

A LEI DA “FICHA LIMPA” : UMA RESPONSABILIDADE PROSPECTIVA? A QUE PREÇO?*

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas**

RESUMO: A nova Lei de inelegibilidades brasileira, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, rompe com a regra da presunção de inocência ao permitir que possíveis candidatos que sejam condenados por decisões das quais caiba recurso sejam impedidos de se candidatar. Nosso objetivo nesse trabalho é verificar se essa nova forma de inelegibilidade incorpora uma forma de responsabilidade prospectiva, reclamada pela nova sociedade de risco, que não se preocupa apenas em atribuir efeitos a fatos passados, mas foca na prevenção de fatos futuros. Para tanto utilizamos o conceito de responsabilidade pela função de H. Hart, tal como concebido por Guido Gorgoni. Em seguida verificamos se, na busca de prevenir o mau candidato, a Lei não foi longe demais, colocando outros valores em jogo, como os direitos políticos e a própria democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da Ficha Limpa. Inelegibilidade. Responsabilidade Prospectiva. Responsabilidade pela função. Presunção de inocência. Constituição. Democracia.

Introdução

Aprovada em junho de 2010, e já aplicada às eleições brasileiras de outubro do mesmo ano, a chamada Lei da ‘Ficha Limpa’ impede a candidatura de políticos condenados (em processos de distintas naturezas, incluindo julgamentos por Cortes de Contas), ainda que de forma não definitiva - esta a grande (mas não única) novidade - e está provocando um imenso debate público. Este debate, em parte causado pelo fato da lei ser de iniciativa popular, tem como principal objeto saber o que se deve ou se pode esperar e exigir daqueles que pretendem assumir os cargos mais relevantes na condução política de um país.

No campo constitucional, a questão imediatamente levantada foi saber se a lei poderia ou não ter efeitos sobre as eleições que se seguiriam. Além desse ponto, discute-se se a lei seria compatível com a presunção de inocência, consagrada na Constituição Brasileira. Para além destas questões, outra tem sido amplamente debatida, embora menos pelos juristas e mais pelos meios de comunicação social: saber o que se pode ou não esperar dos políticos. Esta questão, a nosso ver, esta diretamente relacionada ao atual debate sobre as potencialidades da responsabilidade enquanto conceito não

* Enviado em 24/1, aprovado em 1º/2, aceito em 3/8/2012. Trabalho originalmente apresentado no seminário “Constituição, Política e Responsabilidade” (jan. 2011), do curso de doutoramento em direito público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - professores doutores J. J. Gomes Canotilho, João Loureiro e Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.

** Doutorando em Direito Público - Universidade de Coimbra; mestre em Direito Constitucional - Pontifícia Universidade Católica (RJ); professor dos cursos de pós-graduação em Direito Ambiental - Fundação Getúlio Vargas (RJ) e da Pontifícia Universidade Católica (RJ); professor do curso de pós-graduação em Direito Administrativo Empresarial - Universidade Candido Mendes; procurador do estado do Rio de Janeiro; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rodrigo@mascarenhasadv.adv.br.

necessariamente dirigido a punir, mas, mais do que isso, passível de conformar, com anterioridade, a atuação dos agentes políticos.

Assim, nosso objetivo no presente trabalho é verificar se, e em que medida, a Lei da Ficha Limpa pode se enquadrar nesta nova forma de conceber a responsabilidade. Para tanto não fugiremos à análise da constitucionalidade da lei, embora este não seja o foco principal (ressalvando que a específica questão da constitucionalidade da aplicação da lei à eleição passada, não será objeto de análise).

Antes da necessária descrição da lei, faremos um breve histórico da legislação anterior e do pano de fundo, sobre o qual se desenvolveu o apelo popular por sua modificação.

As condições de elegibilidade e os casos de *inelegibilidade* estão previstos no próprio texto da Constituição Brasileira (art. 14 §§ 3º a 8º), que no entanto, permite (ou, melhor seria dizer, *determina*), no § 4º do mesmo art. 14, o estabelecimento, por meio de lei complementar, de “outros casos de inelegibilidade”. Em sua redação original estes novos casos se destinariam a “proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. No entanto, os objetivos a serem perseguidos por estes novos “casos de inelegibilidade” foram sensivelmente ampliados por meio de uma das poucas emendas decorrentes da Revisão Constitucional de 1994¹ “a fim de (*também*) proteger a probidade administrativa, (*e*) a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato”.

A Lei que trata das inelegibilidades (e que foi alterada pela chamada Lei da Ficha Limpa) é a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. No que interessa mais a este trabalho, a lei estabelecia (em sua redação original), como inelegíveis para qualquer cargo ‘os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena” (art. 1º, I “e”).

Ou seja, para que um político fosse considerado inelegível - em decorrência da prática de crimes (*apenas os crimes especificados*) - era necessário que a decisão tivesse transitado em julgado. Esta exigência do trânsito em julgado certamente se inspirou no art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É indubitável que esta exigência - aplicada a casos concretos amplamente veiculados nos meios de comunicação social - veio a resultar em situações insustentáveis do ponto de vista da opinião pública, face à grande complexidade e multiplicidade de instâncias do direito processual penal brasileiro. Com efeito, no Brasil, as instâncias de julgamento penal podem chegar - e normalmente chegam, se os advogados forem medianamente capazes - a quatro. Na primeira instância o réu é julgado por um juiz singular (federal ou estadual conforme a natureza do crime) ou por um júri (exclusivamente para o caso de crimes dolosos contra a vida). Em caso de condenação caberá, sempre, recurso aos tribunais de Justiça dos estados ou aos tribunais regionais federais, conforme o caso.

Da decisão destes tribunais podem caber recursos simultâneos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal e, da decisão do STJ pode caber recurso ao STF.

Esta, naturalmente, é a descrição - e sucinta - das instâncias ou esferas, e, portanto, nada diz sobre os múltiplos incidentes e recursos que podem ocorrer no âmbito de cada instância. O fato é que este sistema - claramente garantista - possibilitava a candidatura de políticos com diversas condenações penais, pelos mais diversos crimes, mas que não eram considerados inelegíveis pois as decisões condenatórias não tinham transitado em julgado (e, para um advogado habilidoso, não era - e não é - difícil postergar, por longos anos, ou até o advento da prescrição, o trânsito em julgado de uma ação). Não há dúvida que é difícil justificar para o leigo que alguém que (para além de uma sempre questionável "fama" de ladrão) já foi condenado pela justiça possa se candidatar e se eleger.

Nas duas décadas que separam a aprovação da lei de inelegibilidades (1990) da aprovação da Lei da Ficha Limpa (2010) muita coisa mudou na sociedade brasileira, mas, no que nos interessa, logo no início deste período o destaque deve ser dado ao desencanto causado pelo envolvimento do primeiro presidente eleito diretamente após a ditadura em um escândalo de corrupção. O presidente foi constitucionalmente retirado do poder, por meio de um processo de *impeachment* com forte apoio popular, no seio do qual manifestou-se uma fortíssima demanda da sociedade por "ética na política" (esse, aliás, era o nome e o slogan do movimento).

Mas os escândalos, obviamente, não pararam com a substituição do presidente. Embora o presidente seguinte - Itamar Franco - tenha passado livre de acusações de corrupção, estas logo passaram para o congresso, no escândalo conhecido como o dos "anões do orçamento". Os Governos de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) e de Lula (2002-2010) tampouco foram livres de escândalos de corrupção, destacando-se, em relação ao primeiro, as acusações que rondaram as grandes privatizações e, em relação ao segundo, o chamado "mensalão". E isto tudo sem que se esqueça a política estadual e municipal, bem mais "rica" em relação a casos de corrupção.

Outra novidade - esta jurídica - a registrar foi o surgimento da chamada Lei de Improbidade administrativa², destinada a combater a corrupção e, não sem certa ironia, sancionada ainda no Governo Collor. Lei esta localizada numa mal definida fronteira entre a responsabilidade administrativa e a penal, que estabelece sanções pecuniárias e de perda de cargos políticos pela infração a tipos extremamente abertos³.

Mas, voltando para o aspecto histórico, é sob o panorama de diversos e sucessivos escândalos de corrupção, que a opinião pública se mobiliza para a apresentação do projeto de lei da ficha limpa, que acaba por ser aprovado em junho de 2010 e que analisaremos a seguir.

1 A Lei da ficha limpa ou: o que suja uma ficha?

A chamada lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010), alterou substancialmente o regime das inelegibilidades decorrentes de fatos pretéritos^{4/5}.

Em relação à prática de crimes a primeira inovação foi a enorme ampliação da lista de crimes cuja ‘condenação’ (já não mais definitiva, como veremos) gera a inelegibilidade. Assim, à lista inicial de crimes (contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro⁶, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais⁷) foram acrescentados os seguintes: crimes contra o patrimônio *privado*, contra o mercado de capitais; crimes previstos na lei que regula a falência; crimes contra o meio ambiente e a saúde pública; abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e, finalmente, crimes praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

Mas a grande novidade é que, agora, basta a existência de uma decisão condenatória “proferida por órgão judicial colegiado”. Note-se que a lei sequer exige que a decisão do órgão colegiado⁸ seja unânime.

A lei trouxe outras “novidades” que, a nosso ver (e como comprovado pelas poucas decisões já tomadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a lei) tendem a ter tanto impacto quanto o fim da exigência de condenação definitiva nos processos criminais. Uma destas novidades⁹ torna inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário”. Ou seja, este dispositivo torna inelegíveis os gestores públicos que tenham tido suas contas rejeitadas pelos Tribunais de Contas ou, no caso dos Chefes de Poder Executivo, rejeitadas pelo respectivo Poder legislativo.

Outra inovação¹⁰ torna inelegíveis os que forem “condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito” ou seja, traz um “reforço” à lei da improbidade. É verdade que, neste inciso, o legislador foi mais criterioso, pois exigiu que o ato fosse doloso, que houvesse lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Para terminar as novidades que julgamos de maior impacto, advertindo que a lei traz outras, a lei também torna inelegíveis¹¹ os que “forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial” “salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário”.

