

Fundamentalidade dos direitos políticos: elegibilidade e inelegibilidade

*Richard Pae Kim*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: Neste trabalho são examinadas as condições de elegibilidade, a partir da compreensão e reconhecimento da fundamentalidade do direito de ser eleito, bem como da questão dos princípios e as regras. Bem compreendidas as condições – e o momento de sua aferição – de elegibilidade, passa o artigo a analisar cada uma das hipóteses de inelegibilidade fixadas pelo conjunto normativo (arts. 14 e 15 da CF/1988). São fixados os principais casos de inelegibilidade, sem se olvidar que o descumprimento das condições de elegibilidade não pode ser confundido com as causas de inelegibilidade. Não se pretendeu, no entanto, detalhar neste trabalho cada uma das inovações trazidas pela Lei da Ficha Limpa, mas abordar de forma panorâmica algumas das consequências trazidas às hipóteses de restrições aos direitos políticos.

Palavras-chave: elegibilidade, inelegibilidade, direitos políticos, direito fundamental.

Sumário: 1. Direitos políticos e elegibilidade: distinção entre condições de elegibilidade e a inelegibilidade – 2. A fundamentalidade do direito de ser eleito e a questão dos princípios e as regras: conformação da elegibilidade – 3. Momento de aferição das condições de elegibilidade – 4. Inelegibilidade, seu conceito e o momento de aferição – 5. Espécies de inelegibilidade: 5.1 Inelegibilidade dos inalistáveis e dos analfabetos; 5.2 Inelegibilidade nos casos de reeleição e pela ausência de desincompatibilização para a reeleição; 5.3 Inelegibilidade pelo descumprimento dos prazos de desincompatibilização; 5.4 Inelegibilidade reflexa por motivos de vínculo familiar (parentesco por consanguinidade, por adoção, por afinidade até o segundo grau e pelo matrimônio ou união afetiva ou mesmo homoafetiva); 5.5 Inelegibilidade pela má gestão e situação de liquidação de estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro; 5.6 Inelegibilidades fixadas pela Lei da Ficha Limpa e um panorama sobre suas implicações; – 6. Referências bibliográficas.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela UNICAMP. Professor do Curso de Mestrado em Direito na UNIMEP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Conselheiro e Coordenador Pedagógico do curso de pós-graduação em Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral da Escola Judiciária Eleitoral Paulista – TRE-SP. Juiz Auxiliar de Gabinete no Supremo Tribunal Federal.

1. Direitos políticos e elegibilidade: distinção entre condições de elegibilidade e a inelegibilidade²

Não temos a pretensão de tratar sobre a evolução histórica do direito de participação política do cidadão brasileiro. Entretanto, não há como deixar de salientar que somente com a proclamação da República em nosso país é que passaram a ser considerados eleitores todos os cidadãos brasileiros no gozo dos seus direitos civis e políticos que soubessem ler e escrever, sepultando a partir daí os privilégios eleitorais do período monárquico.

Os direitos políticos do cidadão, como se sabe, implicam não só o direito de votar, decorrente da capacidade eleitoral ativa, mas também de ser votado, conhecido como capacidade eleitoral passiva. Pelo sistema constitucional brasileiro, como veremos a seguir, não há como se confundir condições de elegibilidade com hipóteses de inelegibilidade inata, eis que os Tribunais Superiores já assentaram que a nossa Lei Fundamental separou os dois institutos (elegibilidade e inelegibilidade).

A *elegibilidade* é a aptidão plena decorrente do preenchimento das condições impostas pela Constituição Federal para receber votos, ou seja, para participar de um certame eleitoral e de ser escolhido. Entretanto, não basta apenas o preenchimento das *condições de elegibilidade*, requisitos positivos. Para que o cidadão adquira o direito subjetivo público de ser elegível, de ter reconhecida a sua elegibilidade, deve também preencher os requisitos negativos, ou seja, não pode ser inelegível, não pode ser alcançado por qualquer das hipóteses de *inelegibilidade* descritas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

Incomoda-nos o fato de a maioria das obras nacionais enfocar muito mais as situações de inelegibilidade. Entretanto, não há como deixar de se entender isso, na medida em que as controvérsias quanto às condições de elegibilidade são em menor grau, eis que se encontram melhor definidas na Constituição Federal e na legislação eleitoral.

A elegibilidade, ou seja, o direito de ser elegível, passa a existir com o preenchimento das condições de elegibilidade (condições positivas) pelo cidadão e a ausência de hipótese de inelegibilidade (condições negativas).

As condições de elegibilidade encontram-se previstas no art. 14, § 3º, da CF/1988, quais sejam: (a) a nacionalidade brasileira (inc. I) – brasileiros natos ou naturalizados, observando-se o disposto nos incs. I e II do art. 12 da CF/1988³; (b) o pleno exercício dos direitos políticos (inc. II) – que implica a ausência de qualquer das hipóteses de perda ou de suspensão de direitos políticos, que decorre do efetivo alistamento válido e da ausência de qualquer uma das situações de perda ou de suspensão dos direitos políticos

² Parte deste trabalho foi originalmente publicado com título diverso: “Elegibilidade, condições de elegibilidade, inelegibilidade e a Lei da Ficha Limpa: fundamentalidade dos direitos políticos e a moldura constitucional”, na obra coletiva *Direito eleitoral e processual eleitoral*: temas fundamentais. Coord. Walter de Almeida Guilherme, Richard Pae Kim e Vladimir Oliveira da Silveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 97/132. Foram realizadas as modificações necessárias para a proposta desse tema.

³ Os cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República são privativos ao brasileiro nato, titular da nacionalidade primária (cf. art. 12, § 3º, da CF/1988), enquanto os demais cargos eletivos podem ser disputados e ocupados também por brasileiros naturalizados – nacionalidade secundária (cf. art. 12, II, da CF/1988). Também devem ser observados os termos do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) e do Tratado de Reciprocidade entre Brasil e Portugal (Dec. 70.391/72).

previstas no art. 15 da CF/1988⁴; (c) o alistamento eleitoral (inc. III) – e conforme estabelece o art. 9º da Lei das Eleições, para que o eleitor possa se candidatar, o tempo de alistamento na circunscrição deve ser de, no mínimo, um ano; (d) o domicílio eleitoral na circunscrição (inc. IV) – não se devendo olvidar que os requisitos estão previstos no art. 55 do Código Eleitoral no caso de transferência de domicílio⁵; (e) a filiação partidária (inc. V) – há pelo menos um ano antes da data fixada para o primeiro turno das eleições, ou seja, primeiro domingo de outubro, sendo o termo inicial o próprio dia fixado para as eleições, nos termos do art. 18 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos e conforme resposta à consulta n. 731/2001 do TSE; (f) e as idades mínimas, fixadas no inc. VI, dependendo de cada cargo público eletivo, devendo-se ter como referência a data da posse, e não do registro de candidatura, como estabelece o art. 11, § 2º, da Lei 9.504/1997 e conforme entendimento do TSE (REsp 22.900/MA, j. 20.09.2004).⁶

Há que se salientar que, no caso dos militares, a Constituição Federal deu tratamento especial a este grupo, posto que em seu art. 142, § 3º, V, estabeleceu que “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”. Entretanto, ao mesmo tempo, no seu art. 14, § 8º, restou estabelecido que:

