

A HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE DA ALÍNEA “L”, INCISO I, ARTIGO 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90, INTRODUZIDA PELA LC Nº 135/2010

Gabriela Guimarães Peixoto¹

Considerações iniciais

Objeto de vultoso debate, a questão da validade da Lei Complementar nº 135 de 2010 traz tema de relevância incontestada para o domínio da doutrina eleitoral, sobretudo diante da proximidade das eleições de 2012, quando os seus dispositivos terão, enfim, plena eficácia.

A tão aclamada Lei da “Ficha Limpa”, editada em 4 de junho de 2010, teve sua aplicação diferida no tempo em razão do julgamento do RE nº 633.703/MG, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu por bem, sem examinar a validade ou a constitucionalidade da lei, aplicar o princípio da anterioridade eleitoral inscrito no artigo 16 da Constituição Federal.

Dentre as diversas alterações promovidas pela LC nº 135/2010, foi introduzida a alínea “l” ao inciso I do artigo 1º da LC nº 64/90, que trata da inelegibilidade decorrente de condenação, colegiada ou transitada em julgado, à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Com essas mudanças, nasce uma nova consequência para a condenação por improbidade administrativa, para além da perda temporária de direitos políticos, que é a incidência da sanção de inelegibilidade, desde a condenação ou trânsito em julgado, até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

¹ Advogada perante os Tribunais Superiores. Especialista em direito eleitoral.

Assim, tem-se que a hipótese de incidência contemplada pela inelegibilidade da alínea “I” se perfaz pela simples condenação colegiada por ato doloso de improbidade administrativa, sem a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão, antecipando-se os efeitos da condenação por improbidade administrativa e exasperando as suas consequências.

Por outro lado, o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal, ao remeter ao artigo 37, §4º, também da Constituição Federal, que expressamente indica a necessidade de elaboração de lei ordinária para dar aplicabilidade ao dispositivo constitucional, a saber, a Lei nº 8.429/92, demanda a formação do trânsito em julgado a fim de que sejam suspensos os direitos políticos de determinado cidadão e a gradação na aplicação das sanções.

O presente artigo busca, portanto, apresentar a questão acima resumida e discutir a validade da alínea “I”, mormente em vista da exigência da formação da coisa julgada para que incidam as consequências da condenação por improbidade administrativa e se concretize a suspensão dos direitos políticos, bem como da proporcionalidade das consequências impostas por essa norma.

Suspensão de direitos políticos e Inelegibilidade

Antes de examinar os institutos da suspensão dos direitos políticos e da inelegibilidade, cumpre observar que não se pretende questionar no presente artigo a indiscutível diferença entre eles, mas, antes de se adentrar o exame da alínea “I”, estabelecer a natureza e as consequências de cada um deles.

Os direitos políticos cuidam das prerrogativas e dos deveres inerentes à cidadania, que nada mais é do que o atributo político que permite que determinado cidadão possa participar do governo, da organização e do funcionamento do Estado, seja de maneira direta ou indireta.

Trata-se, pois, de direito subjetivo que se caracteriza pela capacidade ou poder de influir na formação da vontade do Estado, direta ou indiretamente, na produção da ordem jurídica em que a “vontade do Estado” se exprime – essa participação na elaboração das normas jurídicas é a característica fundamental da forma Democrática de Estado, em contraposição à forma autocrática, em que não há direitos políticos².

A Constituição Federal da República traz no Capítulo IV do Título II, que cuida dos direitos políticos, o conjunto de normas e regras que regulam a atuação da soberania popular, que constituem o desdobramento do princípio democrático inscrito no artigo 1º, segundo o qual todo poder emana do povo³.

Formam, portanto, a base do sistema democrático, tratando, do direito à participação no processo político, ao sufrágio universal, ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos, conforme se extrai do Capítulo IV do Título II, da Constituição Federal⁴.

Assim, os direitos políticos disciplinam as diversas manifestações da soberania popular, a qual se concretiza pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto – com valor igual para todos –, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (artigo 14, *caput* e incisos I, II e III, CF), conferidos aos nacionais que preencham determinados requisitos, ou seja, aos cidadãos, que são os titulares dos direitos políticos (art. 1º, CF).

