30 - SOUSA SEGUNDO, Lino Osvaldo Serra. **A axiologia do conceito de moralidade administrativa tendo por base sua posição no sistema jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=339>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

31 - VASCONCELOS, Telmo da Silva. **O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4101>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

