



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GUILHERME MOACIR FAVETTI

IMPEACHMENT CRIMINAL

PERDA DO MANDATO ELETIVO POR CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Brasília/DF

2020

GUILHERME MOACIR FAVETTI

IMPEACHMENT CRIMINAL

PERDA DO MANDATO ELETIVO POR CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Brasília/DF

2020

Guilherme Moacir Favetti

Impeachment Criminal:

perda do mandato eletivo por condenação Criminal transitada em julgado

Dissertação sob orientação do Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos, apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Data da Banca

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (orientador)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof^a. Dra. Manuela Abath Valença
Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar aspectos e antinomias normativas acerca da perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado. Objetivamente, buscaremos responder: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal; c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo; e d) se há espaço para ponderações. Para tanto, faremos um estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para analisar os julgados que, metodologicamente, optamos por separar em dois tópicos relevantes: a) o tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e b) as garantias do parlamentar previstas no art. 55 da CF. Com as respostas, ao final, sustenta-se, a partir da axiologia dos valores democráticos da Constituição Federal, e com amparo teórico no “pensamento de possibilidades”, de Peter Häberle, que a autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição Federal comporta restrições, e que os critérios dessas restrições podem ser encontrados no ordenamento infraconstitucional.

Palavras-chave: Suspensão. Direitos políticos. Mandato eletivo. Efeitos da condenação. Democracia.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze aspects and normative antinomies about the loss of the elective mandate resulting from the final criminal conviction. Objectively, we will try to answer: a) if there is an antinomy between §§ 2 and 3 of art. 55 of the Federal Constitution, with regard to the procedure to be followed to decree the loss of the elected parliamentary mandate; b) if there is an antinomy between art. 15, III of the Federal Constitution and art. 92, I of the Criminal Code; c) if the final criminal conviction always leads to the loss of the elective mandate; and d) whether there is room for consideration. To do so, we will make a study of the jurisprudence of the Supreme Federal Court to analyze the judgments that, methodologically, we have chosen to separate into two relevant topics: a) theme 370 of general repercussion and the suspension of political rights when the deprivation of liberty is replaced by restrictive rights and b) the parliamentary guarantees provided for in art. 55 of the Federal Constitution. With the answers, at the end, it is sustained, based on the axiology of the democratic values of the Federal Constitution, and with theoretical support in the “thinking of possibilities”, of Peter Häberle, that the self-application of art. 15, III of the Federal Constitution admits restrictions, and that the criteria for these restrictions can be found in the infraconstitutional order.

Keywords: Suspension. Political rights. Elective mandate. Criminal sentence effects. Democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO CÓDIGO PENAL: CONCEITOS QUE NORTEIAM O ESTUDO.....	7
1.1 Democracia.....	8
1.2 Direitos políticos.....	11
<i>1.2.1 Perda e suspensão dos direitos políticos.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2 Competência para decretar a perda e a suspensão.....</i>	<i>21</i>
<i>1.2.3 Suspensão dos direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado.....</i>	<i>23</i>
<i>1.2.4 Reaquisição dos direitos políticos.....</i>	<i>24</i>
1.3 Os efeitos da condenação na dogmática penal.....	26
2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
2.1 O papel do Supremo Tribunal Federal na proteção da democracia.....	34
2.2 A hermenêutica do STF pós Constituição de 88 e a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado.....	38
<i>2.2.1 Metodologia de pesquisa.....</i>	<i>38</i>
<i>2.2.2 O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.....</i>	<i>43</i>
<i>2.2.3 As garantias do parlamentar previstas na Constituição e a aparente antinomia entre seus §§ 2º e 3º.....</i>	<i>48</i>
<i>2.2.4 Conclusões parciais.....</i>	<i>61</i>
<i>2.2.4.1 A antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal.....</i>	<i>62</i>
<i>2.2.4.2 A compatibilidade entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal.....</i>	<i>64</i>
<i>2.2.4.3 As hipóteses em que o trânsito em julgado da condenação criminal não ensejam a perda do mandato eletivo.....</i>	<i>67</i>
3. A AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E UM CAMINHO PARA SUA MÁXIMA EFETIVIDADE.....	69
3.1 O mandato político representativo e sua proteção na Constituição Federal de 1988.....	70
3.2 A possibilidade de suspensão dos direitos políticos aquém de sua noção estrita, a partir do pensamento de possibilidades.....	74
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

O exercício dos direitos políticos é a mais pura forma de expressão da cidadania, fundamento basilar da formação do Estado Democrático de Direito. Por meio do voto, mecanismo instrumental da democracia representativa, é que o poder do povo é emanado¹, sendo o mandato político representativo o instituto que permite a manifestação e a tomada de decisões do Estado.

No mesmo passo em que acompanhamos a soberania popular ser constantemente colocada à prova, haja vista que desde a nova ordem constitucional de 1988 já passamos por dois *impeachments* presidenciais e uma infinidade de questões jurídicas que resultam na cassação de mandatos² - o que nos faz questionar sobre a estabilidade democrática brasileira, temos também acompanhado um alargamento do direito penal, esse, fenômeno recorrente em várias partes do mundo. Ripollés (2015, p. 34) constatou que:

[a]s atitudes sociais estão experimentando, nestes momentos, uma alteração que, em meu entender, não possui antecedentes nas sociedades democráticas modernas. É certo que determinados períodos históricos com regimes políticos autoritários suscitaram, nas massas sociais que os sustentavam, eliminados ou silenciados os vencidos ou discordantes, uma crédula despreocupação pelos métodos negadores dos direitos e liberdades individuais empregados pelos poderes públicos para controlar a delinquência. [...]. No entanto, o que agora está se sucedendo tem novas matizes: no marco das sociedades democráticas, com um amplo elenco de liberdades individuais legalmente reconhecidas e efetivamente exercidas, está sendo generalizada a ideia de que se deve renunciar às cautelas existentes encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos contra os direitos individuais, em troca de uma maior efetividade na persecução do delito. [...] os cidadãos não delinquentes já não temem os poderes públicos no exercício de suas funções repressivas, não se sentem diretamente preocupados pelos excessos que com este fim podem ser cometidos. E isso, sim, é uma alarmante novidade nas sociedades democráticas.