Os direitos políticos podem ser divididos, segundo José Afonso da Silva, na modalidade ativa e passiva e também entre positivos e negativos. Os

² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 155.

³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 743.

passivos cuidam do eleitor e de sua atividade, ao passo que os direitos políticos ativos referem-se aos elegíveis e aos eleitos⁵.

Os direitos políticos positivos, por sua vez, compreendem o conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação política, por meio do sufrágio (direito de votar), do direito de elegibilidade (direito de ser votado), do direito de voto nos plebiscitos e referendos, do direito de iniciativa popular, de propor ação popular e de organizar e participar dos partidos políticos.

Já os direitos políticos negativos referem-se às determinações constitucionais que importem privar o cidadão daquele processo político, de modo definitivo ou temporário, assim como às regras de restrição à elegibilidade dos cidadãos (inelegibilidades)⁶.

Assim, a inelegibilidade, que é a ausência ou perda do direito de ser votado, está compreendida dentre os direitos políticos negativos, cujas consequências também abrangem a privação do direito de sufrágio, além de outras restrições, tais como a impossibilidade de investidura em cargo público, de participação em atividade partidária e de obtenção de passaporte⁷.

A doutrina jurídica estabeleceu diversos conceitos para definir o que é a inelegibilidade, dentre os quais se destaca a posição de Adriano Soares da Costa, que define a elegibilidade como o direito subjetivo público de ser votado (direito de concorrer a mandato eletivo), ao passo que a inelegibilidade seria o estado jurídico negativo de quem não possui tal direito subjetivo, seja porque nunca o teve, seja porque o perdeu⁸.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215

⁷ A propósito, sobre a relação entre inelegibilidade e direitos políticos, vale destacar trecho de acórdão do TSE, segundo o qual *a inelegibilidade importa no impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos* (Ac. de 3.6.2004 no AgRgAg nº 4.598, rel. Min. Fernando Neves).

⁸ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 147.

Para José Jairo Gomes, inelegibilidade é o *impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo, [...] trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos, e, pois, exercer mandato representativo*⁹.

As inelegibilidades, segundo a doutrina tradicional, podem ser divididas entre as espécies, inelegibilidade inata, que decorre da ausência de elegibilidade, ante a ausência de condições de elegibilidade, e inelegibilidade cominada, que é decretada por alguma decisão judicial anterior.

Sem examinar a discussão acerca de ser ou não a inelegibilidade sanção¹⁰, fato é que, em diversas situações descritas pela LC nº 64/90, a inelegibilidade não precisa ser imposta na própria condenação, mas nasce dela como sua consequência direta e imediata, impedindo o registro de determinadas candidaturas, como nos casos de condenação criminal, contas rejeitas e, também, agora com a edição da LC nº 135/2010, na hipótese de suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa.

Assim, independente de ser sanção ou não, a inelegibilidade cominada é sempre efeito jurídico decorrente de determinados fatos descritos nas normas que cuidam das causas de inelegibilidade, vale dizer, consequência atribuída a determinadas hipóteses de incidência¹¹ (abuso de poder, captação ilícita de sufrágio, condenação criminal, rejeição de contas, suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa, entre outros).

⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 145

¹⁰ Não há dúvidas de que a inelegibilidade não é sanção criminal em sentido estrito, mas, respeitando posições contrárias, é certo que em determinadas circunstâncias a inelegibilidade nada mais é do que uma sanção típica do direito eleitoral, que implica restrição ou limitação ao direito que o cidadão tem de ser votado.

¹¹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 147.

A hipótese de suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa

O cidadão pode ser privado de seus direitos políticos de modo definitivo ou temporário nas hipóteses expressamente delimitadas pela Constituição Federal, que estabelece a natureza, forma e principalmente os efeitos da perda ou suspensão dos direitos políticos.