O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições; I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Ou seja, não excluiu o militar da possibilidade de ter o direito de participar como candidato das eleições. Diante desse quadro constitucional, o TSE:

Interpretando construtiva e prospectivamente a Constituição, entende que a filiação partidária não é exigível do militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (TSE, Res. 22.156/2006, art. 12, § 1º). Não é necessário, neste caso, que o militar-candidato esteja filiado a partido, sendo suficiente que tenha cidadania ativa, ou seja, que esteja inscrito como eleitor, e tenha seu nome escolhido na convenção realizada pela agremiação pela qual pretende concorrer.⁷

⁴ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

⁵ O domicílio eleitoral é único, nos termos dos arts. 42 e 55, §§ 1º e 2º, do Código Eleitoral. No caso de transferência do domicílio eleitoral, há que se respeitar o prazo de um ano de inscrição primitiva e também o requisito da residência no novo domicílio há pelo menos três meses da data do requerimento e da entrada no pedido de transferência até 150 dias antes da data das eleições. O TSE, inclusive, tem exigido o vínculo afetivo no referido domicílio: “Para o Código Eleitoral, domicílio é o lugar em que a pessoa mantém vínculos políticos, sociais e econômicos. A residência é a materialização desses atributos”. (TSE, Ac. 4.769, j. 02.10.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

⁶ Não há como ser levada em condição a situação do menor de 18 anos de idade, emancipado, conforme julgado pelo TSE, REsp 20.059/TO, j. 03.09.2002.

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 124.

O direito de sufrágio, consistente na capacidade eleitoral ativa (direito político positivo) e na capacidade eleitoral passiva (direito político de ser eleito), será efetivamente atendido, desde que inexistente condição negativa de elegibilidade, ou seja, de inelegibilidade, como veremos nos tópicos seguintes deste trabalho que, desde já se salienta, não pretende esgotar a temática e tampouco adentrar, de forma detalhada, nas mudanças trazidas pela Lei da Ficha Limpa, diante da proposta deste artigo e da amplitude das questões controvertidas trazidas por essa Lei Complementar nº 135/10.

2. A fundamentalidade do direito de ser eleito e a questão dos princípios e as regras: conformação da elegibilidade

Como adverte Walber de Moura Agra, infelizmente:

Não existe ainda uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo. Esse neologismo nasceu pela necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo, no juspositivismo ou no jusnaturalismo.⁸

O neoconstitucionalismo ou o direito constitucional de nova geração veio a se desenvolver na Europa, na segunda metade do século XX. No Brasil, acabou por se configurar com a promulgação da Constituição de 1988, uma carta dirigente e fundada em princípios definidores de direitos já afirmados anteriormente e acrescidos dos novos direitos, como é o caso, por exemplo, do direito do consumidor e de uma tutela fundada na democracia e na solidariedade.

Esse fenômeno teve início com a Constituição Alemã de 1949, em especial, pela criação do Tribunal Constitucional Federal que acabou sendo instalado em 1951, e depois, pelas Constituições da Itália de 1947 (embora a sua Corte Constitucional somente tenha sido instalada em 1956), de Portugal no ano de 1976 e, ainda no continente europeu, da Espanha em 1978, que passaram a tratar em seus respectivos textos de diversos princípios e regras, cujo conteúdo jurídico passou a irradiar, com força normativa, todo o sistema jurídico, repercutindo não apenas aos três poderes, mas principalmente sobre as relações entre o Estado e os particulares e, também, nas relações entre particulares.

O neoconstitucionalismo tem insistido e potencializado com proveito teórico, todo um sistema de princípios que vem sendo inserido nas Constituições contemporâneas. A alternativa que propõe Ronald Dworkin, a um modelo de regras mencionado anteriormente por Hart, tem evoluído para um sistema centralmente constituído pelos princípios. Robert Alexy, quando contrapõe os termos “legalismo” e “constitucionalismo”, reconhece que aquele, diferente deste, enaltece as normas e rechaça princípios e valores, propondo assim uma mudança de paradigmas, a fim de que deixemos aquele sistema juspositivista puro de Kelsen e passemos a tratar, diante dos novos ordenamentos constitucionais, as normas como valores fundamentais na ciência do Direito. Zagrebelsky,

⁸ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 435.

na mesma sintonia, conclui que distinguir os princípios das regras significa, de um modo geral, distinguir a Constituição da lei, buscando com isto oficializar o que hoje já se entende como verdade a força normativa das constituições⁹.

Para Luigi Ferrajoli, o neoconstitucionalismo traz a renúncia à epistemologia de Kelsen e propõe uma ciência, dentro do novo sistema, que o professor italiano denomina “jurídica funcional”, diante do novo paradigma constitucional que traz um “papel crítico e construtivo”, além de descritiva do “ser” do direito, além de ser prescritiva de seu “dever ser” jurídico.¹⁰

Ronald Dworkin, por sua vez, sustenta que no direito estão os princípios que estabelecem o seu real conteúdo e que estes princípios podem e devem ser definidos como exigências de justiça, de equidade, ou de outra dimensão da moral. E podem ser assimilados aos direitos individuais, salientando que os juizes que deverão se utilizar dos argumentos principiológicos a fim de que os direitos do indivíduo possam se sobrepor aos objetivos coletivos e contra a ação estatal, evidentemente se ilegais, inconstitucionais.¹¹

No caso, não há dúvida de que a elegibilidade é um direito fundamental. Cuida-se de um direito subjetivo porque os direitos políticos são direitos públicos subjetivos fundamentais conferidos ao cidadão que propicia a sua participação nos negócios políticos do Estado. Ao contrário dos direitos individuais, consistentes em direitos de defesa, e dos direitos sociais, que são direitos a prestações positivas, os direitos políticos são direitos de participação (*status activus*) decorrentes do princípio democrático de direito, conforme as definições dadas por Jellinek no final do século XIX e utilizadas pela doutrina contemporânea.¹²

A nossa Constituição Federal não tratou de forma sistemática os direitos políticos. Pelo contrário. Veja-se que disciplinou de forma separada no seu Título II os direitos políticos, os direitos de nacionalidade e as normas relativas aos partidos políticos. Não fez referência aos direitos fundamentais políticos, embora implícitas as suas qualidades no art. 14, § 1º, inciso I, da CF, *verbi gratia*. Voltou a se referir sobre os direitos políticos no art. 68, § 1º, inciso II, ao proibir a delegação legislativa sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, além de outras menções dispersas sobre a matéria no seu corpo e acrescidas pela EC nº 32/01. Essa cisão entre os direitos de nacionalidade, de cidadania, direito ao sufrágio e a elegibilidade, direitos partidários e direitos eleitorais, foi arbitrária, tendo ressaltado Rogério do Nascimento que:

A realização do projeto comunitário de convivência independente e duradoura passa pela criação de uma ordem de status que atribua a condição de sujeito de direitos aos membros atuais e futuros do ente coletivo (tema da nacionalidade), pelo reconhecimento entre esses membros, da condição de parceiros de direito em uma associação livre, merecedores de proteção e dotados de meios jurídicos e materiais para reivindicar esta proteção (tema da cidadania). Esta condição prévia de pessoas de direito é indissociável do reconhecimento

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 61.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 80-83.

¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leandro. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

*do direito fundamental de participar, em igualdade de condições, da legislação e da investidura no poder de executar e fiscalizar a execução das normas (tema de direitos políticos), que por sua vez se materializam no processo eleitoral mediado pelos partidos políticos.*¹³

Os enunciados normativos constitucionais poderiam, sem dúvida alguma, ter sistematizado e capitulado adequadamente os direitos fundamentais políticos de forma a evitar debates mais acalorados na doutrina e nos tribunais a respeito da qualidade quanto à fundamentalidade de cada um dos espectros ligados à atuação política ativa ou passiva do cidadão, assim como daqueles ligados às atividades partidárias.

Ao tratar sobre a sua teoria dos direitos fundamentais, o professor Robert Alexy trouxe grande contribuição sobre a distinção entre princípios e regras e desenvolveu o conceito de mandados de otimização (ALEXY, 2008), salientando que princípios são normas que exigem algo que seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes e que, definidos desta forma, devem ser realizadas por completo¹⁴. As regras, embora devam também ser aplicadas de forma completa, não admitem a realização da ponderação, mas da sua subsunção, diante do raciocínio amplamente divulgado e aceito sobre o do “tudo ou nada”. É sabido que essa técnica ainda se encontra em discussão, inclusive na doutrina brasileira, capitaneada pelos escritos do jurista Humberto Ávila, que vê a possibilidade também de se ponderar, em determinadas situações, os conflitos existentes entre regras.

O sistema jurídico, composto por princípios e regras, possibilita ao intérprete da lei escolher entre os significados possíveis da norma. Um primeiro momento desse processo é o instante da interpretação da norma, quando se deve criar *uma moldura* dentro da qual “existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em

¹³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Direitos políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 732-733.

¹⁴ Parece-nos muito oportuna a colocação do professor Virgílio Afonso da Silva, que esclarece não residir o problema na existência de diversas definições sobre “os princípios” e tampouco o caso de se discutir qual definição é a mais correta, mas de escolher o sentido e os efeitos dentro do sistema jurídico do que se deve considerar como “princípio”. E, isto fica mais claro quando o autor justifica a sua colocação, da seguinte maneira, ao analisar as definições de princípios por autores como Robert Alexy, Celso Antônio Bandeira de Mello, J. J. Canotilho, Vital Moreira: “Mas, se se parte, por exemplo, da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que expressa bem o que o jurista brasileiro costuma entender por princípio, é preciso rejeitar a distinção de Alexy. Isso porque o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação. Isso fica claro quando alguns autores, a despeito de usarem distinção de Alexy como ponto de partida, elaboram classificação de princípios constitucionais que inserem, na categoria dos princípios, normas que, se coerentes com a forma de distinção proposta por Alexy, deveriam ser consideradas como regras. Nesse sentido, posicionei-me em artigo dedicado ao problema, nos seguintes termos: ‘(...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas norma são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras’” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36). Por isto é que entendemos que está mais do que na hora de se construir uma teoria mista, em que tenhamos os princípios não só como mandados de otimização, mas que contenham elementos vinculados a uma fundamentalidade. Buscaremos tratar sobre isto num outro trabalho.

qualquer sentido possível”, mas que ficam bem delimitados os seus limites e conteúdos¹⁵. É o que se tem denominado discricionariedade do legislador ou “margem de ação” do parlamento.

No instante da aplicação da norma, portanto, o Juiz, o destinatário do sistema interpretativo e verdadeiro autor da interpretação autêntica, nos moldes do pensamento de Kelsen, possui a liberdade para escolher, entre os vários significados possíveis, aquele que seja o mais apropriado para o caso concreto – não o único e o correto, mas o mais adequado à hipótese.

A tese sobre uma “Constituição moldura” de Bockenford, mesmo tendo recebido algumas críticas, no nosso entender se mostra adequada, pois explica a questão da validade das normas dentro de um sistema limitado pela própria Lei Fundamental. Embora os críticos a essa teoria vejam dificuldades na sua aplicação quando se adota a teoria externa de restrição dos direitos fundamentais, não parece existir dúvida de que a própria Constituição, embora estabeleça princípios de direitos individuais que devam ser aplicados de forma maximizada, traça, muitas vezes, os limites para esta restrição a possibilitar que o próprio legislador infraconstitucional, ou mesmo o administrador regulador, não se afaste dos parâmetros impostos pela lei maior. Isso fica também mais evidente nos direitos fundamentais sociais, quando os destinatários das obrigações constitucionais devem parametrizar as suas ações positivas, instituindo as políticas públicas de acordo com os ditames constitucionais pré-estabelecidos.

É evidente que o sistema normativo é dinâmico, mas não nos parece ser possível nos afastarmos da ideia de que a Constituição fixa os limites dos direitos, inclusive do que é restringível¹⁶ a garantir os núcleos constitucionais de uma determinada ação ou de um direito, em especial, no caso dos direitos fundamentais. Portanto, temos que, de um lado, os direitos fundamentais devem ter a máxima efetividade, mas por outro, a própria Constituição pode delimitar o máximo de sua restringibilidade.

Essa discussão nos parece importante para sustentarmos que, embora faça algum sentido a doutrina classificar as espécies de condições de elegibilidade ou condições de inelegibilidade como sendo constitucionais e infraconstitucionais, a interdependência entre as condições fixadas pela Constituição Federal e as regras infraconstitucionais são evidentes. Os princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais, em unidade válida dentro do sistema jurídico, constituirão os direitos políticos de cada cidadão. Desse modo, a elegibilidade de um indivíduo será determinada por todo o sistema (regime jurídico das condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade), e não somente pelos princípios e regras constitucionais.

Isto pode ser facilmente concluído pelas observações que fizemos no primeiro item deste trabalho, quando tratamos das condições de elegibilidade e salientamos que as normas constitucionais devem ser lidas em conjunto com as normas infraconstitucionais, ou seja, os incisos do art. 14, § 3º, da CF/1988 devem ser aplicados observando-se o teor das normas infraconstitucionais. E se estas estão sob o manto de validade da Constituição, devem ser sempre aplicadas como limites ou como elementos conformadores do direito discutido concretamente.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 466.

¹⁶ É o que em sede doutrinária o Min. Gilmar Mendes denomina limites dos limites (Schranken-Schranken), que cuidam da preservação do núcleo essencial do direito (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239).

3. Momento de aferição das condições de elegibilidade

Em regra, de acordo com a dicção do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), inserido pela Lei 12.034/2009, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. E, de acordo com a mesma norma, devem ser ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao pedido que afastem a inelegibilidade.

Entretanto, sabemos que essa regra não é absoluta, mas admite variações na sua aplicação, na medida em que, por exemplo, a Lei das Eleições, em seu art. 9º, estabelece que o alistamento eleitoral, domicílio eleitoral e a filiação partidária, devem ser aferidos com base no próprio dia do pleito.

Em relação à idade do candidato ao cargo a ser exercido, o momento de sua aferição será na ocasião da posse, conforme estabelece o art. 11, § 2º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). É a hipótese do candidato que é eleito para o cargo de vereador. A sua idade de 18 anos deve ser verificada.