Nesse cenário de maximização do direito penal, aliado à reconhecida instabilidade política brasileira, nasce o problema sobre o qual nos propusemos a refletir. A relação intrínseca entre direito eleitoral e direito penal, da qual os efeitos decorrentes de um podem gerar

¹ Conforme José Afonso da Silva (2013, p. 139): “A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada.

² Cite-se, por exemplo, a questão da infidelidade partidária.

consequências na esfera do outro, exige do Poder Judiciário e da academia reflexões constantes para que questões do dia a dia da sociedade não fiquem sem resposta. Lembremos do grande debate jurídico que tomou as eleições de 2018, em que um dos candidatos teve o registro de sua candidatura indeferido³ pelo Tribunal Superior Eleitoral por conta da existência de condenação criminal por órgão colegiado, fato que interferiu diretamente na condução e no resultado das eleições.

Sem qualquer pretensão de limitá-la, as áreas de interesse da pesquisa situam-se entre o direito eleitoral, constitucional e penal material, este especificamente no que se refere ao efeito secundário da condenação criminal (perda do mandato eletivo), ao passo que a sanção penal e seus efeitos são meios para alcançar os objetivos⁴ do Direito Penal e, em última análise, atender aos ideais jurídico-penais e de justiça adotados.

Buscaremos analisar uma possível assimetria normativa entre a Constituição Federal e o Código Penal. A Constituição Federal de 88 prevê, em seu art. 15⁵, as hipóteses de perda e suspensão de direitos políticos. Seu inciso III dispõe que a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, é causa de suspensão dos direitos políticos. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em inúmeros precedentes⁶, que essa norma é autoaplicável, o que significa dizer que a suspensão dos direitos políticos como consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado independe da natureza e quantidade da pena imposta. Essa suspensão de direitos, por sua vez, enseja a perda do mandato eletivo daqueles que o exercem quando do trânsito em julgado da sentença criminal.

³ RCand nº 0600903-50.2018.6.00.0000, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julg. 31/8/2018.

⁴ Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 6) faz a distinção entre os *objetivos declarados* e os *objetivos reais* do Direito Penal. Quanto ao primeiro, traz o conceito criado por BIRNBAUM, e posteriormente desenvolvido por ROXIN, sobre proteção bens jurídicos. Quanto aos *objetivos reais*, abordados no discurso crítico da teoria criminológica da pena, define-os como o “centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Freitas Bastos, 2002, tradução Juarez Cirino dos Santos; BATISTA, Vera Malaguti. *Criminologia e Política Criminal*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 1. n. 2, julho/dezembro 2009, p. 20-39; MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, (pensamento criminológico; v. 11), 2. Ed. Agosto de 2010.

⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º,

VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

⁶ ‘A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses).’ [RE 601.182, voto do rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-10-2019, Tema 370.]

Ocorre que a atual redação do art. 92, inciso I do Código Penal⁷, com alteração dada pela Lei nº 9.268/1996, posterior, portanto, à promulgação da Constituição, prevê como efeito secundário da condenação a perda do mandato eletivo apenas nas seguintes hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por *tempo igual ou superior a um ano*, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (alínea “a”), ou quando for aplicada *pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos* nos demais casos (alínea “b”).

Essas limitações, qualitativa na alínea “a”, e quantitativa da alínea “b”, sinalizam que o legislador infraconstitucional pretendeu resguardar ao máximo o exercício do mandato eletivo, na esteira dos fundamentos da própria Constituição, sendo que as hipóteses de sua perda como efeito secundário da condenação foram estabelecidas por critérios éticos (crimes contra a administração pública da alínea “a”), ou materiais (incompatibilidade entre o cumprimento da pena em qualquer dos regimes mais gravosos que o aberto e o exercício do mandato) da alínea “b”.

A redação anterior do art. 92, I, dada pela Lei nº 7.209/1984, era mais branda, pois dispunha que a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo só se daria *nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública*, quando a pena aplicada fosse *superior a quatro anos*.

Em suma, o que a atual redação fez foi separar as hipóteses de crime contra a administração pública, exigindo um *quantum* de pena mínimo de um ano para ensejar a perda do cargo, função ou mandato, e dos demais crimes, quando aplicada pena superior a 4 anos. De todo modo, aparentemente ambas as redações, antiga e atual, possuíam a mesma finalidade: resguardar o cargo, a função pública e, ao que interessa ao presente trabalho, o mandato eletivo. Noutra vértice, o art. 55, inciso VI da Constituição prevê rito específico para a decretação da perda de mandato por Deputados e Senadores decorrente de condenação criminal, exigindo votação por maioria absoluta da respectiva Casa, mediante provocação da Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa, nos termos do §2º. Eis, aí, o primeiro problema.

7 Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

É que o citado art. 55, §2º da Constituição assegura aos parlamentares que a perda de seu mandato em decorrência da condenação criminal transitada em julgado seja deliberada pelo Plenário da Casa respectiva, em julgamento de natureza estritamente política. Já o §3º do mesmo artigo diz que o Deputado ou Senador que tiver seus direitos políticos suspensos perderá o mandato por mera declaração da Mesa. Ora, se o art. 15, III da Constituição é autoaplicável, isso é, se a condenação criminal de qualquer natureza enseja a suspensão dos direitos políticos, qual dos parágrafos do art. 55 aplica-se ao parlamentar condenado com sentença transitada em julgado?