A Constituição Federal de 1988, com a instauração de uma ordem verdadeiramente democrática, veda a cassação dos direitos políticos, ou seja, a supressão arbitrária ou autoritária desses direitos, conforme estabelece o *caput* do artigo 15 da Constituição Federal, mas permite, através de um rol exaustivo, a perda ou suspensão dos direitos políticos em determinados casos excepcionais.

O artigo 15 indica que a perda ou a suspensão se dá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; de incapacidade civil absoluta; de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; de recusa de cumprir obrigação imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII; bem como de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º, também da Constituição.

A incidência de uma dessas causas de perda ou suspensão de direitos políticos deve ser comunicada ao juiz eleitoral, a quem cumpre incluir o nome do cidadão em um sistema de dados para impedi-lo de participar das próximas votações, seja ativa (eleitor) ou passivamente (candidato).

Além disso, aquele que estiver exercendo um mandato eletivo perderá imediatamente o seu mandato, observado, para os Deputados Federais e Senadores da República, a exceção inscrita no artigo 55, V e VI, §2º da Carta Magna¹².

¹² Anote-se, por oportuno, que o §2º do inciso VI do artigo 55 determina que nos casos de suspensão de direitos políticos, a perda de mandato deverá ser decidida pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, mediante provocação da mesa ou de partido político representado no Congresso, assegurada a ampla defesa.

A hipótese de suspensão de direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa, que pela primeira vez surge no ordenamento constitucional pátrio, se dá, segundo o disposto no inciso V do artigo 15 da Constituição Federal, nos termos do §4º do artigo 37 da Carta Magna, o qual disciplina os princípios da administração pública, em especial o da moralidade administrativa.

Esse último dispositivo constitucional, por sua vez, estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, além da perda da função pública, da indisponibilidade dos bens e do ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O artigo 37, §4º, da Constituição Federal, revela norma de eficácia limitada¹³, que demandava normatividade ulterior para sua incidência, o que se deu vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei nº 8.429 de 1992, denominada Lei da Improbidade Administrativa.

O constituinte limitou-se, pois, a disciplinar a questão da improbidade administrativa e as suas consequências (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário), outorgando ao legislador ordinário a incumbência de complementar a norma constitucional e regulamentar a matéria, estabelecendo as condições em que se dá a suspensão dos direitos políticos (forma e gradação)¹⁴.

Com efeito, o referido §4º do artigo 37 foi devidamente complementado pela edição da Lei nº 8.429 de 1992, que de forma legítima,

¹³ Vale lembrar que as normas constitucionais podem ter eficácia plena, que são aquelas autoexecutáveis e aptas a produzir todos os seus efeitos; contida, que também estão aptas a produzir todos os seus efeitos, mas podem ser reduzidas por deliberação do legislador ordinário; ou limitada (reduzida), que somente produzem todos os seus efeitos após a edição normativa infraconstitucional posterior.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215.

obedecendo ao comando constitucional, dispôs em seu artigo 20¹⁵ que nos processos de improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos só produz os seus efeitos após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Desse modo, a Lei de Improbidade Administrativa (artigo 20), por delegação constitucional (artigo 37, §4º), reconhecendo a necessidade de se resguardar a segurança jurídica para a preservação do Estado Democrático de Direito, em conformidade com o sistema constitucional de 1988, e também reconhecendo a incidência do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade em matéria de improbidade administrativa, condicionou a grave medida restritiva de suspensão de direitos políticos à formação da coisa julgada.

Além disso, a lei ordinária não apenas exigiu a ocorrência do trânsito em julgado para imposição da suspensão dos direitos políticos, como dispôs que tal medida não é efeito automático da sentença condenatória, mas demanda deliberação prévia e fundamentada (transitada em julgado) do órgão jurisdicional competente para julgar o ato de improbidade administrativa, podendo até mesmo ser excluída, uma vez que as sanções não são necessariamente cumulativas.

Portanto, note-se que a suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa nem sempre se dá de forma imediata, uma vez que pode até mesmo ser afastada por determinação judicial, diferentemente do que ocorre no caso de suspensão dos direitos políticos em razão da condenação criminal, da qual a suspensão é sempre reflexo automático (artigo 15, III, CF).