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas durante o processo administrativo-judicial de registro da candidatura, conforme se extrai da Consulta 1.147/2010, tendo como relator o Min. Arnaldo Versiani, cujo trecho parcial, abaixo transcrito, revela a extensão deste ato:

Por isso, desde logo, adianto que considero irrelevante saber o tempo verbal empregado pelo legislador complementar, quando prevê a inelegibilidade daqueles que “forem condenados”, ou “tenham sido condenados”, ou “tiverem contas rejeitadas”, ou “tenham tido contas rejeitadas”, ou “perderem os mandatos”, ou “tenham perdido os mandatos”. Estabelecido, sobretudo, agora, em lei, que o momento de aferição das causas de inelegibilidade é o da “formalização do pedido de registro da candidatura”, pouco importa o tempo verbal. As novas disposições legais atingirão igualmente a todos aqueles que, repito, “no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”, incidirem em alguma causa de inelegibilidade, não se podendo cogitar de direito adquirido às causas de inelegibilidade anteriormente previstas.

O TSE decidiu recentemente sobre esse tema:

As inelegibilidades da LC 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato ou condenação seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não havendo, portanto, falar em retroatividade da lei. O prazo de inelegibilidade em hipóteses de crime contra o patrimônio público começa a fluir após a prescrição da pretensão executória (TSE, AgRg no RO 56641/TO, Min. Hamilton Carvalhido, DJe 23.02.2011).

Bem por isso que José Jairo Gomes, ao especificar as distinções da doutrina com base na concepção civilista do vocábulo termo, observa que o referido vocábulo deve

ser o evento futuro e certo para aferição da condição da elegibilidade, dando, inclusive, como exemplo, a impossibilidade de se admitir o registro de candidatura de interessado que esteja com seus direitos políticos suspensos por condenação criminal com trânsito em julgado e terá a provável extinção de punibilidade antes mesmo da data da eleição. Isto porque esse evento depende de decisão judicial e, por alguma razão, por exemplo, alguma hipótese de interrupção do cumprimento da pena, essa pena poderá não ser extinta antes da eleição¹⁷. Teríamos, na hipótese um evento incerto que causaria insegurança no sistema e a possibilidade de realização da eleição de um “candidato inelegível”.

Aliás,

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada eleição. O reconhecimento ou não de determinada hipótese de inelegibilidade para uma eleição não configura coisa julgada para as próximas eleições (TSE, REsp 36.038/AL, Min. Henrique Neves, DJe 15.09.2011, p. 28-29).

4. Inelegibilidade, seu conceito e o momento de sua aferição

Com o devido respeito a algumas críticas, parece-nos ainda atual e adequado o conceito de inelegibilidade apresentado pelo Min. Moreira Alves, no sentido de que as inelegibilidades são impedimentos ao registro e participação como candidato em determinada eleição, que devem ser observados caso não tenham já sido afastados por quem preencheu os pressupostos de elegibilidade ou, caso supervenientes ao registro, ou ainda, se os impedimentos forem de natureza constitucional, devem servir de fundamento à impugnação de sua diplomação, caso tenha sido eleito.¹⁸

Assim, entendemos ser suficiente concluir que a inelegibilidade cuida-se de impedimento à elegibilidade do candidato ou à sua permanência, enquanto diplomado, no cargo que tenha assumido.

Há que se entender que algumas classificações de inelegibilidade que encontramos na doutrina não fazem muito sentido, mesmo porque não trazem em si consequências jurídicas distintas. É o caso das classificações, por exemplo: quanto à forma; que distingue inelegibilidades *lato sensu* da *stricto sensu*; quanto à espécie; que separa as situações de falta de condições de elegibilidade, de incompatibilidades e de inelegibilidade propriamente dita; entre outras.

Também não se vê sentido em classificar as inelegibilidades como sendo constitucionais e infraconstitucionais, na medida em que, como salientado no item anterior, o conteúdo do direito à elegibilidade ou os impedimentos ao seu exercício decorrem da conformação das normas infraconstitucionais com aquelas constitucionais que lhes dão validade. Também não há como deixar de se salientar que o art. 14, § 9º, da CF/1988 fixou, após a ECR 04/1994, de forma expressa, que somente a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger

¹⁷ GOMES, José Jairo. Op. cit., 2011, p. 142-143.

¹⁸ ALVES, José Carlos MOREIRA. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco. *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976. p. 225-232.

a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressiva 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. Portanto, no nosso entender, todas as hipóteses de inelegibilidade são constitucionais, em obediência à moldura constitucional. Cuida-se, no caso, de norma de eficácia contida, pois restringe os direitos políticos fundamentais.

Aliás, para reforçar esse argumento, não há como deixar de salientar que o art. 11 e os incisos da Lei 9.504/1997¹⁹, portanto, lei ordinária, complementam os dispositivos constitucionais que tratam das condições de elegibilidade ao fixarem os documentos exigidos para o registro de candidatura. E o descumprimento dessas regras levará fatalmente o indeferimento do registro. Portanto, o sistema (constituído de normas constitucionais e infraconstitucionais) é que definirá as condições de elegibilidade e os casos de inelegibilidade, o que em tese impediria a necessidade da referida classificação.

Entretanto, embora não se consiga aceitar, sob os argumentos doravante delineados, a necessidade da distinção entre inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais (legais), não há como se negar que a doutrina e a jurisprudência mantêm a classificação, como salientado por José Jairo Gomes:

*A distinção que se faz entre inelegibilidades constitucionais e legais não é cerebral, apresentando inegável relevância prática. Basta dizer que não há preclusão quanto às primeiras, as quais podem ser arguidas na fase do registro de candidatura ou posteriormente, antes ou depois das eleições. A arguição posterior pode ser feita no RCED (CE, art. 262, I). Já as inelegibilidades legais sujeitam-se à preclusão se não forem levantadas na fase de registro de candidatura. Ultrapassado esse momento, não mais poderão ser discutidas, salvo se supervenientes.*²⁰

A classificação mencionada por Pinto Ferreira (1999, p. 178) e Alexandre de Moraes (2002, p. 546), deixa claro que o caráter absoluto ou relativo da inelegibilidade está relacionado ao grau de transitoriedade e não está relacionado com determinada característica pessoal daquele que pretende se candidatar, mas consiste em restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em especial, por estarem previstas em norma infraconstitucional, o que autorizaria a fixação de um prazo preclusivo, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência tem sustentado ser constitucional o disposto no art. 3º da LC 64/1990, que dispõe que:

¹⁹ “I – cópia da ata lavrada em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, da realização da convenção em que o candidato foi escolhido; II – autorização do candidato, por escrito; III – prova de filiação partidária, há pelo menos um ano antes das eleições; IV – declaração de bens, assinada pelo candidato; V – cópia do título eleitoral ou certidão, fornecida pelo cartório eleitoral, de que o candidato é eleitor na circunscrição ou requereu sua inscrição ou transferência de domicílio no prazo de um ano antes das eleições; VI – certidão de quitação eleitoral; VII – certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual; VIII – fotografia do candidato, nas dimensões estabelecidas em instrução da Justiça Eleitoral, para constar no painel da urna eletrônica; IX – se for candidato a Prefeito, ou a Governador de Estado e ou a Presidente da República, terá que apresentar as propostas que defende. [Incluído pela Lei 12.034/2009.]”