Questão ainda mais espinhosa diz respeito aos ocupantes de outros cargos eletivos, que não Deputados Federais e Senadores (e dos Deputados Estaduais e Distritais, aos quais a prerrogativa é extensível pela regra dos arts. 27, §1º e 32, §3º, respectivamente), pois, inexistindo simetria, ficam sujeitos à livre interpretação do ordenamento jurídico, mais especificamente sobre a aplicabilidade da regra do art. 15, III da Constituição e do art. 92, I do Código Penal.

A incongruência entre os efeitos extrapenais da condenação previstos na Constituição e no Código Penal, nesse ponto, é flagrante. Se a autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição Federal enseja a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação, o que por consequência enseja a perda do mandato eletivo de quem o ocupa, em quais hipóteses haverá a incidência do efeito secundário da condenação com as limitações previstas nas alíneas “a” e “b” do art. 92, inciso I, do Código Penal? Negar a aplicação do art. 92, inciso I seria tacitamente declará-lo inconstitucional?

O objetivo geral do trabalho, então, é sistematizar o conteúdo normativo relevante, identificar a existência, ou não, de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais opostos, verificando qual é a questão de fundo da divergência, para, então, eleger os critérios prevalecentes na busca por uma resposta a fim de aferir se a autoaplicabilidade sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal do efeito extrapenal consistente na suspensão dos direitos políticos carece da axiologia constitucional de proteção ao voto e à própria democracia.

Como objetivo específico, buscaremos identificar se a norma do art. 92, I do Código Penal oferece uma melhor orientação sobre como deve ser interpretado e aplicado o art. 15 da Constituição Federal e, se confirmada a hipótese, constatar se a jurisprudência *contra legem* do STF revela valores menos democráticos do que o Código Penal.

Oportuno lembrar que o STF tem entendimento sumulado⁸ no sentido de que a negativa de vigência de um dispositivo infraconstitucional por órgão fracionário de tribunal equipara-se a sua declaração de inconstitucionalidade, exigindo, para tanto, a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição – maioria absoluta.

Objetivamente, a pergunta que nos propusemos a responder é se a partir da dogmática jurídica, ou seja, lei, doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (eis o recorte institucional), é possível se aferir se o trânsito em julgado de condenação criminal superveniente, ou seja, no curso do exercício de mandato eletivo, sempre ensejará sua perda em decorrência da suspensão dos direitos políticos, ou se há espaço para ponderações.

A identificação do problema surgiu da análise de um caso concreto. Um cidadão foi denunciado pelo crime de posse ilegal de arma de fogo por fato ocorrido em 2011, e em 2012, veio a se eleger prefeito municipal, sendo reeleito no pleito de 2016. O decreto condenatório transitou em julgado em 2019, ainda durante o exercício do segundo mandato. Após o trânsito em julgado, o Ministério Público local oficiou ao presidente a Câmara dos Vereadores para este declarasse a extinção do mandato do prefeito, em razão da suspensão dos seus direitos políticos, como determina o art. 15, III da Constituição Federal.

Da análise do caso, verifica-se que se tratou de crime sem qualquer vinculação com a administração pública, ocorrido antes da assunção do cidadão ao cargo de prefeito. O acórdão condenatório não teceu sequer uma linha acerca da perda do mandato. Apesar de o STF ter enfrentado matéria correlata ao apreciar o tema 370 da repercussão geral, em maio de 2019, ratificando a jurisprudência anterior, no sentido de que a norma do art. 15, III, da CF é autoaplicável, inclusive quando a pena privativa de liberdade decorrente da condenação criminal é substituída por restritiva de direitos, a questão sobre a perda do mandato eletivo permanece pouco explorada, exigindo maior reflexão jurídico dogmática.

O problema empírico experimentado coaduna-se com a situação hipotética levantada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, já em 1994, quando o TSE discutiu, pela primeira vez, a autoaplicabilidade do art. 15, III da CF (Recurso Especial Eleitoral nº 11589, Acórdão, Relator Min. Carlos Velloso, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 20/05/1994, Página 12321):

[a]dmitamos a condenação por lesões corporais culposas, ou acidente de trânsito. Caminhar-se-á, da mesma forma, para conclusão sobre a suspensão dos direitos políticos? Será esse o sentido de nossa Carta? Será que nossa Carta, numa interpretação socialmente aceitável, conduz a esse desiderato?

⁸ Súmula vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

[...]

Imaginemos que eu próprio viesse a ser condenado criminalmente, tendo em vista a ofensa à honra de terceiro ou mesmo uma colisão de veículos que resultasse em lesões corporais a terceiros. Obtivesse, tendo em vista as circunstâncias, o *sursis*, a suspensão condicional da pena. Pois bem, continuaria no exercício da magistratura, mas não teria como exercer o direito de votar; [...] Distinguir onde a Constituição não distingue? Pinçar situações concretas considerando o crime imputado e, portanto, os parâmetros do decreto condenatório? Não posso fazê-lo.

No primeiro capítulo, eminentemente descritivo, apresentamos os conceitos dos institutos constitucionais e penais que serão trabalhados no desenvolvimento da dissertação, como democracia, direitos políticos e os efeitos da condenação criminal.

O segundo capítulo é dedicado a uma análise cuidadosa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação penal transitada em julgado. No primeiro tópico, apresentaremos alguns aspectos sobre a importância do STF na manutenção da democracia, já que foi escolhido como ator na pesquisa. O segundo tópico, apresenta a metodologia adotada. O terceiro tópico aborda a jurisprudência do Supremo sobre a matéria, onde avaliaremos, nos subtópicos, o tema de repercussão geral n. 370, julgado em 2019, em que se ratificou o entendimento sobre a suspensão dos direitos políticos a sentenciados em que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, e os *leading cases* de tema correlato, como a questão das prerrogativas de Deputados Federais e Senadores previstas no art. 55, em que há aparente conflito normativo entre os incisos IV e VI, e, respectivamente, os parágrafos 2º e 3º. Ao final do segundo capítulo, apresentaremos algumas conclusões parciais.