Em suma, a Lei da Ficha Limpa expandiu os casos de inelegibilidade em quatro direções. Primeiro: ao retirar a exigência de trânsito em julgado houve uma redução na quantidade de instâncias - e conseqüentemente uma redução temporal - necessárias para que a uma decisão condenatória seja dado o efeito de gerar a inelegibilidade. Numa segunda direção foram ampliados os tipos de crimes cuja condenação gera inelegibilidade. Numa terceira direção foram ampliados os tipos de processos *judiciais* que geram a inelegibilidade e, por fim, os efeitos da inelegibilidade foram estendidos a decisões tomadas por órgãos não jurisdicionais.

Será esta extensão compatível com as novas concepções sobre a responsabilidade? Antes de tentar responder esta pergunta precisamos expor alguns novos entendimentos que têm sido dados ao conceito de responsabilidade.

2 Novos conteúdos para um velho conceito: a responsabilidade aplicada à esfera política e sua dimensão prospectiva

O papel central que a idéia jurídica de responsabilidade deve ter no mundo atual tem sido tão salientado quanto a necessidade de repensar o conceito de responsabilidade adaptando-o a novos tipos de desafios.

É certo que “responsabilidade”, como afirma Gorgoni, com base em Scarpelli, “mais que um conceito unitário” é composto de toda uma “família semântica”, cujos integrantes, como em toda família, nem sempre tem relações tão claras (GORGONI, 2009, p 254). Mais do que isso, o conceito de responsabilidade perpassa diversos ramos do direito, o que gera dúvida até mesmo sobre a possibilidade de uma “teoria geral” ou de uma “parte geral” da responsabilidade.

Ainda que estejamos em terreno pantanoso, convém fixar o marco inicial da questão na *Lex Aquilia* do direito romano, nem que seja, ao menos, para daí reter a idéia - até mesmo literal - de que a responsabilidade pressupõe a possibilidade de alguém ser chamado a responder (*respondere ou spondere*) por algo. A partir dessa idéia - de responder sobre - talvez seja possível identificar alguns elementos comuns aos diversos esquemas de responsabilidade, que girariam em torno de se saber: *quem* responde (quem pratica ou omite um ato ou quem tem alguma relação com o terceiro que o pratica ou omite) *a quem se responde* (ao lesado, ao Estado, aos órgãos de controlo); *sobre o que se responde* (um dano, um ilícito) *quais os requisitos para responder* (culpa, dolo, critério objetivo); *quais as conseqüências da resposta insatisfatória* (uma punição, a obrigação de reparar o dano).

Se tratarmos dos dois tipos de responsabilidade mais “comuns” no direito - a responsabilidade penal¹² e a responsabilidade civil - parece claro que ambas se preocupam primordialmente em estipular conseqüências jurídicas a fatos ocorridos no passado, sejam estas conseqüências uma sanção ou uma compensação ou indenização pelo dano. É verdade que, em especial na esfera penal, é comum justificarmos a pena com um olhar prospectivo, atribuindo-lhe a função de dissuadir outros a - no futuro - virem a cometer o mesmo crime, mas, ainda assim, o fato incontestável é que as engrenagens de ambos os sistemas de responsabilidade (civil e penal) atuam primordialmente¹³ quando o fato (tido como contrário ao direito) *já ocorreu*. Por isso que é comum - quando se fala nos sistemas de sanções administrativas - distinguir as sanções das medidas preventivas exatamente pela linha temporal, afirmando que as primeiras visam a punir alguém por algo que já aconteceu, e as segundas visam a evitar que algo aconteça.

Até mesmo a responsabilidade política, localizada na fronteira entre o direito e a política (estando do lado da política para uns¹⁴ e do direito para outros¹⁵) e muito mais

estudada em sistemas parlamentaristas ou semi-presidencialistas, privilegia o olhar para o passado, ou seja, a forma de responsabilizar - politicamente - determinados agentes políticos pelo que fizeram, deveriam ter feito ou pelo que deixaram fazer. É, no entanto, no campo da responsabilidade política que a linha temporal não só é tratada de forma um pouco distinta¹⁶ como é também aqui, ou na mais ampla responsabilidade constitucional¹⁷, que, em certa medida sob influência do direito ambiental, o enfoque começa a mudar¹⁸.

Com efeito, esta quase exclusividade do passado como foco da responsabilidade começa a mudar na esfera do direito ambiental, tanto no que se refere à responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente (ou responsabilidade civil ambiental), quanto nos procedimentos administrativos de licenciamento ambiental. É neste ramo do direito que o peso maior passa a ser dado ao futuro, por meio de regras que colocam muito mais ênfase no objetivo de *evitar* que determinados tipos de danos ocorram do que na criação de regras para garantir que aqueles danos que, a final, venham a ocorrer, sejam indenizados. Isto ocorre porque uma das especificidades do direito ambiental, potencializada nos últimos anos, é a tomada de consciência de que, ao menos em relação a certos bens ambientais, a reparação - como retorno ao *statu quo ante* - muitas vezes é impossível, e a tentativa de resolução do problema por meio de indenizações financeiras tampouco é propriamente viável (já que não recompõe o meio ambiente lesado). É a partir desta constatação que os princípios da prevenção e da precaução ganham cada vez mais força no direito ambiental.

Note-se que no Brasil estes dois princípios continuam confinados no direito ambiental enquanto que, na Europa, foram exportados a outros ramos do direito, em especial ao direito público em geral (e até à própria filosofia do direito¹⁹). Hoje, não seria exagero, ao menos no panorama europeu, afirmar (ou reconhecer) que os dois princípios vinculam toda a atuação dos poderes públicos em áreas que envolvem riscos²⁰. Na verdade, mesmo quem, como Schmidt-Assmann, não chega a reconhecer especificamente a exportação do princípio da precaução ao direito público em geral, expressamente reconhece que o risco como problema jurídico retira a funcionalidade de conceitos à luz dos quais a ação administrativa era avaliada, tais como a imputabilidade das conseqüências e a plausibilidade das decisões²¹.

Aliás, a idéia de risco - ou de sociedade de risco, para ficarmos com um de seus principais teóricos (Ulrich Beck) - não só passa a ser um dos panos de fundo em face do qual passa a se desenvolver a atuação do estado como, do ponto de vista teórico, chega a ser elevado a (um dos) "problemas básicos da teoria da constituição"²². Assim, aos riscos ambientais - exacerbados com a questão da mudança climática - se juntam vários outros riscos. O primeiro lugar, certamente, cabe aos riscos econômico-financeiros, em especial após a hecatombe financeira iniciada em 2008 (em boa parte causada por omissões do estado - EUA), mas também existem outros, tais como os riscos de pandemias mundiais e o terrorismo.

É verdade que o risco (não aquele superdimensionado a partir da segunda metade do século, mas sim aquele surgido a partir da revolução industrial) começou por

impactar a própria responsabilidade retrospectiva. Isto é salientado por Gorgoni (2009, p. 250), para quem “uma primeira evolução de relevo no panorama da responsabilidade ocorre quando o direito de matriz liberal baseado na idéia de culpa é sucedido pelo direito de matriz sociológica baseado na idéia de risco”.

Essa busca por evitar os riscos, transferida para o direito eleitoral, revelou uma idêntica mudança de ênfase: no lugar de punir o político que já fez algo de errado - algo portanto que já aconteceu - melhor seria tomar todas as providências e medidas para evitar que ele o faça. Com o uso da lei de inelegibilidades como instrumento para alcançar este objetivo, chega-se ao ponto extremo de evitar que o político em questão sequer seja candidato.

O fato, que nos parece incontestável, é que a responsabilidade enquanto conceito jurídico passa a ter que se preocupar também com o futuro.

Vários autores (Canotilho²³ e Lomba²⁴, por exemplo) citam um texto de Herbert Hart não apenas pela clareza na distinção dos diversos sentidos da palavra responsabilidade, mas também como uma das primeiras manifestações de um tipo de responsabilidade que, embora também (mas não exclusivamente) jurídica, não se preocuparia *apenas* com o passado.

Com efeito, em um dos ensaios de sua obra sobre punição e responsabilidade²⁵ Hart identifica quatro significados para a palavra “responsabilidade”: responsabilidade causal; responsabilidade-capacidade; “liability-responsibility”, que preferimos traduzir como responsabilidade jurídica estrito senso e “role responsibility” que se pode traduzir como responsabilidade funcional ou responsabilidade pela função. Em apertada síntese a noção de responsabilidade causal refere-se à dimensão de causa-efeito dos acontecimentos que, embora importante para fazer surgir outras responsabilidades, não é uma noção propriamente jurídica. Assim, podemos falar que João é responsável pelo acidente A da mesma forma que podemos falar (o exemplo é de Hart) que a seca foi a responsável pela fome. A responsabilidade-capacidade se refere às características que os sistemas jurídicos costumam exigir para que determinada pessoa possa ser considerada juridicamente responsável por determinados atos, diz respeito portanto a características como idade e sanidade mental; já quando afirmamos que alguém é legalmente responsável por determinado fato significa que o direito imputa a esta pessoa o ônus de suportar as conseqüências jurídicas deste fato (que, em geral será uma punição e/ou um dever de reparação).

Quando se trata de explicar a responsabilidade funcional²⁶ Hart usa, dentre outros, os seguintes exemplos: “um capitão é responsável pela segurança de seu barco”; “um sentinela é responsável por alertar a guarda com a aproximação do inimigo” e afirma que o uso da palavra responsabilidade nestes contextos sugere que “sempre que uma pessoa ocupa um lugar ou função em uma organização social, para os quais são atribuídos deveres específicos com o objetivo de promover o bem estar de terceiros ou de executar de alguma forma os propósitos desta organização, esta pessoa é considerada responsável por estes deveres, ou responsável por fazer o necessário para cumpri-los” (HART, 2008, p. 212).