²⁰ GOMES, José Jairo. Op. cit., 2011, p. 131.

Caberá a qualquer candidato, a partido político²¹, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada. § 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

O TSE tem consolidado o entendimento de que nas hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais, haverá preclusão caso a impugnação não seja ofertada no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, a saber:

Registro de candidatura. Perda de mandato (art. 1º, I, b, da LC 64/1990). Impugnação não oferecida no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, a que se sujeita, também, o Ministério Público. Conhecimento de ofício da matéria. Inviabilidade, na espécie, por se tratar de causa de inelegibilidade infraconstitucional. Precedentes. Recurso provido. Sujeita-se o Ministério Público ao prazo do art. 3º da LC 64/1990, para o oferecimento de ação de impugnação de registro de candidatura. Não se conhece de ofício de matéria relativa a causa de inelegibilidade infraconstitucional (TSE, REsp Eleitoral 20.178, j. 17.09.2002, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, RJTSE vol. 14, t. IV, p. 186).

Registro. Quitação eleitoral. Não apresentação de contas de campanha relativas à eleição de 2008. Averiguada a ausência de prestação de contas alusivas ao pleito de 2008, reconhece-se a falta de quitação eleitoral do candidato. A apresentação de contas de campanha preterita apenas após o pedido de registro de candidatura em eleição subsequente enseja o reconhecimento da falta de quitação eleitoral do candidato, dada a manifesta extemporaneidade do cumprimento da respectiva obrigação legal. O art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997 expressamente estabelece que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura. Agravo regimental não provido (TSE, AgRg em REsp Eleitoral 107.745, j. 15.09.2010, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares).

A matéria relativa à duplicidade de filiação partidária é infraconstitucional e deve ser arguida em impugnação ao registro de candidatura, sob pena de preclusão, não podendo posteriormente ser suscitada em recurso contra expedição de diploma. A jurisprudência da Casa tem interpretado restritivamente o art. 262, I, do Código Eleitoral, admitindo o recurso contra expedição de diploma tão somente nas

²¹ “Registro de candidatura. Eleições 2010. Senador. Legitimidade recursal. Mérito. Aplicação imediata da LC 135/2010. Causa de inelegibilidade. Art. 1º, I, d e h, da LC 64/1990. Configuração. Partido integrante de coligação não possui legitimidade para atuar isoladamente no processo eleitoral, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei 9.504/1997. Não possui legitimidade para recorrer da decisão que deferiu o pedido de registro de candidatura a coligação que não o impugnou. Incide, pois, à espécie, o disposto na Súmula 11 do C. TSE: ‘No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional’ (...) A coligação que não impugnou o pedido de registro de candidatura não pode ingressar no feito na qualidade de assistente, em razão do disposto na Súmula 11/TSE. Precedentes.” (TSE, RO 60.283, j. 16.11.2010, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior).

hipóteses de inelegibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento (TSE, AgRg em REsp Eleitoral 25.394, j. 04.04.2006, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ 12.05.2006, p. 144).

Registro – Impugnação – Extemporaneidade – Recurso. A via recursal não pode ser eleita como uma segunda oportunidade a impugnação ao registro, uma vez ocorrida esta última a destempo. A hipótese é semelhante à relativa à ausência de impugnação. Pertinência do verbete n. 11 que integra a súmula da jurisprudência predominante desta corte: “No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional” (TSE, REsp Eleitoral 11997, j. 02.08.1994, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, RJTSE vol. 6, t. III, p. 265).

A *contrario sensu*, portanto, a jurisprudência e a doutrina tem firmado entendimento de que somente as inelegibilidades expressamente previstas nos arts. 14 e 15 da CF/1988 podem ser arguidas a qualquer tempo (exceto aquelas estabelecidas por lei complementar nos termos do § 9º). Assim, as inelegibilidades emanadas diretamente da Constituição podem ser arguidas por meio de impugnação ao registro da candidatura e caso ultrapassada a fase do processo eleitoral, sem qualquer alegação, ainda poderão ser apresentadas perante a Justiça Eleitoral pelo recurso contra a diplomação, com fundamento no art. 262, I, do Código Eleitoral.

5. Espécies de inelegibilidade

Na medida em que os efeitos da inelegibilidade são sempre os mesmos - impedimento do cidadão de participar e de assumir (ou de se manter em) cargo eletivo, dependendo sempre do caso concreto, e porque podemos observar que a única classificação que faz sentido decorre das razões da inelegibilidade, passaremos a analisar cada uma das hipóteses de inelegibilidade fixadas pelo conjunto normativo, sem adentrarmos, como já salientado, nas inúmeras hipóteses específicas trazidas pela Lei da Ficha Limpa, diante da proposta deste artigo. Vejamos, assim, os principais casos de inelegibilidade, não se devendo olvidar que o descumprimento das condições de elegibilidade não pode ser confundido com as causas de inelegibilidade.

5.1 Inelegibilidade dos inalistáveis e dos analfabetos

Estas hipóteses estão expressamente previstas no art. 14, § 4º, da CF/1988. São inelegíveis os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos e os privados temporariamente dos seus direitos políticos. Por sua vez, os analfabetos são inelegíveis conforme este dispositivo constitucional e a alínea *a* do inc. I do art. 1º da LC 64/1990, que regulamentou § 9º do referido art. 14.

A jurisprudência tem permitido a candidatura ao semialfabetizado, ou seja, daquele que tem condições de escrever e até de ler um bilhete (TSE, AC 13.379, de 24.09.1996, rel. Min. Nilson Naves). Portanto, a *contrario sensu*, somente o analfabeto funcional é que será considerado inelegível. Assim, há a possibilidade de verificação de alfabetização,

pelo Juiz eleitoral durante a fase do registro de candidatura, restando vedado o constringimento do exame coletivo.

O TSE, inclusive, vem entendendo que o candidato, ainda que tenha ocupado cargo eletivo anteriormente, se não comprovar ser ele alfabetizado e não passar no referido exame, deve ser considerado inelegível (TSE, AC 13.060, j. 16.09.1996, rel. Min. Nilson Naves).

5.2 Inelegibilidade nos casos de reeleições e pela ausência de desincompatibilização para a reeleição

Os Chefes do Poder Executivo, conforme dicção do art. 14, § 5º, da CF/1988, no caso de se candidatar à reeleição ao mesmo cargo, além dos que os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos, poderão ser reeleitos para um único período subsequente. Portanto, a regra atinge também os Vices para a sua reeleição ao mesmo cargo, para um único mandato. Caso o Vice tenha substituído ou sucedido o Chefe do Executivo nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral, poderá mesmo assim concorrer ao mandato eletivo como Chefe do Executivo, pois não se trata de reeleição ao mesmo cargo (TSE, Ac 17.568, de 03.10.2000). A impossibilidade de um terceiro mandato ao mesmo cargo também fica evidente, mesmo para o caso de transferência de domicílio, por exemplo, do Prefeito para um outro município. O caso dos chamados prefeitos “itinerantes” já tem sido objeto de julgamentos nos Tribunais Eleitorais, inclusive pelo TSE, que deixou bem claro que não se pode, mediante prática de ato formalmente lícito (mudança de domicílio eleitoral), alcançar finalidades incompatíveis com a Constituição: a perpetuação no poder e o apoderamento de unidades federadas para a formação de clãs políticos ou hegemonias familiares, pois o princípio republicano nos obriga a interpretar que somente é possível eleger-se para o cargo de prefeito municipal por duas vezes consecutivas, tão somente (TSE, REsp 32.539, j. 17.12.2008, rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira).