O terceiro e último capítulo buscará avaliar se há espaço para uma redução no alcance da suspensão dos direitos políticos decorrente da sentença criminal condenatória, e da perda do mandato eletivo dela decorrente, a partir de critérios inseridos na natureza e quantidade das penas. Também avaliaremos se a orientação dada pelo Código Penal melhor atende à axiologia constitucional de proteção à soberania popular.

Resumidamente, buscaremos responder: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal; c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo; e d) se há espaço para ponderações.

1. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO CÓDIGO PENAL: CONCEITOS QUE NORTEIAM O ESTUDO

É tarefa da hermenêutica constitucional extrair o sentido da Constituição, a partir de sua *ideia-síntese*, fundante do texto. O Preâmbulo da Constituição Federal de 88 evidencia que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir “um” Estado Democrático, e não “o” Estado Democrático. A sutil diferença semântica do texto tem importante significado, conforme observa José Afonso da Silva (2010, p. 23):

Quer-se, com isso, dizer que não se cogitava de adotar o Estado Democrático clássico, como mero Estado de Direito como Estado contraposto ao Estado *gendarme* e ao Estado despótico. O artigo indefinido “um” tem, no contexto, função diretiva importante, conotativa da ideia de que o objetivo era instituir um tipo diferente de Estado Democrático, com nova destinação – qual seja, a de assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esse objetivo se realiza no art. 1º com concretização normativa do Estado Democrático de Direito, que, como veremos, não é a simples soma dos princípios do Estado Liberal e de Direito. Significa isso que onde a Constituição fala em “Estado Democrático” está se referindo a esse que ela instituiu no art. 1º em cumprimento ao previsto no Preâmbulo.

O modelo de Estado Democrático de Direito buscado pelo Constituinte, numa concepção originalista, consagra o conceito axiológico da Constituição de 88 de proteção efetiva da democracia⁹, decorrente da ambiência da Constituinte pós regime militar, em que

⁹ Como bem anotam MENDES e MUDROVITSCH (2017, p. 9): “Ainda em 1977, aparece com um dos marcos da conclamação constituinte fora dos limites do Congresso Nacional a denominada ‘Carta aos Brasileiros’, a qual foi lida nos pátios das Arcadas do Largo de São Francisco por seu autor, professor Goffredo Telles Júnior, autodenominada Proclamação de Princípios das convicções políticas de seus subscritores, entre os quais se encontravam influentes pensadores, ministros e políticos da época, tais como Fábio Konder Comparato, Modesto Carvalhosa, José Afonso da Silva, Miguel Reale Júnior, André Franco Montoro, Flávio Bierrenbach, Aliomar Baleeiro, Hermes Lima, entre tantos outros. Nessa ‘Carta’, Goffredo Telles Júnior e os demais subscritores procuraram **reafirmar as ideias de Estado de Direito, Soberania Popular e Democracia**, sem pretensões científicas de analisá-las, mas com forte teor político e declarado intuito de transformar a ordem político-constitucional que então era vigente no Brasil.

houveram restrições de direitos e garantias individuais (aceitos pela comunidade jurídica, é bom que se registre), mas sob o discurso¹⁰ de preservação do regime democrático.

O poder que emana do povo consagrado na Constituição revela a regra de que o povo é a fonte primária do poder, característica primordial do princípio da soberania popular, fundamento basilar do regime democrático. Esse poder é exercido de forma direta (democracia participativa) ou por meio de representantes (democracia representativa), conforme explicita o parágrafo único do art. 1º.

A *democracia representativa* pressupõe a existência de um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral os partidos políticos, etc. (SILVA, 2010, p. 43).

Os subtópicos seguintes abordarão, sem a pretensão de exauri-los, os conceitos que norteiam o trabalho, a fim de fornecer uma melhor interpretação sobre os problemas levantados.

1.1 DEMOCRACIA

Seja no espectro histórico, sociológico, político ou jurídico, a definição de “democracia” está sempre vinculada à ideia da organização de um poder político onde prevalece o domínio do povo. Contudo, definir “democracia” através de um conceito fechado é tarefa inalcançável, porque não se trata de uma simples rotulação política abstrata, mas de um processo evolutivo de afirmação popular¹¹.

Essa ideia é corroborada por Nascimento (2011, p. 723-724):

[...] para quem vê na democracia uma meta a ser buscada, um projeto a ser consolidado ou um valor a ser preservado, os mecanismos formais de aferição do consentimento popular para a investidura da autoridade, legitimando o exercício do poder, estão longe de ser o suficiente. Na linha aqui sustentada a

¹⁰ Gordilho (2015, p. 119-122), fazendo referência a Carvalho Netto (2003, p. 142), assevera que “os direitos fundamentais devem ser hoje compreendidos como conquistas históricas discursivas, que se encontram “em permanente risco de serem manipuladas e abusadas”. Isso fica evidente no discurso dos Atos Institucionais, que subverteram a ordem, mas mantiveram o discurso de proteção da democracia para se justificar. E parece que, nessa estratégia, manifesta-se com mais veemência a ditadura brasileira”. A autora traz ainda pertinente questionamento: “como interpretar o conceito de democracia disposto no inc. I do art. 151 [da Constituição de 1969], quando o próprio regime havia lhe estabelecido uma semântica própria, ao afirmar, ainda em 1964, que estava afastando o presidente João Goulart da chefia do Executivo para proteger as liberdades democráticas?”

¹¹ Cf. José Afonso da Silva (2010, p. 42): “Democracia é conceito histórico. Não sendo, por si, um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.”

democracia é o referencial crítico da legitimação, a emancipação da pessoa humana o projeto e a funcionalidade democrática a tarefa a ser cumprida, com auxílio do “meio” em que se transformou o sistema de direitos.