Por outro lado, o artigo 12 da Lei nº 8.429 de 1992 estabelece os parâmetros para aplicação da sanção de suspensão de direitos políticos, a depender do grau de ofensa à probidade administrativa. Já o parágrafo único do artigo 12 dispõe que cumpre ao juiz fixar a sanção cabível, de modo discricionário, observando a extensão do dano, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, por um período que pode ser compreendido de

¹⁵ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

três a dez anos, cuja efetivação está sempre condicionada ao trânsito em julgado da decisão condenatória¹⁶.

Assim, os dispositivos constitucionais que cuidam da suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa se vinculam de modo expresso a uma conformação com a lei ordinária, a dizer, a Lei nº 8.429/92, que expressamente exige o trânsito em julgado da decisão condenatória e dispõe sobre a discricionariedade na aplicação do período de suspensão de direitos políticos por três a dez anos.

A exigência do trânsito em julgado para suspensão dos direitos políticos e a garantia de presunção de não culpabilidade em matéria de improbidade administrativa

Sobre a aplicação do princípio da presunção da inocência em matéria eleitoral, há muito a jurisprudência e a doutrina discutem se a inelegibilidade é ou não pena e se, portanto, estaria protegida pela garantia constitucional da presunção de não culpabilidade.

Entretanto, pouco importa, para o exame da validade da alínea “f” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, com a introdução da LC nº 135, saber se essa inelegibilidade decorrente da condenação à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa tem natureza de sanção ou pena.

A bem da verdade, cuida-se de hipótese de inelegibilidade consequência ou de inelegibilidade cominada, que é decretada em razão de

¹⁶ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).
Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

decisão judicial anterior – no caso, condenatória à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa.

Com efeito, a inelegibilidade decorrente da suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa, que importe lesão ao erário e enriquecimento ilícito, sequer precisa ser imposta na condenação, mas dela decorre como consequência direta e imediata (como qualquer inelegibilidade cominada), impedindo o registro de determinado pretense candidato que incidir nessa hipótese fática.

Por essa razão, independente de ser sanção ou não, a inelegibilidade cominada é sempre efeito jurídico decorrente de alguma decisão judicial anterior, ou seja, é consequência direta da verificação da hipótese de incidência descrita na alínea “f”, qual seja, condenação à suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa que importe lesão ao erário e enriquecimento ilícito.

Assim, em se tratando de consequência de uma determinada hipótese fática, deve-se, antes de tudo, indagar sobre a incidência da hipótese fática inscrita na alínea “f”.

Como demonstrado acima, a Lei de Improbidade Administrativa, a quem competia dar plena eficácia ao disposto no artigo 37, §4º (norma de eficácia limitada), expressamente autorizada pela Constituição Federal, adotou a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para efetivar a suspensão dos direitos políticos, reconhecendo a aplicação do princípio da não culpabilidade na esfera administrativa.

Portanto, a suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa depende, por deliberação constitucional e complementação infraconstitucional, da formação da coisa julgada para se concretizar e fazer incidir os seus efeitos.

Vale dizer, não há suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa sem o trânsito em julgado, pelo que não pode haver

incidência da hipótese delineada pela alínea “f”, sem a formação da coisa julgada.

Importa destacar que a coisa julgada tutela o princípio da segurança jurídica em seu aspecto objetivo, porquanto as decisões judiciais se tornam definitivas e imodificáveis com o trânsito em julgado, atendendo à racionalidade do ordenamento jurídico.

Com efeito, a garantia de presunção da não culpabilidade ou da inocência foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apresentando-se indissociável ao conceito de Democracia, e atualmente está inserida no artigo XI, que diz que *todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*

Também no Pacto de San Jose da Costa Rica, assinado em 1969, do qual o Brasil é signatário, contém disposição no artigo 8º, inciso II, que enuncia que *toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*

Nos ordenamentos constitucionais brasileiros anteriores à 1988, não havia expressa disposição sobre o princípio da presunção da inocência, que extraído, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma interpretação do artigo 150, §35, na Carta de 67, com a EC de 69, como regra imanente ao sistema constitucional.