Hoje, estranhamente, os Chefes do Executivo só devem se desincompatibilizar, ou seja, devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito, nos termos do art. 14, § 6º, da CF/1988, *caso pretendam concorrer a outros cargos*. Embora essa regra não faça referência aos Vices, mesmo porque com a desincompatibilização dos Chefes haveria a necessidade lógica de o Vice vir a assumir o cargo do titular, o fato é que essa regra também acaba sendo aplicada parcialmente a estes, também por conta do que estabelece o art. 1º, § 2º, da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), com exceção ao próprio cargo de Prefeito, Governador ou de Presidente da República (cf. Res. 20.889/2001 do TSE).

Nos casos de mandato “tampão” ou de assunção interina do mandato político de Chefe do Poder Executivo pelo respectivo Presidente do Poder Legislativo, o TSE já decidiu pelo afastamento de hipótese de inelegibilidade. Vejamos o seguinte julgado:

Registro de candidatura – Candidato que, presidente da Câmara Municipal, ocupou interinamente o cargo de prefeito na eleição suplementar – Elegeu-se – Reelegeu-se nas eleições 2000 – CF/1988, art. 14, § 5º. A interinidade não constitui um “período de mandato antecedente” ao período do “mandato tampão”. O “período de

mandato tampão” não constitui um período de “mandato subsequente”, ao período de interinidade. O período de interinidade, assim como o “mandato tampão” constituem frações de um só período de mandato. Não houve eleição para um terceiro mandato (TSE, REsp Eleitoral 18.260, j. 21.11.2000, rel. Min. Nelson Jobim).

5.3 Inelegibilidade pelo descumprimento dos prazos de desincompatibilização

Incompatibilidade é o impedimento que decorre do exercício de cargo, emprego ou funções públicas do agente que, embora no exercício do gozo de seus direitos públicos, o torna impossibilitado de se candidatar para evitar comprometimentos no exercício eficiente e moral de atuar junto à Administração Pública. Para que este agente possa se candidatar, o sistema eleitoral exige que se desincompatibilize. E o art. 1º, II a VII, da LC 64/1990 estabelece os casos de inelegibilidade caso a desincompatibilização não ocorra nos meses anteriores à data da eleição, que variam de três a seis meses.

Tudo dependerá do cargo a que o candidato pretenda se eleger. Não haverá espaço para descrevermos e tratarmos com detalhe cada uma das hipóteses de desincompatibilização, que dependendo do seu vínculo com o Estado, poderá ser definitiva ou temporária. É o que a doutrina denomina inelegibilidades legais relativas em função do cargo.²²

Isto serve, inclusive, para ocupantes de cargos de livre nomeação, demissíveis *ad nutum*, bastando o afastamento de fato (TSE, RO 541, j. 03.09.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, red. designado Min. Fernando Neves). Entretanto, os ocupantes de cargo de comissão, por tempo certo, ou seja, os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, têm o direito à percepção dos seus vencimentos integrais (cf. art. 1º, II, I, da LC 64/1990 – Lei de Inelegibilidades), ressalvada a hipótese prevista no art. 1º, II, b, da Lei de Inelegibilidades, ou seja:

Os que tenham exercido, nos seis meses anteriores à eleição, nos Estados, no Distrito Federal, Territórios e em qualquer dos poderes da União, cargo ou função, de nomeação pelo Presidente da República, sujeito à aprovação prévia do Senado Federal,

Que reclama afastamento definitivo (cf. Res. 14.355, de 31.05.1994, rel. Min. Pádua Ribeiro).

²² Vide interessante resumo de inelegibilidades, com os prazos de desincompatibilização, elaborado por Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (*Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 658-662) e a tabela de desincompatibilização para prefeito (disponível em: <<http://www.tre-sp.gov.br/legislacao/desincompatibilizacao/2012.pdf>>, acesso em: 15 maio 2012).

5.4 Inelegibilidade reflexa por motivos de vínculo familiar (parentesco por consanguinidade, por adoção, por afinidade até o segundo grau e pelo matrimônio ou união afetiva ou mesmo homoafetiva)

O art. 14, § 7º, da CF/1988, ao estabelecer que:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição,

Buscou evitar o “nepotismo eleitoral” a instituição de dinastias políticas e o uso indevido da máquina administrativa.

Esse dispositivo deve sempre ser aplicado de forma conjunta e sistemática com os §§ 5º e 6º do art. 14 da CF/1988.

É fato que o Chefe do Executivo, caso esteja no seu primeiro mandato e se desincompatibilize seis meses antes da eleição, acaba por liberar o seu parente para fins de sucessão a este mandato eletivo. Caso contrário, não será possível a sua sucessão. Na hipótese de ter sido reeleito o Chefe do Executivo para o segundo mandato, o seu parente não poderá candidatar-se ao cargo de Vice deste cargo, ainda que tenha havido ocorrido o afastamento definitivo, diante da possibilidade de vir a substituir ou de suceder o titular, violando, assim, a intenção da regra constitucional (TSE, Res. 20.931, de 20.11.2001, rel. Min. Garcia Vieira).

O TSE deu nova interpretação à sua Súmula 6, ao decidir que “o cônjuge e os parentes do chefe do Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e estiver afastado definitivamente até seis meses antes do pleito” (vide art. 13 da Res. 21.608/2004 do TSE).

Pela leitura rápida do dispositivo constitucional, poderíamos concluir que a inelegibilidade de parentes vincularia apenas aos cargos de Chefe do Executivo e não a outros cargos. Entretanto, o TSE tem dado interpretação restritiva ao termo jurisdição, entendido como “circunscrição eleitoral” e tem considerado inelegíveis todos os cônjuges e os parentes: do Presidente da República para qualquer cargo no território nacional; do Governador para o cargo de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual no Estado de jurisdição do titular, bem como para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador em todos os municípios de seu Estado; e, do Prefeito, para o cargo de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador no município de jurisdição do titular.²³

A inelegibilidade dos parentes por consanguinidade e por adoção vai até o segundo grau (pais, avós, filhos – inclusive os adotivos –, netos e irmãos), assim como o parentesco por afinidade (sogro, sogra, sogro-avô, sogra-avó, genro, nora, genro-neto, nora-neta, cunhado e cunhada) e como cônjuge, deve ser entendido também a companheira

²³ CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, C. A. Op. cit., p. 634.

e até mesmo a união afetiva e homoafetiva, em que no nosso entender, haja a prova da constituição de família (TSE, Ac 24.564/2004) e não de simples namoro.

Não se poderá ampliar para os “afins dos afins”, pois os afins dos cônjuges não são afins entre si, podendo, por exemplo, o concunhado do Prefeito vir a concorrer ao Poder Executivo Municipal na mesma circunscrição.