Hart esclarece que nem todos os deveres ou funções que incumbem a determinada pessoa entrariam em sua definição de responsabilidade funcional. Assim exemplifica afirmando que: de “um soldado instruído para manter o quartel limpo para a visita do general”, pode-se dizer que ele tem a manutenção da limpeza como sua responsabilidade. No entanto, se este soldado recebe uma ordem específica para retirar o papel do chão no caminho a ser percorrido pelo general, cumprir esta ordem seria seu dever, não fazendo sentido falar que seria sua responsabilidade funcional. Qual, então, seria a diferença entre uma e outra situação? Hart “entende”²⁷ que o critério de distinção entre as situações é a extensão e complexidade dos deveres envolvidos. Para ele, o conjunto de responsabilidades que se pode denominar responsabilidade funcional “são deveres de tipo relativamente complexo ou extenso, definindo uma ‘esfera de responsabilidade’ que requerem cuidado e atenção durante um certo período de tempo²⁸”; já “deveres, de curta duração e de tipo bem simples, de fazer ou não fazer alguma ação específica em uma ocasião particular não devem ser chamados de responsabilidades” (HART, 2008, p. 213). O que está implícito na noção de responsabilidade funcional - e é evidenciado pelo exemplo das duas situações relacionadas à limpeza do quartel - é que só se pode falar em responsabilidade funcional quando o sujeito responsável tem uma certa liberdade, uma margem de manobra para escolher a melhor forma de cumprir seus deveres. Na seara do direito público diríamos que a responsabilidade funcional pressupõe algum grau de discricionariedade do agente.

Quanto às características de uma pessoa responsável (por cumprir uma responsabilidade funcional que lhe é atribuída) Hart (2008, p. 213) afirma que ela deve estar disposta a levar a sério seus deveres e funções, deve refletir sobre eles e fazer esforços sérios para cumpri-los. Trata-se, portanto, de uma obrigação de meios, e não de uma obrigação de resultado, e, ademais, de uma responsabilidade que já aparenta mais preocupação com o futuro - com a forma como determinada pessoa cumprirá sua responsabilidade funcional - do que com o passado (com a eventual punição de ilícitos praticados por quem não cumpriu, ou cumpriu mal), embora esta última dimensão não deva ser esquecida.

Neste ponto, já nos parece irresistível uma primeira aproximação entre a lei da ficha limpa (ou, mais exatamente, entre toda a lei de inelegibilidades) e o conceito de responsabilidade funcional, pois é óbvio que a lei da ficha limpa, ao se preocupar com a escolha daqueles que poderão - caso eleitos - receber as mais importantes responsabilidades funcionais, está tratando ou regulando de alguma forma esta responsabilidade funcional. Mas vejamos como a teoria de Hart foi posteriormente desenvolvida.

Para tanto, iremos nos socorrer de um trabalho de Guido Gorgoni (2009) que tem como principal objetivo desenvolver - a partir da responsabilidade funcional de Hart - uma análise da idéia de responsabilidade prospectiva.

Inicialmente, Gorgoni afirma que o conceito de responsabilidade funcional de Hart condensa, na verdade duas acepções distintas da responsabilidade. De um lado teríamos a “responsabilidade entendida como *virtù*”, derivada da idéia exposta por

Hart de que a pessoa responsável deve “levar a sério” seus deveres e, de outro lado, a “responsabilidade prospectiva” (GORGONI, 2009, p. 267). Mais à frente o autor afirma que “na responsabilidade pela função convergem diversos significados da idéia de responsabilidade sem que nenhum deles possa ser completamente isolado dos outros; mais que uma forma particular de responsabilidade se trata de um verdadeiro ‘sistema de responsabilidade’ que se caracteriza, de todo modo, pelo peso dado à escolha individual” (GORGONI, 2009, p. 270).

Mas Gorgoni adverte contra o risco de vincular a responsabilidade funcional com a idéia de dever, com o que se perderia a utilidade da distinção entre responsabilidade prospectiva e retrospectiva. Com efeito, vinculando os conceitos (de responsabilidade e dever) a responsabilidade exprimiria “a condição atual (quando imputada retrospectivamente) ou potencial (quando afirmada em sentido prospectivo) do sujeito chamado a responder; a montante lhe é imposta uma obrigação, que configura uma responsabilidade de tipo prospectivo; a jusante, por outro lado, funcionaria um juízo retrospectivo de responsabilidade voltado a avaliar o respeito à obrigação” (GORGONI, 2009, p. 268)”. Entender a responsabilidade primordialmente (ou unicamente) como um *ser chamado a responder*, e particularmente a responder em juízo, é, ainda segundo Gorgoni (2009, p. 268), a forma adotada pela maioria da teoria contemporânea do direito, mas, com isso “se reduz excessivamente o significado jurídico da idéia prospectiva de responsabilidade”.

Como virtude - virtude republicana, diríamos nós - a função a ser exercida indica, segundo Gorgoni, “não apenas uma série de direitos, deveres e poderes”, mas inclusive, ou especialmente uma “expectativa de comportamento” (GORGONI, 2009, p. 272) relacionada a estes (direitos, deveres e poderes) e ainda a “atitude subjetiva de quem assume a função”, que, segundo Hart, deve fazer *esforços sérios* para cumprir-la (HART, 2008, p. 213), o que, retornando a Gorgoni, exige um “grau de adesão particularmente forte” (GORGONI, 2009, p. 272) daquele que exerce a função.

Assim, um dos grandes méritos da responsabilidade pela função de Hart - na forma desenvolvida por Gorgoni - é a valorização de elementos da responsabilidade que ultrapassam aqueles (imputação, sanção, causalidade, capacidade) relacionados à responsabilidade retrospectiva, ou ‘póstuma’, e que costumam ficar “na sombra” na presença dos elementos retrospectivos. A responsabilidade funcional, portanto, não pode ser equiparada “com a simples soma de direitos, deveres e poderes inerentes à função” já que, para além destes elementos (que, obviamente, não perdem sua relevância) “persiste um resíduo de responsabilidade que não é definida a partir dos elementos formais da função, mas que remete a uma moralidade pressuposta” (GORGONI, 2009, p. 273), em especial, diríamos nós, pressuposta em quem pretende assumir os mais relevantes cargos públicos.

A idéia de responsabilidade pela função, portanto, estaria, segundo Gorgoni (2009, p. 274), “na encruzilhada entre âmbito jurídico (conjunto de direitos e deveres), âmbito social (função e expectativa social) e âmbito ético”.²⁹

Fazendo a ligação entre o passado e o futuro³⁰ Joel Feinberg salienta que

A responsabilidade é, por vezes, imputada antes dos fatos por pessoas olhando o futuro e por vezes após o fato por críticos e juizes olhando o passado. Imputações prospectivas de responsabilidade são julgamentos hipotéticos sobre o futuro, comumente para o efeito de se um evento vier a ocorrer (ou não ocorrer) a pessoa agora julgada responsável por ele será o sujeito de outros julgamentos - por exemplo, os que imputarão mérito ou culpa, ou sujeição a uma sanção ou a um prêmio. Esses julgamentos futuros serão, obviamente, feitos de forma retrospectiva, porque eles incidirão sobre um evento que, então, já terá ocorrido ou deixado de ocorrer. [...] Qualquer consideração sobre o que é um julgamento prospectivo dependerá de uma referência essencial a um futuro julgamento retrospectivo: Um julgamento prospectivo é o que especifica que julgamentos retrospectivos poderão ser feitos em determinadas contingências futuras. (FEINBERG, apud GORGONI, 2009, p. 278)

Mas Gorgoni ressalta que essa ligação entre responsabilidade prospectiva e retrospectiva não se aplica a todo o conjunto de elementos que compõem a responsabilidade funcional, o que seria reconhecido pelo próprio Feinberg. Seria necessário fazer uma distinção entre deveres bem delimitados (*previamente* delimitados), cujo não cumprimento é facilmente identificável num futuro juízo retrospectivo, e áreas de responsabilidade cujo conteúdo é impossível de ser predeterminado com o mínimo de clareza e que, portanto, face à ampla margem de discricionariedade, não poderão ser objeto de um futuro juízo retrospectivo de responsabilidade (GORGONI, 2009, p. 279). Assim, na idéia de responsabilidade funcional entram aspectos tanto de uma responsabilidade “tradicional” (pré-determinada e sujeita a futuras imputações retrospectivas), aspectos de uma responsabilidade discricionária e aspectos relacionados ao *exercício da responsabilidade* na qual - em especial quando estão em jogo responsabilidades prospectivas - esta é chamada a dar uma resposta muito mais a um *apelo*, do que a uma acusação (GORGONI, 2009, p. 280).

3 A ficha limpa à luz da responsabilidade funcional prospectiva

Neste ponto temos que verificar se a Lei da Ficha limpa se enquadra nos novos conceitos de responsabilidade e, em especial, se a lei da ficha limpa é uma manifestação de preocupação com a responsabilidade funcional e se ela apresenta uma dimensão prospectiva. A resposta a ambas as questões, como já adiantado, parece ser positiva.

Embora do texto de Hart, inclusive nos exemplos utilizados pelo autor, seja claro que o conceito de responsabilidade função se aplica ao exercício de funções públicas ou privadas, é certo que ele é extremamente adequado como discurso normativo direcionado ao exercício de funções públicas, e em especial, daquelas de natureza política.