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, contempla o princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, no inciso LVII do artigo 5º, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes da sentença condenatória em processo criminal, como um direito fundamental.

A garantia constitucional da presunção da inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, revela-se oponível ao arbítrio,

limitando o poder do Estado, mormente para proteção dos direitos fundamentais, inclusive os direitos políticos.

Seguindo esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, conferiu aplicação ao princípio da presunção da inocência ao domínio civil e político, para além da esfera penal, destacando-se o julgamento da ADPF nº 144.

O objeto da ADPF nº 144, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, era questionar a interpretação do §9º do artigo 14 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 4/94¹⁷, a fim de permitir a inelegibilidade fundada na vida pregressa, mesmo sem lei que definisse os seus termos e sem aguardar o trânsito em julgado.

Embora o seu julgamento tenha sido anterior à edição LC nº 135, nele ficou assentado (com efeito vinculante) que, a despeito de o Congresso Nacional possuir autorização para estabelecer hipóteses de inelegibilidade, haveria, necessariamente, de se observar o princípio da presunção da inocência, sobretudo em matéria de improbidade administrativa, conforme o seguinte trecho de sua ementa:

[...] HIPÓTESE DE INELEGIBILIDADE – ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) – RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” – IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COM VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO “CORNERSTONE” EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -

¹⁷ A nova redação passou a dispor que: *a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*

NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, C/C O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA.¹⁸

Naquela oportunidade, o relator Ministro Celso de Mello, afirmou, ainda, que:

A exigência de coisa julgada – que representa, na constelação axiológica que se encerra em nosso sistema constitucional, valor de essencial importância na preservação da segurança jurídica – não colide, por isso mesmo, com a cláusula de probidade administrativa nem com a que se refere à moralidade para o exercício do mandato eletivo, pois a determinação de que se aguarde a definitiva formação da autoridade da “res judicata”, [...] encontra plena justificativa na relevantíssima circunstância de que a imposição, ao cidadão, de gravíssimas restrições à sua capacidade eleitoral, deve condicionar-se ao trânsito em julgado da sentença, seja a que julga procedente a ação penal, seja aquela que julga procedente a ação civil por improbidade administrativa.

Além se determinar que a presunção da inocência irradia os seus efeitos, contra o abuso do poder e a prepotência do Estado, para esferas não criminais (com exceção dos casos previstos na Constituição), bem como que a imposição ao cidadão de gravíssimas restrições à sua capacidade eleitoral deve-se condicionar ao trânsito em julgado da sentença, seja a que julga procedente a ação penal, seja aquela que julga procedente ação civil por improbidade administrativa, elencou alguns julgados da Corte Suprema nesse mesmo sentido.

Rememorou que sob a ordem constitucional de 1967, que sequer previa de modo expreso o princípio da presunção da inocência, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 48 do

¹⁸ STF, Pleno, ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.2.2010.

Decreto-lei nº 314/67, que determinava a imediata suspensão do exercício profissional aos presos em flagrante ou após o recebimento da denúncia¹⁹.

E também que em julgamento pouco mais recente, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo reconheceu a incidência da presunção da não culpabilidade em domínio extra penal, demonstrando que essa garantia constitucional alcança qualquer medida restritiva de direito, independentemente de seu conteúdo, se de direitos civis ou políticos, do qual se destaca o seguinte trecho:

A questão central está em saber se, diante dos princípios da presunção da inocência e da irredutibilidade de vencimentos, é legítima a sua redução no caso de servidores públicos afastados por responderem processo penal. Entendo que não.

Isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.²⁰

Mostra-se patente, pois, a ofensa ao inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, razão pela qual concludo que a referida norma estadual não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. [...]

Esse dispositivo (se referindo ao artigo 20 da Lei 8429), inserido no ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, demonstra que o legislador ordinário, ao redigi-lo, buscou, em caso análogo ao presente, fazer valer o princípio da presunção de inocência.

Veja-se, portanto, que a perda ou suspensão dos direitos políticos, seja por condenação criminal (15, III, CF) ou por ato de improbidade administrativa (20, Lei nº 8.429/92), se encontra protegida pela garantia constitucional da não culpabilidade, fazendo-se necessária a consolidação do trânsito em julgado para produzir seus efeitos.