No caso de viuvez, uma vez que tenha sido dissolvida a sociedade conjugal em virtude da morte, não subsiste a inelegibilidade da mulher do Prefeito (TSE, Ac 12.685, de 22.08.1992, rel. Min. José Cândido). E, no caso de ter havido a dissolução da sociedade conjugal durante o exercício do mandato, não afasta a regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF/1988 (STF, RE 568.596/MG, j. 01.10.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Na hipótese de dois irmãos ocuparem cargos em um município, um como vereador e outro como Prefeito, entendemos ser viável o edil concorrer à reeleição, pois não há impedimento do irmão vereador concorrer à reeleição diante do que prevê o § 7º do art. 14 da CF/1988 (vide RE 409.459 do STF – rel. Gilmar Mendes).

5.5. Inelegibilidade pela má gestão e situação de liquidação de estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro

Ainda temos dentro do rol de inelegibilidades a hipótese da alínea *i*, cujo texto não sofreu alterações pela Lei da Ficha Limpa e reconheceu a inelegibilidade aos que:

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

A essas instituições não se aplica o disposto na Lei 11.101/2005 e a inelegibilidade só cessará quando cumpridas todas as obrigações remanescentes a serem atendidas pelos liquidantes e as responsabilidades pessoais dos destinatários desta norma.

5.6. Lei da Ficha limpa e panorama sobre suas implicações

A LC 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, aplica-se aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere esta nova lei complementar, pelo efeito da retroatividade. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de qualquer agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato.

Pela dicção do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997, inserido pela Lei 12.034/2009:

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Há que se respeitar, no entanto, um limite temporal que é a diplomação. Portanto, o trânsito em julgado de uma sentença ou acórdão, ou mesmo o julgamento de órgão colegiado de decisão condenatória, de qualquer das hipóteses previstas no art. 1º, I, d e e, da Lei de Inelegibilidades, por exemplo, após a diplomação, não poderão autorizar a cassação do mandato do candidato sob pena de afastar o resultado da decisão do povo, detentor do Poder, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF/1988, sendo este um dos princípios fundamentais (Título I) de nosso País.

Como as questões sobre inelegibilidade podem ser conhecidas até o termo acima mencionado²⁴, da mesma maneira, as questões relativamente à elegibilidade, também podem sê-las. Isso significa que, caso o candidato venha a ser absolvido em processo judicial ou mesmo administrativo²⁵ – dependendo da hipótese de inelegibilidade arguida em processo de impugnação de registro de candidatura – durante o andamento do pleito eleitoral, até a fase da diplomação, deve ser reconhecido o seu direito à plena participação na respectiva eleição, se ainda for tecnicamente possível. É evidente que isso só será cabível caso as condições de elegibilidade tenham sido cumpridas e exista a possibilidade de reconhecimento, por meio de instrumento processual específico, a sua elegibilidade superveniente.

Como se sabe, os instrumentos jurídicos existentes no sistema eleitoral para se analisar a existência ou não da inelegibilidade de um candidato são as a AIRC – Ação de Impugnação de Registro de Candidato (art. 3º da LC 64/1990); a AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral (arts. 19 a 22 da LC 64/1990); e o RCED - Recurso Contra Expedição de Diploma (art. 262, I, do Código Eleitoral).

Tendo em vista que o Colendo TSE tem como consolidado, como já mencionado, o entendimento de que nas hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais, haverá preclusão caso a impugnação não seja ofertada no prazo previsto no art. 3º da LC 64/1990, ou seja, por meio de impugnação ao registro de candidatura (RJTSE 14/186), não haverá, no nosso entender, como se reconhecer a elegibilidade por fatos ou elementos jurídicos supervenientes se não estiver em andamento este processo. Entretanto, se esta ação tiver sido definitivamente decidida, com o reconhecimento da inelegibilidade pelo alcance da Lei da Ficha Limpa, o candidato não terá como participar da eleição sob este caráter, ainda que posteriormente tenha sido beneficiado por um julgamento de absolvição por um Tribunal Superior ou em uma revisão administrativa, por exemplo.

²⁴ “Inelegibilidade do art. 1º, I, d, da LC 64/1990. Condenação do candidato por abuso de poder político e de autoridade. Julgamento ocorrido após a formalização do pedido de registro de candidatura. Conhecimento de ofício pelo acórdão do Tribunal Regional Eleitoral, que julgou as ações de impugnação ao registro de candidatura. Impossibilidade. Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade que devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. Atendimento à norma do art. 11, § 10, da Lei 9.504/1997.” (TSE, RO 174.202/MT, j. 15.12.2010, Min. Carmen Lúcia)

²⁵ Conforme já decidido pelo TSE, a prolação de sentença que anula o ato de demissão afasta a incidência da cláusula de inelegibilidade capitulada no art. 1º, I, o, da LC 64/1990 (TSE, REsp 245.472, j. 15.09.2011, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, DJe 20.10.2011, p. 60).

Também não há que se olvidar que o novo art. 26-C da Lei de Inelegibilidades possibilitará que o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inc. I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão. Este será uma garantia de que aquele que, conseguindo comprovar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, consiga garantir a sua participação nas eleições e caberá obrigatoriamente à Justiça Eleitoral acatar a decisão, eventualmente, até de outra jurisdição. A lei fixou a competência específica para decidir sobre este pedido, não podendo a autoridade judicial eleitoral que tiver competência para julgar o pedido de registro de candidatura ou da impugnação ao registro assumir para si autoridade para decidir o pedido de suspensão dos efeitos da inelegibilidade.

Ainda, no entender deste autor, embora o art. 26-C da Lei de Inelegibilidades tenha em sua última parte afirmado que o interessado poderá, em caráter cautelar, buscar a suspensão de sua inelegibilidade “desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”, não poderá ter negada a apreciação do pedido junto ao órgão judicial competente (em especial, caso tenha sido escolhido em Convenção do partido político a que se encontra filiado para ser candidato em determinada eleição, pois a partir daí teríamos consolidado o efetivo interesse jurídico de participar como candidato).

Basta analisarmos a hipótese em que este candidato tenha contra si condenação em ação de improbidade administrativa mantida ou decretada pelo Tribunal de Justiça de um Estado federado, antes mesmo da entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa e não tenha sido julgado ainda o recurso especial pelo STJ. Nesse caso, como evidentemente não requereu quando da interposição do recurso a suspensão da inelegibilidade, nada obstará que ele solicitasse junto ao STJ a análise do referido pleito. Acreditamos que este seja o entendimento a garantir não só o direito subjetivo do candidato de exercer o direito de petição como também de ter respeitado o direito político que preencha os requisitos do art. 26-C, primeira parte.

Muitos argumentarão que esse dispositivo pode transformar em tábua rasa o sentido da Lei da Ficha Limpa e violar o princípio geral da segurança jurídica, inclusive das eleições. Entretanto, na ponderação dos princípios, no nosso entender, há que prevalecer como resultado do sopesamento a garantia dos direitos fundamentais individuais.

É evidente que o direito de participar de uma eleição, como candidato, só poderá ser exercido se este conseguir a tutela cautelar de suspensão da inelegibilidade, obter a comunicação oficial à Justiça Eleitoral competente para decidir a questão do registro de candidatura e conseguir que a decisão consistente no deferimento da candidatura seja proferida até o momento em que operacionalmente seja possível inserir o seu nome, como candidato, no Sistema de Candidaturas (ou seja, até que o sistema se encontre aberto), desde que ainda não tenha sido decidido definitivamente pelo indeferimento do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral.