A democracia ateniense, onde a sociedade era fundada na escravidão e as mulheres não participavam do negócio da pólis (TORON, 2004, p. 35), não é a mesma democracia dos dias atuais, pois, como democracia pressupõe o *governo do povo, pelo povo e para o povo*¹², a concepção de “povo” sofre alterações de tempos em tempos, alterando substancialmente o resultado do que vem a ser “democracia”. Assim, se por um lado é certo que é sempre o povo quem governa, por outro não é sempre o mesmo povo que o faz.

Neste sentido, adotamos a concepção de SILVA (2010, p. 42), para quem democracia é um “processo de convivência social¹³” em que o poder emana e é exercido pelo povo, em proveito do povo¹⁴.

Por constituir os fundamentos e os valores essenciais de uma sociedade, a democracia foi alçada à categoria de direitos humanos no artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e no artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Já no plano jurídico, as questões democráticas não podem se ater a concepções de ordem histórica ou política, mas, sim, devem ser extraídas a partir do contorno normativo que lhe dá a Constituição Federal. Não que se deva ignorar outros sistemas. Pelo contrário, os outros sistemas são o meio ambiente no qual o Direito se reproduz autonomamente como subsistema diferenciado mediante seu próprio código de filtragem (lícito/ilícito) dos acontecimentos

¹² Concepção dada por Abraham Lincoln, no discurso de Gettysburg, em 19 de novembro de 1863.

¹³ O autor explica que adota o termo “processo de convivência”, primeiramente, para denotar sua historicidade, na linha de que os conceitos sofrem evoluções, e, depois, para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, hão de se verificar o respeito e a tolerância entre os conviventes. No mesmo sentido é o entendimento de PEDRA (2012, p. 152), para quem a democracia é uma obra inacabada, ou seja, “nunca se realiza inteiramente, pois, a cada conquista realizada, avistam-se novos horizontes a serem atingidos em busca do aperfeiçoamento humano”.

¹⁴ Bobbio, Matteuci e Pasquino (1995, p. 319) apresentam três tradições históricas do pensamento político, a partir da teoria contemporânea da Democracia: “a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia, onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.”

sociais. Mas, do ponto de vista jurídico, o caminho hermenêutico a ser traçado é o que expressamente restou fixado no texto constitucional (GUEDES, 2013, p. 658).

Assim, para que seja materialmente adequada à Constituição, a legitimação de qualquer poder estatal passa, necessariamente, pela manifestação soberana do povo, seja de forma direta ou indireta. Como bem destaca Guedes (2013, p. 659):

Bem observados os exatos termos em que se encontra formulada a ideia de Democracia na Constituição de 1988, o seu significado jurídico, além de recusar, formalmente, por expressa disposição constitucional (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República), qualquer ordem de domínio que não se origine na vontade soberana do povo, ou a ela se mantenha alheia, o que seria uma mera manifestação de arbítrio (seja de pessoa, grupo, partido ou classe social), deve também, entretanto, além disso, materialmente, se sustentar em princípios que são hoje pedras angulares do nosso ordenamento constitucional.

A referência feita pelo autor é que não basta uma maioria absoluta deliberando positiva ou negativamente sobre determinada matéria, seja de forma representativa (representantes eleitos), seja pela via direta anterior (plebiscito) ou posterior (referendo), para se dizer atendida a soberania popular. A soberania popular, claro, é exercida quantitativamente, mas é imprescindível que também o seja qualitativamente, ou seja, que esteja em conformidade com os princípios constitucionais fundamentais da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político, para que seja constitucionalmente adequada¹⁵. Nessa perspectiva, seria antidemocrática, e, conseqüentemente, inválida, *v.g.*, uma proposta legislativa que permitisse a prática de tortura, ainda que tivesse formalmente a aprovação da maioria do povo, porque atentatória ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.

Há, portanto, uma relação imbricada e inafastável entre Democracia e direitos fundamentais¹⁶, de modo que, para serem concretizados os valores democráticos estabelecidos

¹⁵ No mesmo sentido HESSE (1991, p. 22): “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular.”

¹⁶ GUEDES (2013, p. 657) faz uma interessante análise sobre a relação de implicação e tensão entre direitos fundamentais e sociedades livres: “Da mesma forma que não se pode falar em democracia, ou sociedade livre, onde não se garantam e sejam respeitados os direitos fundamentais (relação de implicação), também não se pode negar que os direitos fundamentais representam sempre, onde de fato são garantidos, um conjunto de limites e restrições à vontade e à margem de decisão tanto do legislador como das maiorias eleitorais (relação de tensão). Se tudo isso é assim, com mais razão, pode-se dizer que é no âmbito dos direitos políticos que, obviamente, essa relação de *reciprocidade* e *interdependência* entre direitos fundamentais e democracia tão bem apontada por Ingo Wolfgang Sarlet se revelará tanto mais intensa quanto profunda.”

na Constituição de 88, devem ser respeitados os interesses das minorias e os princípios jurídicos que formam seu bloco jurídico essencial, estabelecidos nas cláusulas pétreas do art. 60, §4^o¹⁷.