¹⁹ STF, Pleno, HC nº 145232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, DJ de 17.6.1968.

²⁰ STF, Pleno, RE nº RE 482.006/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 14.12.2007.

A inconstitucionalidade da hipótese da inelegibilidade da alínea “f” introduzida pela Lei Complementar nº 135/2010

O artigo 14, §9º, da Constituição Federal, que também é uma norma de eficácia limitada ou reduzida, impôs ao legislador infraconstitucional o dever de estabelecer causas de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

O sistema constitucional de proteção à probidade e moralidade administrativa²¹ tem fundamento na matriz constitucional do artigo 37 e parágrafos da Constituição Federal, que informam os princípios que devem orientar toda a administração pública.

Portanto, a princípio, não há qualquer óbice constitucional a que a suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa, tal qual a que decorre de condenação criminal, constitua causa de inelegibilidade.

Todavia, para que a suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa constitua causa de inelegibilidade, deve ser respeitada a disciplina própria, específica e completa prevista para os casos de improbidade administrativa, na medida em que é a própria Constituição que nos artigos 15 e 37, §4º, explicita a quem compete fixar a forma e a gradação das sanções de improbidade administrativa, excetuando apenas as que resultarem de ação penal.

A Lei Complementar nº 135 de 2010, ao introduzir a inelegibilidade inscrita na alínea “f”, exasperou a consequência antes existente para a condenação por ato doloso de improbidade administrativa – que era a suspensão dos direitos políticos após o trânsito em julgado da decisão

²¹ Para José Afonso da Silva, a improbidade administrativa é uma espécie de moralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. (*Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353)

condenatória –, além de liberá-la do trânsito em julgado exigido na Lei de Improbidade, por delegação constitucional, senão vejamos:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

l) 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, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

Assim, a Lei Complementar nº 135 de 2010 não apenas ignorou a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para incidir uma consequência da condenação por ato de improbidade administrativa, como dispôs que a situação (ou sanção) de inelegibilidade se inicia com a condenação colegiada e vai além do cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos, por mais oito anos.

Ora, como observado no tópico anterior, a disciplina normativa em matéria de improbidade administrativa, com apoio nos artigos 15, V, e 37, §4º, da Constituição, devidamente complementada pela edição da Lei de Improbidade, exige como requisito inafastável a formação do trânsito em julgado para a grave qualificação do ato de improbidade administrativa e, como consequência, para atrair a suspensão dos direitos políticos.

Por outro lado, percebe-se que a presunção de inocência, como garantia contra o abuso do poder e arbítrio do Estado, para proteção de direitos fundamentais, dentre eles os direitos políticos dos cidadãos, também se aplica à esfera civil, de modo que a suspensão dos direitos políticos decorrente de ato de improbidade administrativa apenas produz seus efeitos com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 144, com efeito vinculante e erga omnes.

Recentemente, iniciou-se no Supremo o debate sobre a constitucionalidade dos dispositivos da LC nº 135 nas ações diretas de

constitucionalidade nºs 29 e 30 e de declaração de inconstitucionalidade nº 4578, de relatoria do Min. Luiz Fux, que foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa no dia 9 de novembro de 2011²².

O Ministro Luiz Fux, reconhecendo que a ADPF nº 144 assentou a aplicação do princípio da não culpabilidade para além da esfera criminal, propôs, no entanto, uma nova interpretação dessa garantia constitucional para que seja esse princípio relativizado para consequências eleitorais, a fim de atender às cobranças da sociedade, valendo-se de valiosa lição de Konrad Hesse, segundo o qual *quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa*.

Para o Eminentíssimo Ministro, *ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição*.

No entanto, é também Konrad Hesse quem afirma que a Constituição não pode ser derivada unicamente das relações de poder dominantes ou apenas uma adaptação da realidade social, na medida em que deve ser também determinante em relação a ela, tendo força normativa para que não seja reduzida à simples folha de papel de Ferdinand Lassale²³.