Haverá, ainda, quem possa argumentar que em havendo a possibilidade prática de ser inserido o nome do candidato nas mídias e antes destas serem incluídas nas urnas eletrônicas haverá, até o referido momento, o interesse jurídico do(a) candidato(a) de ver efetivado o seu direito de participar da eleição. Não há que se olvidar, no entanto, que pelo que dispõe os arts. 56 a 60 da Res. 23.221/2010 do TSE, possível se faz a

substituição do candidato que tiver seu registro indeferido, inclusive por inelegibilidade, além das demais hipóteses previstas na Lei 9.504/1997, art. 13, *caput*; LC 64/1990, art. 17; Código Eleitoral, art. 101, § 1º. Com fundamento nesses dispositivos legais, poderíamos concluir, por analogia, que operacionalmente, poderá o candidato, aprovado em Convenção e que esteja com as suas condições de registro sub judice, buscar o deferimento do registro pela obtenção do reconhecimento de sua elegibilidade até a data em que for possível, pelo calendário eleitoral, a inserção de seu nome nas mídias e estas nas urnas eletrônicas. O texto do novo art. 13, § 3º da Lei 9.504/1997, alterado pela minirreforma eleitoral, Lei nº 12.891/13, não aplicado para as eleições majoritárias de 2014 por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, aparentemente estabeleceu o prazo referido ao estabelecer que:

Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo.

A minirreforma, ao que parece, adotou essa interpretação. Entretanto, o prazo não parece ser suficiente para a normalidade do processo eleitoral, pois ainda assim poderá haver uma desestabilização do processo de escolha, violando a segurança jurídica e criando-se com isto manobras políticas a tomar de surpresa não só a população como também os adversários dos candidatos substituído e substituto, seja porque existem os outros prazos fixados pela Lei 9.504/1997 e pela Lei 12.034/2009 a serem obedecidos, seja porque necessário um prazo adequado para o convencimento político do eleitor.

Ademais, a substituição tem como legitimado ativo o partido ou a coligação e, assim, há que se dar a oportunidade para que o partido possa fazer a melhor opção, de garantir que aquele que tenha efetivas condições de ser eleito, com o preenchimento de todos os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais, possa exercer o mandato caso eleito. Melhor seria que a substituição só viesse a ser possível com um prazo superior a trinta dias anteriores à data do pleito.

Também não há que se olvidar que mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput* do art. 26-C da LC 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos à parte recorrente (§ 2º) e os votos daquele que conseguiu participar da eleição como candidato devem ser considerados nulos. Assim, espera-se que seja aplicado, com absoluta cautela, este dispositivo inserido pela LC 135/2010.

Sobre a sustação dos efeitos da decisão que suspende direitos políticos e os aspectos do julgamento, o entendimento do TSE:

Condenação por ato doloso de improbidade administrativa. Inelegibilidade. Art. 1º, inc. I, alínea I, da LC nº 64/90. Suspensão. Art. 26-C da LC nº 64/90. O candidato obteve, nos termos do art. 26-C da LC nº 64/90, provimento liminar proferido pelo Presidente da Seção de Direito Público do TJSP o qual sustou os efeitos da decisão que o condenou à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, razão pela qual não incide a causa de inelegibilidade prevista na alínea I do inc. I do art. 1º da LC nº 64/90. Este Tribunal,

ao apreciar a questão de ordem na Ação Cautelar nº 1420-85, definiu que a regra do art. 26-C, caput, da LC nº 64/90 – a qual estabelece que o órgão colegiado do tribunal competente poderá suspender, em caráter cautelar, a inelegibilidade – não exclui a possibilidade de o relator, monocraticamente, decidir as ações cautelares que lhe são distribuídas. Tal entendimento foi reafirmado no julgamento do REspe nº 527-71/SP, rel. Min. Dias Toffoli, PSESS em 13/12/2012, ao se assentar que ‘a concessão de efeito suspensivo pelo Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça ao recurso especial interposto contra o acórdão do TJ que manteve a condenação por improbidade administrativa é apto para suspender a inelegibilidade, a teor do art. 26-C da LC nº 64/90’. De igual modo, esta Corte também já julgou que, ‘independentemente de a questão ter sido tratada expressamente na decisão liminar’, seria possível afastar a inelegibilidade nos termos do art. 26-C da LC nº 64/90. (TSE, AgR-REspe nº 687-67/SP, da relatoria do Min. Arnaldo Versiani, PSESS no dia 30/10/2012).²⁶

Se os efeitos de decisão de TSE estão suspensos por força de cautelar deferida por esta Corte Superior, dada a plausibilidade e relevância da questão relativa à nulidade de investigação judicial, por ausência de citação de vice-governador, não há como se reconhecer efeitos que possam decorrer da respectiva decisão colegiada, até mesmo para fins de eventual inelegibilidade do art. 1º, I, j, da LC nº 64/90, dada a condenação por captação ilícita de sufrágio. O § 2º do art. 26-C da LC nº 64/90 expressamente estabelece que o deferimento do registro, na hipótese de concessão de cautelar sustando os efeitos da condenação, fica condicionado ao deslinde do recurso interposto contra a decisão colegiada ou à manutenção da liminar concedida, razão pela qual, nessas hipóteses, deve o pedido de registro ser deferido sob condição.²⁷

É evidente que muitas batalhas nos tribunais e na doutrina serão travadas em virtude da promulgação da Lei da Ficha Limpa, mas não temos qualquer dúvida de que o grande avanço alcançado não pode vir a retroagir, pois, nas palavras do Min. Luiz Fux:

Nesse caso, impende prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo, até porque a previsão do art. 14, § 9º, vigente, estabeleceu disposição constitucional – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivo para que o legislador complementar estabeleça restrições à elegibilidade com base na vida pregressa do candidato, desde que direcionadas à moralidade para o exercício do mandato”.

Esperamos que todos, inclusive os partidos políticos venham a entender a importância desta lei no processo de moralização de nossa política.

²⁶ (TSE, AgR-Respe nº 28152, ac. 21/03/2013, rel. Min. Henrique Neves, DJE 13/5/2013).

²⁷ (TSE, AgR-RO nº 125963, ac. 28/10/2010, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS, 28/10/2010).

Referências Bibliográficas

- AGRA, Welber de Moura. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- ALEXU, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2008.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. Pressupostos da elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco. *Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Balleiro*. DF: UnB, 1976.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, C. A. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral comentado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coord.). *Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KIM, Richard Pae. Elegibilidade, condições de elegibilidade, inelegibilidade e a Lei da Ficha Limpa: fundamentalidade dos direitos políticos e a moldura constitucional. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coord.). *Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97/132.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo; TAVARES, A. R. *Vade-mécum: integrado com resoluções, súmulas e jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 723-739.

CAGGIANO, Mônica Herman (Org.). *Ficha Limpa: impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Niterói: Impetus, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; RIPARI, Vanessa Toqueiro. A cidadania regional americana e o ordenamento jurídico brasileiro. *Diálogos & Debates*, ano 9, n. 4, ed. 36, p. 22-28, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1995.