Nessa esteira, Dworkin (2001, p. 160-162) aponta a relação entre constitucionalismo e democracia, ao trabalhar a ideia de democracia como *parceria* entre os cidadãos em um empreendimento governamental:

A única maneira de explicar a afirmação de que a democracia dá ao cidadão o poder de governar é abandonar a ideia de que a existência de leis e políticas defendidas pela maioria dos cidadãos individualmente basta para garantir a democracia. É preciso encontrar um outro meio de compreender a ideia fundamental de que a democracia é o governo do “povo”. [...] É preciso considerar o conjunto dos cidadãos de uma democracia como, por exemplo, uma orquestra tocando uma sinfonia ou um time de futebol durante uma partida. [...] Entretanto, se é esta nossa pretensão, temos que nos esforçar para ser dignos dela. Temos de tentar organizar nossa política de maneira a que todos os cidadãos tenham motivos para se sentir parceiros. [...] É aí que intervém o constitucionalismo. Os cidadãos só podem sentir-se parceiros num empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Teria sido absurdo que os judeus da Alemanha nazista ou que os negros da África do Sul do *apartheid* tivessem motivos para se considerar parceiros de regimes que tentavam aniquilá-los ou submetê-los [...] Haverá naturalmente discordância quanto à maneira como esses direitos devem ser definidos com precisão, assim como sobre qual deles deveria prevalecer em caso de conflito; e nada garante que a opinião de um juiz valha mais que a de um terceiro. Mas se a nação decidiu que a melhor maneira de definir e garantir tais direitos é adotar uma Constituição de princípio moral interpretada e aplicada por juízes, estando estes excluídos do jogo político, a objeção de que a Constituição seja necessariamente antidemocrática é totalmente deslocada.

Pode-se concluir na linha de Dworkin, que o constitucionalismo não é inimigo da democracia, mas um meio essencial à sua existência, na medida em que deve atuar em defesa dos direitos fundamentais sempre que a regra da maioria a eles tentar se sobrepor. E os direitos políticos, como limitadores da regra da maioria, por possuírem natureza de direito fundamental, com a função preponderante de concretizar o regime democrático, devem ser assegurados em grau máximo para que seja respeitado o conceito axiológico de democracia da Constituição Federal de 88.

1.2 DIREITOS POLÍTICOS

17 A forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Não há como se trabalhar a noção de direitos políticos sem fazer referência à cidade-Estado clássica grega de Atenas. Após o florescimento da democracia¹⁸ ateniense, a cidadania era exercida através do direito igualitário, aos cidadãos livres, de voto e voz nas assembleias. Os cidadãos (*demos*) livres eram os homens, filhos de pais atenienses, aceitos por um voto de seus vizinhos e não declarados culpados por algum crime contra o Estado. Eram os que detinham o poder político (*kratia*), e o exerciam de forma direta, ou seja, mediante participação nas assembleias para deliberar sobre questões comuns. Ober (2001, p. 194-195) resume, de forma didática, como eram feitas as deliberações:

A principal instituição era a assembleia dos cidadãos, que se reunia quarenta vezes por ano. A ordem do dia da assembleia era determinada por um conselho cujos quinhentos membros eram escolhidos por um ano por sorteio. Todo cidadão com mais de 30 anos podia integrar a loteria do conselho, e as reuniões da assembleia eram abertas a todos os cidadãos de mais de 18 anos. Assim, num dia de reunião típico, entre seis e oito mil cidadãos (cerca de um quarto do conjunto dos cidadãos) reuniam-se no grande anfiteatro ao ar livre, o Pnyx. O presidente do dia (igualmente sorteado) anunciava a ordem do dia e as recomendações do conselho. Perguntava então (através de um arauto): “Quem dentre os atenienses tem uma opinião a dar a este respeito?” Depois de ouvir opiniões variadas, os milhares de cidadãos em assembleia votavam com a mão erguida; um simples voto majoritário dos que estavam presentes naquele dia determinava a política do Estado.

Gomes (2012, p. 2), explica que, em Aristóteles, a palavra *política* referia-se tanto à missão de estabelecer a maneira de viver que leva ao bem, à felicidade, como também a descrição do tipo de Constituição, a forma de estado, o regime e o sistema que assegurem esse modo de vida. O homem, como animal social, único dotado da fala, não é autossuficiente isoladamente, sendo papel da cidade assegurar sua vida livre e digna, através da política.

Com a evolução dos povos, em decorrência do desenvolvimento da relação entre Estado e sociedade, da sua expansão territorial e de outros fatores políticos, sociais e econômicos, surgiu a necessidade da adoção de técnicas para efetivar a designação dos representantes do povo nas posições de governo.

¹⁸ Por mais paradoxal que possa parecer, a democracia ateniense surgiu a partir de um golpe de Estado dado pela família do tirano Pisístrato. Nos séculos que antecederam a democracia, Atenas era dirigida por famílias aristocráticas. Após o golpe, Pisístrato estimulou o patriotismo e a participação cívica, no intuito de obter apoio ao seu regime. Também rompeu vínculos tradicionais de proteção entre os atenienses “comuns” e os aristocratas. O resultado foi uma maior identificação dos atenienses com o Estado ateniense. Após a queda do último filho de Pisístrato para os espartanos, um aristocrata ateniense, com a ajuda das forças de Esparta, expulsou seus rivais aristocratas da cidade e tentou substituir o conselho de Atenas por homens de sua confiança. Essa empreitada resultou na revolução ateniense, em 507 a.C., que acabou por determinar o futuro político de Atenas, com a assunção do controle do Estado pelo povo e o rechaço dos tiranos e aristocratas como dirigentes. (OBER, 2001, p. 193)

No *Leviatã*, de Hobbes (1588-1679), a única forma possível de garantia ao homem de que possa se alimentar e viver satisfeito é assegurar-lhe a vida e a segurança através da concentração do poder no Estado, cabendo ao povo a eleição de um homem ou de uma assembleia de homens para assegurar a paz:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defende-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor, e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa a sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão. (HOBBS, apud RIBEIRO, *in* WEFFORT, 2011, online).

Pouco a pouco, as técnicas e procedimentos passaram a virar regras, as quais foram positivadas pelo direito e sancionadas como forma de agir. “Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabou exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebeu a denominação de “direitos políticos”” (SILVA, 2010).

Nessa esteira¹⁹, permitimo-nos classificar direitos políticos como o conjunto de direitos instrumentais à participação do povo no processo político do Estado, necessários à efetivação da soberania popular.

Na Constituição Federal de 88, os direitos políticos estão encartados no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no Capítulo IV, que detém os arts. 14 a 16. A doutrina classifica os direitos políticos como positivos e negativos.