Assim, e exatamente porque a Constituição Federal elenca a presunção da inocência como princípio fundamental, bem como porque a suspensão dos direitos políticos só se faz com o trânsito em julgado, essa importante garantia não deve ser relativizada simplesmente para atender os anseios da sociedade, mas observada e respeitada como proteção contra os arbítrios e excessos do Estado, inclusive para fins eleitorais.

Por outro lado, se a Constituição Federal no artigo 37, §4º, determina que as sanções que decorrem do ato de improbidade administrativa

²² O voto do Ministro Luiz Fux se encontra disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf

²³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

(excetuando apenas as de natureza penal) devem ser feitas de modo graduado, a imposição de um único período, longo e exato de oito anos de inelegibilidade, como consequência de qualquer condenação por ato de improbidade administrativa, parece contrariar tal dispositivo constitucional.

Desse modo, o legislador complementar, ao criar a hipótese de inelegibilidade prevista na alínea “f”, não poderia abandonar o critério determinado pela Constituição Federal (de maneira gradativa) para estabelecer um período único de restrição à capacidade eleitoral passiva por oito anos.

Veja-se que, na prática, a existência de dois dispositivos legais e conflitantes, regulando exatamente a mesma hipótese de incidência (ato doloso de improbidade administrativa, com enriquecimento ilícito e dano ao erário) e estabelecendo idênticas consequências, já que a inelegibilidade se insere dentro das consequências da suspensão de direitos políticos, com diferentes prazos e termos iniciais de incidência, poderá resultar em situações verdadeiramente absurdas de cumulação e sobreposição de sanções.

A título de ilustração, imagine-se que determinado cidadão tenha sido condenado em decisão colegiada proferida em 2007, quando passa a incidir a sua inelegibilidade, à suspensão de seus direitos políticos por dez anos, que não tenha transitado em julgado. Nessa situação, o recorrente poderia ficar inelegível até, por exemplo, 2015 e não ver o seu recurso na ação de improbidade julgado. Se, digamos, a ação de improbidade transitar em julgado somente em 2018, poderá ter seus direitos políticos suspensos por um novo período de dez anos e ainda assim ser tolhido de sua capacidade eleitoral passiva por um novo prazo de oito anos. Ou seja, perderia o seu direito à elegibilidade por um período total de vinte e nove anos.

É claro que esse prazo pode ser ainda maior, chegando talvez a quarenta anos ou mais, tendo em vista a demora com que alguns recursos são julgados e, sobretudo, a quantidade de expedientes protelatórios que poderiam ser apresentados com o objetivo de prejudicar a vida política de um determinado cidadão.

Ora, em alguns casos, sobretudo dependendo da idade do cidadão que incide nessa hipótese de inelegibilidade, que pode eventualmente nunca ter de volta a plenitude de seus direitos políticos, tal restrição será equivalente à cassação desse direito fundamental, expressamente proibida pelo artigo 15 da Constituição Federal.

Essa questão foi especialmente reconhecida no voto do Ministro Fux nas referidas ações que discutem a constitucionalidade da LC nº 135 que, reconhecendo a violação ao princípio da proporcionalidade e à proibição do excesso, propôs uma interpretação conforme com a Constituição da alínea “f”, e também da “e”, para que seja possível abater depois do cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos, o período em que o cidadão ficou inelegível em razão da condenação não definitiva até o trânsito em julgado, cujo trecho vale ser transcrito:

[...] Ocorre que a alteração legislativa provocou situação iníqua, em que o indivíduo condenado poderá permanecer inelegível entre a condenação e o trânsito em julgado da decisão condenatória, passar a ter seus direitos políticos inteiramente suspensos durante a duração dos efeitos da condenação e, após, retornar ao estado de inelegibilidade por mais oito anos, independentemente do tempo de inelegibilidade prévio ao cumprimento da pena.

A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva.

Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo *caput* do art. 15 da Constituição. Observe-se se que não há inconstitucionalidade, *de per se*, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos,

mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.

A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal).

Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.

Isso porque os princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade, que no direito constitucional brasileiro são extraídos do postulado do devido processo legal substantivo, inscrito no artigo 5º, LIV, revelam-se mediante a contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins²⁴, exatamente o que se verifica na hipótese em análise.