Canotilho³¹ expressamente afirma que a responsabilidade política está “relacionada com o papel (função) jurídico-constitucionalmente confiado aos órgãos constitucionais, sobretudo aos titulares dos órgãos de soberania”, intitulando esta responsabilidade de ‘role responsibility’ (com expressa referência a Hart) que “assinala o conjunto de deveres inerentes ou conexos com o papel e funções de um indivíduo no contexto da organização político-constitucional.”³² Prossegue Canotilho afirmando que:

Qualquer um que ocupa um posto, um cargo, um ofício específico, numa organização social (como é a organização política do Estado e da República) com os inerentes deveres específicos para prover ao desempenho de tarefas impostas pelo bem comum ou pelos próprios fins e escopos da organização do poder político constitucionalmente normatizada, é responsável pelo cumprimento destes deveres e de fazer o necessário para os cumprir. (CANOTILHO, 2010, p. 8)

Ora, o que faz a lei de inelegibilidades é exatamente traçar requisitos mínimos a serem cumpridos por todos aqueles que querem ter o direito de concorrer às eleições que escolherão aqueles que poderão ocupar as mais importantes funções políticas. Por seu turno, a lei da ficha limpa torna estes requisitos bem mais restritos, num movimento que, a nosso ver, procura re-valorizar estas funções e, de certa forma, enfatizar que devem, efetivamente, ser levadas a sério. Nesta linha, afirma Canotilho:

No âmbito político-constitucional e jurídico-constitucional é importante “tomar a sério a responsabilidade”, ou, por outras palavras, “ter o sentido de responsabilidade”, porque no exercício de cargos políticos (e de um modo geral de cargos públicos) importa realçar o próprio exercício de responsabilidade que o cumprimento de tarefas e deveres comporta. Mais do que a imputação de uma conduta ou resultado desvalioso e correspondente sanção (política, criminal, civil) importa o exercício jurídico virtuoso da responsabilidade. Aqui vem entroncar a articulação da responsabilidade pelo “papel” ou função com a ideia de responsabilidade ex ante ou responsabilidade prospectiva, ou seja, uma responsabilidade orientada para o futuro. A responsabilidade resultante da vitória em eleições com a consequente assumpção de um cargo ou desempenho de um papel é sempre um compromisso (“ajuramentado”, “declarado”) de cumprimento das funções que foram confiadas aos titulares de cargos jurídico-constitucionalmente legitimados, ao qual se associam expectativas de comportamentos futuros adequados. (CANOTILHO, 2010, p. 8)

Não há dúvida, a ficha limpa procura impor requisitos que tornem menos provável a frustração destas “expectativas”³³ ou, por outro ângulo, requisitos que permitam ao “apelo” ser ouvido.

A dimensão prospectiva também parece surgir de forma suficientemente clara se retivermos, da parte histórica, o fato de que os esquemas tradicionais de imputação de responsabilidade retrospectiva aos agentes políticos não tem funcionado, em especial aos olhos da opinião pública. Assim, se é tão difícil punir por algo já feito, melhor seria - na ótica da ficha limpa - tomar todos os cuidados possíveis para evitar que o mal aconteça.

Como diz Santo Agostinho, os três tempos são: “o presente do passado, o presente do presente, o presente do futuro [...]”. O presente do passado é a memória; o presente do presente é a intuição directa; o presente do futuro é a expectativa” (apud OST; VAN DE KERCHOVE, 2001, p. 516). Assim, convém ter em vista que a Lei da ficha limpa, de certo modo, a partir de uma intuição presente, avalia o passado projetando uma expectativa para o futuro. Não devemos esquecer que a linha temporal é levada em consideração pela Constituição Brasileira, que determina³⁴ que no estabelecimento de outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, *seja considerada a vida pregressa do candidato*.

Mas, se parece clara a relação da lei da ficha limpa com um novo conceito constitucional de responsabilidade, já orientado para o futuro, resta saber se certas regras específicas da lei em questão estão de acordo com a Constituição Brasileira. Dito de outra forma, resta saber até que ponto a intuição agiu corretamente na escolha dos fatos passados que devem se projetar para o futuro.

4 A bacia, a água e o bebe

4.1 Aspectos pontuais

Nos parece que, em alguns pontos, a lei foi longe demais. Se em relação a alguns destes pontos - nomeadamente o enorme acréscimo à lista de crimes cuja condenação gera a improbidade - o erro, a nosso ver, não chega a se qualificar como uma inconstitucionalidade, em outros a situação é bem mais complexa.

Mas mesmo no campo criminal existem excessos, em especial porque a lei não faz distinção entre o crime doloso ou culposo. Por exemplo, não há dúvida que a proteção do meio ambiente é um valor extremamente importante, é mesmo a força motriz por trás da responsabilidade prospectiva. No entanto, a lei de crimes ambientais brasileira³⁵ é extremamente rigorosa, admitindo por exemplo, a modalidade *culposa* do crime descrito como: "Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção."³⁶ Por outro lado, as normas de utilização da mata atlântica constam de uma lei extremamente complexa³⁷ que dificilmente pode ser compreendida sem a colaboração de um advogado especializado e de um engenheiro florestal. Ora, considerando que mais da metade da população brasileira vive no bioma mata atlântica não nos parece razoável retirar o direito de alguém ser candidato - e, por outro lado, retirar o direito da população de escolhê-lo - por ter, sem intenção, cometido uma irregularidade no uso ou manejo de espécies da mata atlântica (e, portanto, por ter cometido o crime em questão).

Os exemplos de crimes - em especial culposos - cujo potencial ofensivo não nos parece ser compatível com a consequência da inelegibilidade, inclusive porque não são adequados a atender as expectativas da responsabilidade funcional, poderiam continuar, mas passemos ao ponto provavelmente mais polêmico da lei.

Trata-se da possibilidade de inelegibilidade a partir de uma decisão colegiada, dispensando o trânsito em julgado. Não chegamos a considerar - embora existam sólidos argumentos nesse sentido³⁸ - que qualquer recuo na regra do trânsito em julgado seja, por si só, inconstitucional (por violação da presunção de inocência). Dois aspectos, no entanto, nos parecem especialmente problemáticas. O primeiro decorre do fato de que a lei não exige que a decisão do órgão colegiado seja unânime. Isso a rigor leva à possibilidade da inelegibilidade ocorrer mesmo no caso de "empate" na posição da Justiça. Com efeito, a lei possibilita que uma pessoa absolvida em 1ª instância e condenada *por maioria* em segunda, seja declarada inelegível. Nesse caso, do ponto de vista jurídico-processual,

não se pode falar em empate (haverá uma decisão condenatória tomada por maioria), mas o fato - para nós relevante do ponto de vista político constitucional - é que a decisão de dois dos magistrados que analisaram o caso (incluindo, na hipótese cogitada, aquele que em tese mais conhece o processo, que é o juiz de 1ª instância) será desconsiderada por força da decisão de outros dois magistrados.

Na verdade, entendemos que o mínimo - ainda compatível com a presunção de inocência e com o princípio do duplo grau³⁹ - é que: (a) a maioria dos julgadores que tenham analisado o caso se manifestem pela condenação e (b) a condenação decorra de duas instâncias⁴⁰. Com isso não entendemos exigível a unanimidade (o que tampouco seria uma exigência absurda, pois já representaria um passo largo em relação ao trânsito em julgado) mas entendemos que⁴¹ a decisão condenatória deve ter sido proferida pela 1ª instância e confirmada (ainda que por maioria), pela 2ª.

Exatamente por entender indispensável que duas instâncias diversas tenham chegado ao mesmo entendimento, acreditamos que, nos casos de competência originária dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais, a condenação deveria ser confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra das “novidades” problemáticas desta lei é a que torna⁴² inelegíveis os gestores públicos que tenham tido suas contas rejeitadas pelos Tribunais de Contas ou, no caso dos Chefes de Poder Executivo, rejeitados pelo respectivo Poder Legislativo (embora a lei exija que a irregularidade seja insanável e configure ato doloso de improbidade administrativa). Ora, se entendemos que a não exigência de trânsito em julgado para decisões proferidas pelo Poder Judiciário traz sérias dúvidas quanto à inconstitucionalidade da medida, naturalmente que a atribuição a órgãos não jurisdicionais de poder semelhante é ainda mais questionável.

Com efeito, com todas as suas vicissitudes, o Poder Judiciário Brasileiro apresenta um significativo grau de seriedade, confiabilidade e independência, inclusive em perspectiva comparada⁴³, o que se deve, em especial, ao tratamento que a Constituição de 1988 lhe deu⁴⁴. Na mesma linha, o direito processual - seja ele civil seja penal - aplicável pelo Judiciário possui suficientes garantias (por vezes até excessivas) e clareza.

Nada disso ocorre no conjunto de cortes de contas brasileiras⁴⁵. Em primeiro lugar o critério de acesso (com honrosas exceções) é quase que exclusivamente político, o que, obviamente, traz reflexos importantes na independência das decisões⁴⁶. Como se não bastasse, as regras processuais aplicáveis são extremamente confusas (em diversos estados sequer estão previstas em lei no sentido formal), incluindo uma grande “confusão” na própria caracterização daquele que é chamado a responder (até quando é um mero prestador de informações ou um réu chamado a se defender). Por fim, o dispositivo sequer exige a unanimidade da decisão, ou ao menos uma maioria qualificada, o que significa (se considerarmos que os tribunais estaduais tem sete membros) a atribuição de um poder extraordinário a quatro conselheiros de cada tribunal. Em suma, atribuir o efeito da inelegibilidade às decisões das cortes de contas pode até fazer todo o sentido do ponto de vista teórico (afinal, se um gestor teve suas contas recusadas no passado é

provável que as tenha no futuro), no entanto, no atual estágio em que se encontram as cortes de contas no Brasil isto não nos parece desejável.

Outra⁴⁷ regra problemática é a que torna inelegíveis os que forem “condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito” com um “reforço” à lei da improbidade. É verdade que, neste inciso, o legislador foi mais criterioso, pois exigiu que o ato fosse doloso, que houvesse lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Ainda assim, não fosse este requisito (o do enriquecimento), um Prefeito condenado - em decisão confirmada por órgão colegiado - por ter doado, sem lei autorizativa, remédios ao município vizinho (onde ocorria uma epidemia), jamais poderia ser novamente candidato. No caso concreto⁴⁸ o Superior Tribunal de Justiça reverteu a decisão das instâncias inferiores, mas o caso é ilustrativo de nossa preocupação de que a necessidade de exigir responsabilidade dos agentes políticos não seja acompanhada de excessos.

Ademais, em relação aos processos de improbidade, vigora, pelas mesmas - e outras razões - aquilo que dissemos em relação ao processo criminal sobre a exigência de maioria e de duplo grau de jurisdição. As “outras razões” - talvez até suficientes para exigir, nestes casos, a unanimidade - se referem aos “tipos” muito mais do que abertos da lei de improbidade e ao fato do processo civil (que rege a ação de improbidade com poucas alterações da lei específica) não ser voltado - no sentido de vocacionado - à garantia dos direitos dos acusados.