Para José Afonso da Silva (2010, p. 215), direitos políticos positivos são aqueles que asseguram ao cidadão o direito subjetivo de participar do processo político e nos órgãos governamentais. São os direitos que garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de sufrágio – votar e ser votado nas eleições, votar em plebiscitos e referendos – e também de exercer sua soberania através da iniciativa popular, proposição de ação popular²⁰ e da participação político partidária. É possível constatar, então,

¹⁹ Para uma melhor análise doutrinária geral acerca dos direitos políticos e suas relações com a democracia e cidadania, desde os autores clássicos até os contemporâneos, ver Tiago de Menezes Conceição (2014).

²⁰ Muito embora não esteja no rol do art. 14 da CF, mas sim no art. 5º, LXXIII da CF, o remédio constitucional da ação popular legitima o cidadão ao exercício de um poder eminentemente político, constituindo, pois, manifestação

que há em nossa Constituição uma mistura de democracia representativa, consubstanciada no direito/dever do voto eleitoral, com institutos de democracia direta, como o voto em plebiscitos e referendos e a iniciativa popular. Trata-se de um regime político de democracia semidireta.

Os direitos políticos negativos, por vez, são aqueles que, por determinação constitucional, nas hipóteses taxativas previstas, privam o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais, ou seja, de votar e ser votado e de exercer função pública ou atividade político-partidária. As inelegibilidades são exemplos de direitos políticos negativos.

Vale registrar que, para alguns autores, a Constituição Federal de 88 não foi exaustiva na definição dos direitos políticos, permitindo o estabelecimento de outros modos de participação popular que se enquadrariam no conceito. Conceição (2014, p. 93-94), em relevante obra sobre o tema, apresenta uma perspectiva sobre a possibilidade de conceitos amplo e restrito de direitos políticos:

[n]ão parece que a Constituição Federal de 1988 tenha sido exaustiva na formulação dos direitos políticos, pois, embora o parágrafo único do seu art. 1º refira que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”, os princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana poderiam respaldar outras formas de participação popular na deliberação, definição e no controle das políticas públicas (ações de Estado e de Governo), desde que previstas em Lei.

Ocorre que, na maior parte dos casos, a Constituição Federal de 1988 tratou de prever especificamente, nas diversas áreas de atuação estatal, canais de participação popular na deliberação e fixação das políticas públicas, como nas ações governamentais de atendimento da criança e do adolescente (CF/88, art. 227, §7º, c.c. art. 204), de promoção da assistência social (CF/88, art. 204), de gestão do ensino público (CF/88, art. 206, inc. VI), da saúde (CF/88, art. 198, inc. III) e da seguridade social (CF/88, art. 194, parágrafo único, inc. VII). A regulamentação legal das previsões constitucionais, muitas vezes, deu origem a conselhos municipais, estaduais e nacionais, nos quais se concretiza a participação política como, por exemplo, nos conselhos dos direitos da criança e do adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 88 e 89). (destaque do autor)

O pleno gozo dos direitos políticos é pressuposto, ainda, para filiar-se a partidos políticos (art. 16 da Lei nº 9.096/1995), para a investidura em cargos públicos, mesmo os não eletivos (art. 5º, II da Lei nº 8.112/1990), para exercer cargo em entidade sindical (art. 530, V

da soberania popular. Corrobora a compreensão de que a ação popular é uma manifestação política o §3º do art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), ao dispor que “*a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.*”

da CLT) e para ser diretor ou redator-chefe de periódico ou jornal (art. 7º, §1º da Lei nº 5.250/1967).

Nessa perspectiva, os direitos políticos seriam “todos os direitos de participação, direta ou indireta, dos cidadãos, por si ou por meio das organizações e das entidades civis, nos processos de formação, deliberação e decisão dos Poderes Públicos em questões de Governo e de Estado” (CONCEIÇÃO, 2014, p. 100).

O princípio prevalente é o de pleno gozo dos direitos políticos positivos. Trata-se, aliás, de um princípio universal, previsto no art. 21, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Toda pessoa tem direito de participar do governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos”.

A aquisição dos direitos políticos é obtida de forma gradual, sendo indispensável o alistamento eleitoral. Aos 16 anos, se adquire o direito de votar e propor ação popular; aos 18, a faculdade do voto torna-se um dever, assim como a necessidade de apresentar-se ao serviço militar e a possibilidade de eleger-se Vereador (CF art. 14, §3º, VI, “d”); aos 21 anos, adquire-se o direito de eleger-se Deputado Estadual, Distrital, Federal, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz (CF art. 14, §3º, VI, “c”); aos 30, Governador ou Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal (CF art. 14, §3º, VI, “b”); e aos 35 anos, alcança-se a plenitude dos direitos políticos, com a capacidade de se eleger Senador, Presidente e Vice-Presidente da República (CF art. 14, §3º, VI, “a”).

1.2.1 Perda e suspensão dos direitos políticos

Perda e suspensão de direitos políticos são modos de privação desses direitos, de maneira permanente e temporária, respectivamente, decorrentes da ocorrência das hipóteses taxativamente previstas no art. 15 da Constituição Federal. São elas: (I) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; (II) incapacidade civil absoluta; (III) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (IV) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; (V) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

Inicialmente, há de ser feita a pertinente diferenciação entre a perda dos direitos políticos e a cassação de direitos políticos, essa, peremptoriamente vedada no texto.

A cassação dos direitos políticos, medida autoritária e antidemocrática, experimentada no Brasil em um passado não tão distante, importa um *ato de autoridade*. Nos 20 anos de regime militar, de 64 a 84, foram cassados 168 deputados. Caçar significa desfazer ou desconstituir ato

perfeito, anteriormente praticado, retirando-lhe a existência e, pois, a eficácia (GOMES, 2012, p. 9).