Com efeito, a máxima da proporcionalidade implica três outras máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)²⁵.

A inconstitucionalidade da norma em questão se verifica em face da proibição do excesso (proporcionalidade em sentido amplo), que constitui um limite à liberdade de conformação do legislador, ou seja, à sua discricionariedade, especialmente nos casos de restrição de direitos

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-117.

fundamentais, em razão da inadequação dos meios e desnecessidade da medida restritiva imposta para os fins perquiridos pela norma.

Em sentido estrito, o juízo de proporcionalidade deve ser realizado mediante uma rigorosa ponderação entre o *significado da intervenção para o atingido* – perda de parte dos direitos políticos por um período exorbitante – e os *objetivos perseguidos pelo legislador*²⁶ – moralidade para o exercício do mandato e proteção da probidade administrativa –, que se encontram em evidente desequilíbrio na hipótese de inelegibilidade da alínea “f”.

Assim, mesmo que se defenda a ideia de ponderação de princípios, a fim de relativizar o direito fundamental dos direitos políticos, em nome da moralidade e probidade administrativa, lembre-se que não se pode, em hipótese, alguma fazê-lo a ponto de esvaziar o núcleo essencial de um direito fundamental, no caso, os direitos políticos.

Ressalte-se que aquele mesmo acórdão do Supremo Tribunal Federal acima mencionado (HC nº 145232, de 1968), que declarou a inconstitucionalidade parcial da norma que determinava a imediata suspensão do exercício profissional aos presos em flagrante ou após o recebimento da denúncia, por violar o princípio da presunção da inocência, também assentou a exorbitância dos efeitos da condenação, sinalizando a ideia de proporcionalidade e proibição do excesso.

Quanto à hipótese dos autos, vale dizer que nas eleições de 2010, antes de ter sido decretada a não aplicação da Lei Complementar nº 135 àquele pleito eleitoral, o Eg. Tribunal Superior Eleitoral foi convidado a debater o tema no julgamento do RO nº 8924-76, de Santa Catarina, mas reconheceu, por maioria, a validade do dispositivo em comento. Em brilhante voto divergente, o Ministro Hamilton Carvalhido afirmou que a Lei Complementar nº 135 invadiu a seara da lei ordinária, a saber, da Lei de Improbidade, exasperando a sanção de uma das espécies de improbidade, para além de

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 257.

liberá-la do trânsito em julgado exigido, alertando para uma possível situação de antinomia de normas.

Todavia, o julgamento não pode ter seu mérito examinado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de ter sido reconhecida a aplicabilidade do princípio da anualidade eleitoral, pelo que ficou prejudicada a análise das demais matérias.

Para concluir o presente estudo, parece que a melhor solução é a declaração de inconstitucionalidade da parte do dispositivo que determina que a inelegibilidade comece a incidir a partir da condenação por órgão colegiado, ante o comando expresso constitucional (15, IV, e 37, §4º) e ordinário (20, 8429/92), e também, mormente a garantia constitucional de presunção de não culpabilidade, que, como visto, irradia os seus efeitos para além da esfera penal, alcançando a proteção aos direitos políticos, o que restou devidamente reconhecido, com efeito vinculante, no julgamento da ADPF nº 144 do STF.

Além disso, a sanção, ou consequência, de inelegibilidade imposta na norma ofende o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, infringindo a garantia insculpida no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, tanto porque a medida restritiva imposta pelo legislador se mostra desnecessária para os seus fins, quanto porque é evidente o desequilíbrio entre os objetivos do legislador e o bem jurídico atingido, a dizer, os direitos políticos.

Por fim, a solução de uma interpretação conforme a Constituição pode se mostrar efetiva à proteção dos direitos fundamentais, neles incluídos a presunção de inocência e os direitos políticos, desde que se respeite o prazo máximo de oito anos de inelegibilidade e que se aguarde o trânsito em julgado para incidir as consequências da norma inscrita na alínea “f” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, com as alterações da LC nº 135/2010.