Por fim, também nos preocupa o fato da lei tornar inelegíveis os que “forem demitidos do serviço público em decorrência de processo *administrativo*”. Os problemas, quanto a este ponto, são muito similares aos que expusemos sobre as cortes de contas. Em primeiro lugar temos a atribuição de um enorme poder não só à administração pública da união e dos estados mas à administração dos mais de 5.000 municípios brasileiros, com os mais diversos graus de evolução institucional e sem qualquer garantia de autonomia das autoridades incumbidas da decisão. Em segundo lugar, a maioria absoluta destes entes não dispõe de leis de processo administrativo minimamente adequadas. Assim, a porta que se abre ao uso político de processos administrativos disciplinares é imensa⁴⁹.

Vale registrar que boa parte dos problemas da lei que apontamos até aqui podem ser solucionados por meio de uma interpretação conforme à constituição, sem a necessidade de reconhecimento de sua inconstitucionalidade. É o caso da omissão da lei quanto à exigência de dolo nos processos criminais⁵⁰ e da exigência de que a condenação se dê sempre em duas instâncias. Em reforço aos argumentos expostos para cada um desses casos, afirme-se que a inelegibilidade, como restrição ao direito fundamental de votar, deve ser interpretada restritivamente. Neste sentido é a lição de Benedita Urbano:

O carácter excepcional da não elegibilidade (ou da inelegibilidade, no singular) não pode deixar de estar associado ao facto de, ao não se permitir que todos sejam elegíveis, se estar a afectar um direito fundamental estreitamente conexo com o exercício da soberania, como é o direito de sufrágio passivo. Esse carácter excepcional vai de forma inevitável condicionar toda a actuação daqueles que obrigatoriamente

vão lidar com esta matéria, desde o legislador ordinário aos juízes. Não será admissível, por exemplo, recorrer à interpretação extensiva ou à analogia com o intuito de estabelecer novas exigências ou requisitos de elegibilidade. As normas que consagram limitações à apresentação de candidaturas e ao exercício do mandato parlamentar devem ser objeto de uma interpretação restrita. (URBANO, 2004, p. 295)

De todo modo, para além destes aspectos pontuais nos quais a lei da ficha limpa foi infeliz ou, mais concretamente, foi inconstitucional, e para além da questão *constitucional* mais debatida em relação à lei da ficha limpa⁵¹ (o conflito entre a presunção de inocência do candidato e o princípio da moralidade), existem outros aspectos globais da questão que trataremos a seguir.

4.2 Aspectos globais

A dimensão que tem estado ausente do debate é que a lei da ficha limpa significa uma clara diminuição do universo de pessoas dentre as quais a população pode eleger seus representantes e governantes. Mais do que isso, pode-se dizer que se opera uma transferência desse poder para o Judiciário, para os tribunais de contas e para as mais de 5.000 entidades que compõem a federação brasileira. Este problema, bem como suas conseqüências, foram identificados com precisão por recente trabalho desenvolvido por Neira de Moraes⁵² que afirma:

A lei pode ainda induzir ao erro. Quem tem ficha limpa passa a ser bom candidato ou, como diz o jingle da campanha, “gente honesta e de valor”. Não à toa muitos candidatos introduziram em seu material de propaganda a expressão “candidato ficha limpa”. Por outro lado, quem é ficha suja passa a ser corrupto ou tem “passado comprometedor”, roubou e vai roubar de novo. Ou seja, o crivo do Judiciário passa a ser também o crivo da boa representação, não importando mais se a condenação ou absolvição provisória foi justa ou injusta.

Amparada na idéia de que o eleitor é desinformado e facilmente manipulável, a lei trabalha na lógica da prevenção realizada pelo Poder Judiciário, isto é, entre as escolhas oferecidas aos eleitores devem estar aqueles que foram previamente aprovados. O Poder Judiciário seria tão técnico, neutro e justo que uma decisão sua, ainda que provisória, seria mais segura que a escolha do eleitorado. E se sua decisão restringe direitos de candidatos e eleitores injustamente, isso seria apenas um “preço” a pagar para que corruptos verdadeiros não constem entre as opções do eleitor. (MORAIS, 2010, p. 15)

Duas idéias, ambas precisas: em primeiro lugar o fato de que os candidatos que passam no teste da ficha limpa, passam a apregoar este resultado como um selo de garantia, tal como aqueles relacionados à rotulagem ambiental, que dão ao seu comprador a consciência tranquila de que estão comprando produtos verdes. O eleitor, portanto, conclui: “nesse eu posso votar”. E não é isso mesmo que quer a lei, dirão seus defensores? O problema - e o paradoxo da lei - é que ela, por um lado, ampliou as hipóteses de inelegibilidade mas não evitou, *nem poderia ter evitado*, que candidatos com enormes problemas na Justiça (por vezes com dezenas de inquéritos e ações, mas nenhuma ainda julgada por órgão colegiado) sejam candidatos. Por outro lado, como sua “gradação” é

de tudo ou nada (ficha “limpa” ou “suja”) a lei permite que estes políticos - com diversas ações mas nenhuma julgada - sejam tão ficha limpa quanto aquele político que não tenha sequer uma ação “proposta” contra si. Ou seja: por um caminho oblíquo a lei da ficha limpa permitiu a muita gente “limpar” a sua ficha.

É ainda Neira de Moraes (2010, p. 7) que relata o caso de uma das primeiras pessoas impedidas de se candidatar pela Lei da Ficha Limpa. Tratava-se de Aldo Josias dos Santos, candidato a vice-governador de São Paulo, acusado de usar seu mandato como vereador em São Bernardo do Campo para dar apoio ao Movimento de Trabalhadores Sem Teto (MTST) na ocupação de um terreno por pessoas que reivindicavam melhores condições de moradia. O fato imputado ao vereador foi o de ter autorizado a utilização de um bem público (veículo da Câmara Municipal) para transportar crianças, idosos e doentes que teriam sido retirados do local da ocupação algumas horas antes da realização de um despejo que poderia ser violento. *Absolvido em 1ª instância*, foi condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (não conseguimos apurar se por unanimidade ou maioria) e, portanto, impedido de se candidatar⁵³.

Novamente verificamos a ausência de gradação da lei para constatar que o sr. Aldo tem, formalmente, a ficha tão “suja” quanto pessoas condenadas diversas vezes por crimes hediondos.

Mas a questão a nosso ver mais complexa, e igualmente pontuada pela autora, é o fato de uma decisão ainda não definitiva do judiciário - e de órgãos não judiciais - poder diminuir a esfera na qual se exerce a soberania popular. O pior é que, em diversos casos concretos, a lei da ficha limpa efetivamente retirou do jogo eleitoral candidatos favoritos nas pesquisas. Ora, por mais que tenhamos, pessoalmente, as piores impressões possíveis de alguns destes candidatos, e ainda que se reconheça que uma decisão judicial, ainda que não definitiva, é muito mais que uma mera “impressão” ou “boato”, é de se questionar se, como tem acontecido no Brasil, o Poder Judiciário não está sendo, mais uma vez, chamado a decidir uma questão que deveria permanecer na esfera política.

Será que é razoável que com o objetivo de reforçar uma responsabilidade política prospectiva e com a boa intenção de se forçar que os agentes políticos levem a sério suas funções, se opere, por outro lado, uma redução da “responsabilidade” - que não deixa de ser, em algum modo, uma responsabilidade função - da população em escolher seus representantes?

Antes de avançarmos para as conclusões deste trabalho, convém verificar como o Supremo Tribunal Federal tem entendido a Lei da Ficha Limpa. Até o momento, o debate foi dominado pela questão relativa a saber se a lei seria ou não aplicável à eleição realizada em outubro de 2010 e, mais do que isso, saber se a lei teria ou não efeitos retroativos (no sentido de atribuir a condenações proferidas antes da lei a eficácia de gerar a inelegibilidade). Até 12 de janeiro de 2011 o sítio oficial do STF na rede mundial de computadores registrava apenas 24 decisões monocráticas, sendo uma delas da Presidência.

Da análise das decisões monocráticas colhe-se o seguinte: dez decisões tratavam da mesma hipótese prefeitos e ex-prefeitos foram considerados inelegíveis por terem

tido as contas reprovadas por tribunais de contas (nove casos são do Estado do Ceará e um do Estado de Goiás). O interessante é que a jurisprudência pacífica do STF é que os tribunais de contas não tem competência para julgar as contas dos chefes do executivo (atribuição que cabe aos respectivos poderes legislativos), o que não é negado por nenhum ministro, conforme se vê nas próprias decisões citadas. Em sete⁵⁴ dos dez processos a inelegibilidade foi mantida por razões processuais. Apenas o Ministro Gilmar Mendes entendeu que, processualmente, era possível conceder a liminar para permitir a eleição dos interessados⁵⁵. Ou seja - abstração feita dos aspectos processuais (que inviabilizaram a maioria dos processos) - o fato é que, materialmente, os recorrentes estavam certos mas foram excluídos do processo eleitoral em violação à Constituição.

Note-se, portanto, o perigo da extensão do poder de declarar a inelegibilidade a outras esferas, *in casu* aos tribunais de contas, pois, nestes sete casos, a nova eficácia atribuída (pela lei da ficha limpa) a suas decisões prevaleceu sobre o fato de que as mesmas decisões foram proferidas em relação a pessoas sobre as quais os tribunais não tinham competência.

Uma outra liminar foi concedida, por decisão do Ministro Dias Toffoli, a fim de que deputada estadual condenada por improbidade na 1ª instância pudesse se candidatar. O principal fundamento da decisão foi o de que a deputada teria prerrogativa de foro e deveria ter sido julgada pelo Tribunal de Justiça. Ainda assim, consta da decisão que: “Como *obter dictum*, aponto que a própria adequação da Lei Complementar nº 135/2010 com o texto constitucional é matéria que exige reflexão, porquanto essa norma apresenta elementos jurídicos passíveis de questionamentos absolutamente relevantes no plano hierárquico e axiológico” (AI nº 709.634/GO Julg.: 30/6/2010 DJe-141 Public 2/8/2010).

Outra liminar foi deferida, sem discutir a constitucionalidade da lei, em recurso interposto por senador, candidato à reeleição, que tinha sido condenado em ação popular confirmada em 2ª instância da qual foi interposto recurso pendente de julgamento no próprio STF, no qual ao menos um voto favorável já havia sido dado ao recorrente. (RE nº 281.012/PI Julg.: 30/6/2010 DJe-141 Public 2/8/2010).

Em todos os outros casos⁵⁶ o recurso ou medida interposta não foi conhecido por razões processuais e portanto a inelegibilidade foi mantida. No entanto, em uma decisão (AC nº 2.703 MC Julg.: 16/9/2010 DJe-177 Public 22/9/2010) o Ministro Celso de Mello, embora tenha denegado o recurso (era caso de pessoa impedida de se candidatar por condenação anterior à Lei da ficha limpa), fez questão de registrar: “É claro que o tema pertinente à alegação de inconstitucionalidade da novíssima Lei Complementar nº 135/2010, notadamente no ponto em que se venha a entendê-la apta a afetar a própria integridade de situações jurídicas definitivamente já consolidadas (ou, então, a descumprir o postulado da anterioridade eleitoral), poderá ser suscitado em eventual recurso extraordinário [...], desde que o interessado, presente o contexto em causa, repute-a lesiva às cláusulas fundadas no inciso XXXVI do art. 5º e no art. 16, ambos da Constituição da República, sem prejuízo, evidentemente, da invocação, em momento oportuno, perante esta Corte Suprema, do poder geral de cautela”.

Além destas decisões ocorreram dois julgamentos do pleno do STF⁵⁷, transmitidos ao vivo, mas cuja decisão ainda não foi publicada. Sabe-se, pela transmissão dos julgamentos,⁵⁸ que eles terminaram em empate, com cinco votos pela aplicação plena da lei da ficha limpa às eleições de 2010, e com o reconhecimento de efeitos retroativos à mesma, e cinco em sentido contrário.⁵⁹ O empate - e o por vezes ácido debate entre alguns ministros- revela a dificuldade do tema, mas, como apenas um resumo dos votos foi veiculado, não existem tantos elementos para o debate objeto deste trabalho.

Destacamos um ponto que foi a defesa da lei feita pelo ministro Joaquim Barbosa, dizendo que votava preocupado com os efeitos gerais da lei, e não com as restrições que elas impunham aos particulares. E aí entra a questão já mencionada cima: Quando restringimos o direito de alguém se candidatar, em especial quando restringimos o direito do franco favorito em se candidatar, é correto dizer que estamos defendendo o interesse geral em detrimento do interesse particular? É razoável entender que a população precisa ser tutelada a este ponto? Cremos que não.

Que o voto popular pode conduzir a escolhas desastrosas não há dúvida, já que o exemplo de Hitler é definitivo. Se esta constatação, no entanto, fosse apta a justificar as mais diversas e progressivas restrições ao exercício do direito de voto, então a própria democracia estaria em grave perigo.

Neste ponto, é bom lembrar que a lei de inelegibilidades - alterada pela lei da ficha limpa - veio, por sua vez, alterar a lei de inelegibilidades aprovada no auge da ditadura militar brasileira⁶⁰, que, como sabido, mantinha o congresso aberto ocasionalmente (e portanto fechava-o, como de fato fechou, mais de uma vez).

A lei em questão tirava da disputa eleitoral centenas de pessoas inimigas do regime, mas, quando se tratava de pessoas condenadas pela justiça, em geral exigia o trânsito em julgado. Mas havia exceções. Assim é que a lei, certamente inspirada pelos 'propósitos democráticos' de quem a sancionou, tornava inelegíveis os que participassem da organização ou do funcionamento de qualquer agrupamento, associação ou Partido 'cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem'. Mas há outro exemplo: em certos processos criminais, a lei da ditadura não só não exigia o trânsito em julgado como sequer requeria *qualquer* julgamento, bastava⁶¹ responder "a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, *enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados*'. Note-se, bastava a denúncia ser recebida, para que o sujeito perde-se o direito de se candidatar até que fosse absolvido. Não foram poucos os grandes políticos brasileiros impedidos de se candidatar por terem contra si uma denúncia por crimes contra a ordem política.

Não é por outra razão que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou tanto espaço para os direitos relacionados ao devido processo legal e não é por outra razão que os casos de inelegibilidade foram sensivelmente reduzidos. Numa democracia (o que não

era o caso do Brasil na década de 1970) o princípio democrático é a regra, e é por isso que Benedita Urbano afirma⁶² que:

As normas jurídicas que procedem à concreta regulamentação das exigências ou requisitos relacionados com a elegibilidade são supostas encerrar em si uma série de princípios constitucionais como seja, desde logo, o princípio democrático - o qual determina, entre outras coisas, que a elegibilidade deve constituir a regra e a inelegibilidade a exceção. (URBANO, 2004, p. 294)

É claro que os tempos são outros e seria leviano não distinguir entre os objetivos do governo autoritário - claramente retirar da disputa os que combatiam o sistema - e os objetivos da lei da ficha limpa: combater a corrupção e preocupar-se em dignificar a função pública. Tampouco podemos deixar de registrar que uma parte do movimento que apoiou a iniciativa da ficha limpa tem uma aversão pela política e pelos políticos tão perigosa quanto o problema que visam a combater.

De todo modo, nosso entendimento é de que a lei de inelegibilidades não deve ser “eleita” como instrumento maior para combater a corrupção. Se sua alteração trouxe algumas novidades boas politicamente e aceitáveis juridicamente, ela também trouxe muitos dispositivos de constitucionalidade mais do que duvidosa.

O problema, a nosso ver, é que o objetivo de limpar a bacia, não pode ser buscado a qualquer custo, sob pena de se jogar fora muito mais do que água suja.

Conclusão

Procurando responder ao anseio da sociedade brasileira por menos corrupção na política, o congresso nacional brasileiro aprovou a lei da ficha limpa, que amplia as hipóteses de inelegibilidade em várias direções, incluindo a possibilidade de que a inelegibilidade seja declarada como consequência de decisões judiciais contra as quais ainda cabe recurso e a possibilidade de que a inelegibilidade decorra de decisões proferidas em processos administrativos.

O movimento que culminou com a aprovação da ficha limpa e a própria norma em si, podem ser enquadrados dentro de uma busca contemporânea por uma nova responsabilidade dos titulares de funções públicas, uma responsabilidade que, em especial, privilegie um olhar prospectivo, partindo-se do conceito de responsabilidade funcional de Hart, expandido por Guido Gorgoni e sumariado na busca de um novo conceito constitucional de responsabilidade, como preconizado por Canotilho.

No entanto, verificamos que a lei da ficha limpa, não obstante aspectos positivos, acabou por ir longe demais em diversos pontos. Para além da possível inconstitucionalidade de alguns de seus excessos, resta a preocupação de que a ampliação dos casos de inelegibilidade não esteja transferindo, para o Judiciário e para outros órgãos, as responsabilidades que, numa democracia, devem caber aos eleitores.

THE NEW BRAZILIAN INELIGIBILITY ACT: A NEW KIND OF PROSPECTIVE RESPONSIBILITY? AT WHICH COST?

ABSTRACT: The new Brazilian Ineligibility Act, known as “Ficha Limpa” Act, breaks with a strong tradition of respect for the presumption of innocence as it allows potential candidates, running to political offices, to be declared ineligible, whenever the potential candidate has been considered guilty in certain kinds of actions, even if judgments on appeal are still pending. This work aims to study if this new form of ineligibility is a kind of prospective responsibility, demanded by the risk society, using H Hart’s concept of role responsibility as interpreted by Guido Gorgoni. After that, the work investigates if the Law, in pursuing the aim to avoid bad candidates, has not gone too far, threatening political rights and democracy itself.

KEYWORDS: The new Brazilian Ineligibility Act (“Ficha Limpa” Act). Prospective responsibility. Role responsibility. Presumption of innocence. Constitution. Democracy.

Referências

BEAUD, Olivier *Le sang contaminé*: Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants. Paris: PUF, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 2009.

_____. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra Modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *O princípio da presunção de não culpabilidade e a ordem constitucional*: Breves considerações acerca da Lei Complementar nº 135/2010. Maceió, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Princípio da responsabilidade*: Um princípio a rever na Constituição. Texto cedido aos doutorandos em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, turma 2010-2011. Coimbra, out. 2010.

CARVALHO, Jaílton de. PF Volta a Investigar TCEs do Rio e de Minas. *O Globo Online*. 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/11/23/pf-volta-investigar-tces-do-rio-de-minas-923094751.asp>>. Acesso em 25 nov. 2011.

EWALD, François. *Histoire de l’Etat Providence*. 2. ed. Paris: Grasset, 1996.

GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. Law as hope: Constitutions, courts, and social change in Latin America. *Florida Journal of International Law*, mar. 2004. Proceedings of the Fourth Annual Legal & Policy Issues in the Americas Conference (2003) Panel IV. Comparative Constitutional Approaches to the Rule of Law and Judicial Independence.

GORGONI, Guido. La responsabilità come progetto: primi elementi per un’analisi dell’idea giuridica di responsabilità prospettica. *Diritto e Società*, n. 2. Padova: Cedam, 2009.

HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility*. Essays in Philosophy of Law. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2008.

LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Integração Europeia, Direito Eleitoral, Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

MORAIS, Neira. *Ficha Limpa: Um mecanismo a favor da qualidade da representação democrática?* Trabalho apresentado ao Programa de Doutorado: Democracia no Século XXI, do Centro de Estudos Sociais - CES da Universidade de Coimbra. Disciplina: Democracia e Republicanismo. Coimbra, 2010.

O GLOBO ONLINE. *Justiça autoriza quebra de sigilo bancário de conselheiro do Tribunal de Contas de SP*. 6 ago. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/sp/mat/2009/08/06/justica-autoriza-quebra-de-sigilo-bancario-de-conselheiro-do-tribunal-de-contas-de-sp-757145555.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

OST François; VAN DE KERCHOVE Miguel. O presente, horizonte paradoxal das sanções reparadoras. In: *Filosofia do Direito e Direito Econômico: Que diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat*. Lisboa: Piaget. 2001.

PAPAUX, Alain (Org). *Introduction à la Philosophie du "Droit en Situation": De la codification légaliste au Droit Prudential*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967.

ROUSSEL, Violaine. Scandale et Redéfinitions de la Responsabilité Politique. *Revue Française de Science Politique*, v. 58, n. 6. Paris: Science Politique, dez. 2008. p. 953-984

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid, Barcelona: Marcel Pons, 2003.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: Contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

Notas

¹ Emenda Constitucional de Revisão nº 4.

² Lei nº 8.429/92.

³ Os tipos infracionais estão previstos nos artigos 9º a 11 da Lei. Um dos pontos mais polêmicos da Lei é a possibilidade de condenação pela violação do "tipo" previsto no caput do art. 11 da Lei: "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública *qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade* às instituições, e notadamente:" Com base neste dispositivo, com efeito,

diversos agentes políticos foram processados por violação ao “princípio da legalidade” em situações onde a legalidade ou não de determinada conduta era objeto de enorme divergência doutrinária.

- ⁴ Em linhas muito gerais é possível dividir as inelegibilidades em dois grandes grupos. Primeiro temos aquelas que decorrem de uma característica ostentada por determinada pessoa (e que atingirá qualquer pessoa que ostente, temporariamente ou não, aquela característica) e, por outro lado, temos as inelegibilidades decorrentes de um fato passado (condenação em determinado processo, por exemplo). Exemplos do primeiro tipo são a inelegibilidade dos analfabetos e a que atinge “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”. A grande distinção entre os dois grupos é que as inelegibilidades do primeiro grupo, de que não trataremos neste trabalho, não podem ser consideradas sanções, já as do segundo, a nosso ver (mas a questão é polêmica), configuram um tipo de sanção (restritiva de direito) vinculada a outra (à pena propriamente dita decorrente de sentença criminal, ou à obrigação de reparar decorrente de uma condenação em uma ação de improbidade ou em uma ação popular). Benedita Urbano, embora considere que a inelegibilidade como efeito secundário de condenação criminal, não é propriamente uma inelegibilidade (vide próxima nota) reconhece que a doutrina estrangeira por vezes a qualifica – como defendemos – de inelegibilidade *sanção* (URBANO, 2004, p. 299).
- ⁵ Para outras formas de distinção dos casos de elegibilidade e inelegibilidade, inclusive considerando que a “privação de direitos políticos em virtude de uma decisão judicial de condenação” não deveria ser considerada uma inelegibilidade, e sim um problema de capacidade eleitoral passiva, uma vez que a inelegibilidade se destinaria precipuamente a garantir a isonomia na corrida eleitoral, vide Maria Benedita M. P. Urbano (2004, p. 284 e 287).
- ⁶ No lugar de crimes contra o mercado financeiro entraram os crimes contra o sistema financeiro.
- ⁷ Agora somente aqueles para os quais a lei comine pena privativa de liberdade.
- ⁸ Com poucas exceções (basicamente decisões tomadas pelo pleno ou pelos órgãos especiais dos tribunais e decisões tomadas em conjunto por duas câmaras) os órgãos colegiados na Justiça Brasileira deliberam com a participação de três magistrados.
- ⁹ Alínea “g” do inciso I do art. 1º. Na verdade, a rejeição de contas já era causa de inelegibilidade na redação anterior, mas ela era suspensa pelo mero *ingresso* com uma ação judicial. Com a nova redação, a inelegibilidade só não prevalecerá se houver uma decisão judicial suspendendo a decisão da Corte de Contas ou da respectiva casa legislativa conforme o caso.
- ¹⁰ Alínea “l” do inciso I do art. 1º.
- ¹¹ Alínea “o” do inciso I do art. 1º.
- ¹² À qual se pode acrescentar o próprio sistema de contra-ordenações do direito administrativo sancionador.
- ¹³ Nos quadrantes da responsabilidade civil pelo dano ambiental, que preferimos (retirando-a completamente do âmbito do direito civil) denominar de responsabilidade pela reparação do dano ambiental, é verdade que existem vários remédios jurídico-processuais que permitem a atuação do direito antes que o dano ocorra, e exatamente a fim de evitar a sua ocorrência, o que é muito evidente no âmbito das ações civis públicas. Isto, na verdade, longe de afastar as premissas deste trabalho até as reforça, pois o direito ambiental é exatamente a área onde a necessidade de evitar o dano sempre teve um peso preponderante em relação à mera busca da recomposição do dano já consumado.
- ¹⁴ Cf. Rescigno (1967, p. 45).
- ¹⁵ Cf. Lomba (2008, p. 23).
- ¹⁶ É preciso notar que no campo da responsabilidade política aquilo que chamamos de “elementos comuns aos diversos esquemas de responsabilidade”, embora igualmente presentes, são flexibilizados a extremos inviáveis em outros quadrantes da responsabilidade, o que é um dos motivos para que muitos autores considerem que a responsabilidade política, ainda que em parte conformada por regras jurídicas, não é uma responsabilidade propriamente jurídica. Aliás, é essa flexibilização que, ainda que possa ser adequada ao sistema de responsabilidade puramente política (com a sanção máxima, ou única, limitada à perda do cargo), gera problemas gravíssimos quando

transplantada à responsabilidade penal, como bem apontado por Olivier Beaud (1999, p. 105 e ss). Especificamente sobre a questão temporal, vale observar que, se a responsabilidade penal e o sistema de contra-ordenações só punem alguém por algo que tenha praticado ou deixado de praticar no passado, o sistema de responsabilidade política de certa forma “flexibiliza” esta regra, já que, por vezes, admite a “aplicação da pena” - a perda de um cargo político - porque a descoberta de que um agente praticou um ato no passado (por vezes sem qualquer relação com a função pública), como que “projeta-se” ao ponto de gerar a presunção de que o agente poderá cometer algo no futuro, inviabilizando, politicamente, sua permanência no cargo. De certa forma esta “flexibilização” da linha temporal está presente nos pressupostos da lei da Ficha Limpa, como veremos mais à frente.

¹⁷ Para Canotilho (2003, p. 555), “o conceito de responsabilidade *constitucional* tem potencialidades para abranger ‘a responsabilidade civil das entidades públicas’, a ‘responsabilidade político-criminal dos titulares dos cargos políticos’ e a ‘responsabilidade política’”.

¹⁸ A Lei da Ficha Limpa será analisada, em especial, sob o enfoque de *uma* das direções tomadas por este repensar da responsabilidade, em especial da responsabilidade dos agentes políticos, que privilegia o olhar prospectivo. Mas não se pode perder de vista que esta é apenas *uma* das direções possíveis. É preciso, portanto, registrar que a mesma sociedade de risco que provoca, à luz do princípio da precaução, um olhar prospectivo, também causa um movimento na direção diametralmente oposta com um reforço radical da responsabilidade retrospectiva e punitiva, alcançada com a progressiva penalização da responsabilidade política. Para um histórico dessa ‘outra direção’ vide Violaine Roussel (2008, p. 953-984).

¹⁹ Cf. Papaux (2006, p. 226 e segs).

²⁰ Vide, por exemplo, Roussel (2008, p. 959 e 981).

²¹ O ponto levantado por Schmidt-Assmann (2003, p. 176) também é muito importante em relação à responsabilidade retrospectiva pois a outra reação (outra em relação à tentativa de direcionar a responsabilidade para o futuro) à existência de novos riscos é a tentativa - dramática na França, mas também ensaiada no Brasil - de criminalizar a responsabilidade política. Sobre o tema veja-se Olivier Beaud (1999).

²² A colocação é de Canotilho, que desenvolve o tema da seguinte forma: “O *paradigma da sociedade de risco* obriga a teoria da constituição a compreender novos conceitos da teoria social como é, precisamente, o conceito de risco. Ao lado de categorias e conceitos jurídicos como contrato, direito subjetivo [...], o conceito de *risco* parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades altamente industrializadas. [...] Um dos problemas fundamentais da sociedade do risco é o da radical assinalagnaticidade do risco. Quer-se com isto dizer que o risco de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl, terrorismo) é *criado* por uns e *suportado* por outros. Mas não só isso. Quem *participa* nas decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras. [...] O problema que se coloca, em sede de teoria da constituição, é o de saber se ela pode contribuir para a *modernização reflexiva*, isto é, para a análise e crítica do desenvolvimento científico-tecnológico, para a desmonopolização dos conhecimentos e, conseqüentemente: (1) para a democratização do conhecimento dos efeitos secundários das decisões de risco; (2) para a democratização do desapossamento da política a favor da ciência e da técnica. Se quisermos empregar termos mais clássicos, diríamos que o problema da Constituição é o de saber se ela pode reabilitar a virtude aristotélica da *prudência* que outra coisa não é senão a escolha racional de decisões em situações de incerteza. Aí está o problema: os procedimentos, formas e instituições de uma *democracia de risco* e de uma *justiça de risco* passam também pela articulação de vários subsistemas (científico, econômico, político, jurídico) que um esquema normativo-constitucional dificilmente pode assegurar. Por outras palavras: a teoria da constituição defronta o problema da conformação da *comunidade política do risco*, com as questões inerentes de uma *nova democracia participatória* e de uma *nova cidadania de risco*” (CANOTILHO, 2003, p. 1.354-1.355).

²³ Cf. Canotilho (2010, p. 8), que especificamente classifica a responsabilidade política como uma *role responsibility*, que veremos a seguir.

²⁴ Cf. Lomba (2008, p. 49).

²⁵ Cf. Hart (2008).

- ²⁶ Descrita em menos de duas páginas, pois a preocupação de Hart nos ensaios era, como o título indica, a relação entre punição e responsabilidade (com ênfase no direito criminal).
- ²⁷ Num mundo em que tantos “intelectuais” são tão cheios de certezas é interessante ver a forma com que Hart desenvolve seu raciocínio, já que ele inicia a explicação sobre a distinção entre estas situações com a seguinte expressão: “I think, though I confess to not being sure ...” (HART, 2008, p. 213).
- ²⁸ Por exemplo, o tempo do mandato político.
- ²⁹ Hart (2008, p. 213) chega a afirmar que a responsabilidade - no sentido funcional - “pode ser jurídica, moral, ou estar fora dessa dicotomia”.
- ³⁰ E talvez pulando o presente, o que nos faz ter em mente a advertência de François Ost e de Miguel Van de Kerchove (2001, p. 518): “O presente não constitui apenas o grande ausente paradoxal da maior parte das teorias do tempo. Constitui igualmente o grande ausente das teorias jurídicas da sanção em geral e da pena em particular”.
- ³¹ Cujo texto sobre a matéria constitui a provocação inicial a partir da qual surge este trabalho.
- ³² “O Princípio da responsabilidade: Um princípio a rever na constituição”. Minuta de texto distribuído para debate com os doutorandos em direito público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, outubro de 2010, p. 8.
- ³³ O que nos lembra o “constitucionalismo de expectativas” (aspirational constitutionalism) do trabalho de Mauricio Garcia-Villegas (2004).
- ³⁴ Art. 14, § 9º.
- ³⁵ Lei nº 9.650/98.
- ³⁶ Art. 38-A da Lei nº 9.605/98.
- ³⁷ Lei nº 11.428/06 (que não por acaso foi a lei que introduziu o art. 38-A na Lei nº 9.605).
- ³⁸ Cf. Bomfim (2010). Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.
- ³⁹ Se a existência de um direito ao “duplo grau” (ou seja, de um direito a pelo menos um recurso), como corolário do direito de “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV da Constituição Brasileira) ainda que possa ser objeto de alguma polêmica, tem sido reconhecido pelo STF (por ex. HC nº 104.285/MG, Relator: Min. Ayres Britto J. 19/10/2010, 2ª Turma DJe-228 Divulg 26/11/2010 Public 29/11/2010) mesmo em processos de atribuição do júri (onde vigora a regra - art. 5º XXVIII “c”- da soberania dos respectivos veredictos), com muito mais razão deve ser reconhecido em processos identicamente punitivos mas que não ostentam a mesma regra de “soberania” dos veredictos. Na verdade, boa parte da polêmica em torno do “duplo grau” refere-se a saber se ele se estende a outros processo fora da órbita penal, onde normalmente é reconhecido (de forma expressa, por exemplo, na Constituição Portuguesa - art. 32 “1”). Canotilho, por exemplo, afirma ser “discutível” a sua “generalização em sede civil e administrativa” para concluir que: “O duplo grau de jurisdição terá razão de ser em processos em que estejam em causa esquemas sancionatórios particularmente agressivos para os cidadãos”, dando como exemplos o processo de falência e aqueles processos disciplinares com penas particularmente graves (CANOTILHO, 2003, p. 667). Ora, considerando que a inelegibilidade é uma sanção particularmente grave entendemos que não há como afastar a garantia do duplo grau nos processos em que ela está em jogo.
- ⁴⁰ Exclui-se desta exigência, por razões óbvias, os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal.
- ⁴¹ Considerando o caso mais comum, que é o de um julgamento por um juiz singular em 1ª instância e por três desembargadores em 2ª instância.
- ⁴² Como já dito, a rejeição de contas já era causa de inelegibilidade na redação anterior, mas ela era suspensa pelo mero recurso ao Poder Judiciário.
- ⁴³ Para uma excelente análise comparativa, ainda que feita há mais de uma década, veja-se, Eugenio Raul Zaffaroni (1995).
- ⁴⁴ E, mesmo assim, graves problemas são encontrados, o que justificou em parte a criação do Conselho Nacional de Justiça.
- ⁴⁵ Existe uma Corte de Contas federal e pelo menos um tribunal de contas em cada estado. Além disso, alguns estados possuem tribunais de contas específicos para os respectivos municípios (caso do Estado do Ceará, por exemplo) e, alguns municípios possuem uma corte de contas específica (caso do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro).

- ⁴⁶ É preciso registrar o aparecimento recente de diversos escândalos envolvendo cortes de contas. Veja-se, por exemplo, as seguintes matérias publicadas no sítio do jornal O Globo, em 24/11/2010 (<<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/11/23/pf-volta-investigar-tces-do-rio-de-minas-923094751.asp>>) e em 6/8/2009 (<<http://oglobo.globo.com/cidades/sp/mat/2009/08/06/justica-autoriza-quebra-de-sigilo-bancario-de-conselheiro-do-tribunal-de-contas-de-sp-757145555.asp>>). Ainda que seja necessário ressaltar a já mencionada presunção de inocência os fatos são no mínimo preocupantes quando se pretende emprestar uma força especial a determinadas decisões de tais cortes.
- ⁴⁷ Alínea “I” do inciso I do art. 1º.
- ⁴⁸ Resp nº 480.387-SP, Relator Ministro Luis Fux, 1ª Turma, julgado em 16/3/2004, publicado no DJ em 24/5/2004.
- ⁴⁹ Como se não bastasse, é comum - em grandes estruturas, como as secretarias de saúde e de educação de estados e municípios - a demissão do serviço público por abandono do emprego. Não que o abandono não deva ter consequências, mas punir com a inelegibilidade um professor que, por vezes anuncia sua saída ao diretor da escola, mas que não formaliza o pedido na sede da secretaria, sendo “formalmente demitido por abandono”, não nos parece razoável.
- ⁵⁰ Aqui, aliás, há um argumento de interpretação sistemática na própria lei, que é o fato do dolo ter sido exigido nas condenações em ações de improbidade, não fazendo sentido excluí-lo das condenações penais, sabidamente mais gravosas.
- ⁵¹ Sem falar da importantíssima questão da sua aplicação retroativa ou não, que igualmente traz importantes questões constitucionais, mas que não é objeto do presente trabalho (o que não nos impede de expor nossa posição francamente contrária àquilo que não conseguimos descrever de outra forma que não a de uma aplicação retroativa de sanção, a nosso ver vedada pela constituição).
- ⁵² Agradecemos à autora a disponibilização de cópia do trabalho.
- ⁵³ A ironia é que o partido do vereador, PSOL, foi, desde o início, um dos maiores defensores do projeto “Ficha Limpa”.
- ⁵⁴ Rcl nº 10.548/CE, j.: 26/08/2010, DJe-169, de 13/9/2010; Rcl nº 10.496/CE, j.: 28/9/2010, DJe-185, de 1º/10/2010; Rcl nº 10.538/CE, j.: 28/9/2010, DJe-185, de 1º/10/2010; Rcl nº 10.547/CE, j.: 28/9/2010, DJe-185, de 1º/10/2010; Rcl nº 10.611/GO, j.: 28/9/2010, DJe-185, de 1º/10/2010; Rcl nº 10.557-MC/CE, j.: 13/9/2010, DJe-212, de 5/11/2010; Rcl nº 10.550/CE, j.: 1º/10/2010, DJe-196, de 19/10/2010.
- ⁵⁵ Rcl nº 10.616-MC/CE, j.: 13/9/2010, DJe-173, de 17/9/2010; Rcl nº 10.551-MC, j.: 2/9/2010, DJe-171, de 15/9/2010; Rcl nº 10.493 MC/CE, j.: 26/8/2010, DJe-162, de 1º/9/2010.
- ⁵⁶ AC nº 2.688/PR, j.: 31/8/2010, DJe-165, de 6/9/2010; AI nº 608.960/PR, j.: 2/8/2010, DJe-154, de 20/8/2010; Rcl nº 10.323 MC/ES; Rcl nº 10.501, j.: 6/10/2010, DJe-192, de 13/10/2010; AC nº 2.680-MC, j.: 9/9/2010, DJe-171, de 15/9/2010; Rcl nº 10.604/DF, j.: 8/9/2010, DJe-170, de 14/9/2010; AC nº 2.654 MC/SC, j.: 2/7/2010; MS nº 28.907/DF, j.: 24/6/2010, DJe-141, de 2/8/2010; AI nº 818.667, j.: 30/9/2010, DJe-191, de 11/10/2010; Rcl nº 10.602/CE, j.: 8/9/2010, DJe-170, de 14/9/2010; AI nº 825.711, j.: 29/11/2010, DJe-235, de 6/12/2010.
- ⁵⁷ RE nº 631.102/PA e RE 630.147/DF. Em ambos os processos estava em jogo a candidatura de políticos sobre os quais pesam diversas acusações. Políticos tão “mal vistos” pela mídia nacional que podem mesmo ser considerados como o alvo típico que o movimento que propôs a lei da ficha limpa procurava atingir. Não obstante, continuavam a ser altamente populares em seus respectivos estados e, em um dos casos, o político em questão era amplamente favorito para vencer as eleições para governador.
- ⁵⁸ Os julgamentos, ao menos em parte, encontram-se disponibilizados na página do STF na rede mundial de computadores.
- ⁵⁹ O STF se encontra atualmente com apenas 10 ministros, já que a vaga aberta pela aposentadoria do Ministro Eros Grau ainda não foi preenchida. No segundo empate, ou seja, no segundo julgamento, o STF acabou, por via da aplicação por analogia de uma regra regimental, entendendo que a decisão recorrida era mantida, com o que, por hora, prevaleceu o entendimento da plena aplicação da lei da ficha limpa.

⁶⁰ Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970.

⁶¹ Art. 1º I, “n”.

⁶² Canotilho (2003, p. 301-302), na mesma linha, considera que o princípio da universalidade é um dos princípios materiais do sufrágio que, por sua vez, “é um instrumento fundamental da realização do princípio democrático”. Em seu “sentido dinâmico” o princípio da universalidade torna “inconstitucionais restrições ao direito de sufrágio desnecessárias e desproporcionadas (inelegibilidades e incompatibilidades) ou consideradas como conseqüências automáticas de certas actividades (ex. perda do direito de voto como ‘pena acessória’ em caso de condenação por actividade criminal)”, embora comporte “restrições assentes em ‘motivos ponderosos’”.