Autorizada inicialmente pelo Ato Institucional n. 1, o AI-1, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e a cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais poderia ser feita pelos *Comandantes-em-chefe, no interesse da paz e da honra nacional, excluída a apreciação judicial desses atos* (art. 10 do AI-1). Com esse instrumento, os militares afastaram seus opositores do Congresso, das três armas, das reitorias das universidades e de todo lugar onde a oposição pudesse ter alguma voz (GORDILHO, 2015).

O AI-2, em seu art. 15, e o AI-5, em seu art. 4º mantiveram a possibilidade de suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos, *sem as limitações previstas na Constituição*, tendo, esse último, escancarado ainda mais seu grau de autoritarismo²¹ com a possibilidade de aplicar, àqueles que tivessem os direitos políticos suspensos, medidas de segurança (art. 5º, IV) como *liberdade vigiada* (alínea “a”), proibição de frequentar determinados lugares (alínea “b”) e domicílio determinado (alínea “c”).

Como se vê, cassação de direitos políticos não se confunde com perda dos direitos políticos. Enquanto a primeira caracteriza-se por ser um instrumento arbitrário, de ruptura da ordem democrática, com abertura hermenêutica ilimitada, a perda dos direitos políticos restringe-se às hipóteses do art. 15 da Constituição Federal, com conceitos fechados e bem definidos. Apesar de a Constituição Federal não especificar quais hipóteses do art. 15 tratam de perda ou suspensão, é possível descortina-las a partir de uma interpretação lógica do texto.

O inciso I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado – trata-se de hipótese de *perda*. A naturalização dá ao naturalizado a condição de *brasileiro*, de acordo com o art. 12, II da CF, e, com ela, o pressuposto da cidadania política. Com o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, ocorre o *rompimento do vínculo jurídico existente entre o indivíduo e o Estado* (GOMES, 2012, p. 11), e a pessoa volta à condição de estrangeira, não podendo alistar-se eleitor (art. 14, §2º), eleger-se a cargo eletivo (art. 14, §3º,

I) propor ação popular, restrita apenas a cidadãos²² (art. 5º, LXXII), nem tampouco apresentar

²¹ Com a decretação do Ato Institucional n. 5, retornava a possibilidade de cassar mandatos e suspender direitos políticos, poderes de exceção que Costa e Silva nunca possuía. [...] O interessante a reparar nas punições com fundamento no AI n. 5 é a qualificação dos punidos. Não havia um conceito definido de inimigo do regime, ou de subversivo, sobre os quais recaíam as punições. Nem havia um grupo específico que se mostrava como inimigo público n. 1. Havia, é claro, os comunistas e aqueles que haviam colaborado com João Goulart, que eram os primeiros inimigos do regime. Na fase Costa e Silva, pós-AI n. 5, o conceito de inimigo tornou-se mais difuso, mais maleável, pois se encontravam, nessa categoria, várias pessoas que ou apoiaram o regime, ou pertenciam à Arena, ou de algum modo não se identificavam com a ideia clássica de subversivo. [...] (GORDILHO, 2015).

²² Apesar de, como visto, os direitos políticos não se limitarem ao direito ao voto, o cancelamento da naturalização enseja a perda da condição de cidadão. José Afonso da Silva (2010, p. 174) ensina que a palavra cidadão pode ser

proposta de lei de iniciativa popular (art. 61, §2º), que exige a condição de *eleitor*. Perde, assim, os direitos políticos.

Embora não esteja expressamente previsto no art. 15 da CF, o brasileiro nato que adquirir outra nacionalidade perderá a nacionalidade brasileira, de acordo com o art. 12, II, §4º, II da CF, e, com isso, também os direitos políticos, salvo nas hipóteses defesas dos incisos “a” e “b”, a saber: (a) *reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira*; e (b) *imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis*.

O inciso II – incapacidade civil absoluta – é hipótese de *suspensão* dos direitos políticos, cujas causas estavam previstas, até 2015, no art. 3º da Código Civil. Para o exercício dos direitos políticos, era necessário que o cidadão tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II) e pudesse exprimir sua vontade (inciso III). A suspensão dos direitos políticos, no caso de interdição por incapacidade civil absoluta, seria automática e temporária, até que cessasse a incapacidade, o que poderia nunca vir a acontecer.

Ocorre que, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, Lei nº 13.146/2015, vigente a partir de janeiro de 2016, as hipóteses de incapacidade civil absoluta restringiram-se a apenas uma, a menoridade impúbere. Os incisos I, II e III do art. 3º do Código Civil foram revogados, passando a prever, o *caput* do referido artigo, que *são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos*.

Essa alteração legislativa, de louvável caráter inclusivo, criou um hiato jurídico, na medida em que o inciso II do art. 15 da Constituição, por ser norma de eficácia limitada, aparentemente perdeu a eficácia com a redefinição das hipóteses de incapacidade civil absoluta, reduzida à menoridade impúbere, aos quais os direitos políticos já eram restritos²³ pela Constituição Federal. A Lei nº 13.146/2015 alterou o art. 4º do Código Civil para incluir o inciso III, como causa de incapacidade relativa *a certos atos ou à maneira de os exercer*, àqueles que, por causa transitória ou permanente *não puderem exprimir sua vontade*, ou seja, deslocou a hipótese da incapacidade absoluta para a relativa.

O EPD trouxe diversos dispositivos que corroboram com a noção de que a incapacidade civil absoluta para os casos de falta de discernimento ou impossibilidade de expressão da vontade, além de ter deixado de existir no ordenamento jurídico brasileiro, não seria mais uma

empregada em sentido restrito, significando aquele que é titular do direito ativo de voto, e em sentido amplo, designando o nacional. Em qualquer das hipóteses, o estrangeiro não se enquadra.

²³ V.g. art. 14, §1º, I e II, “c”.

hipótese de perda dos direitos políticos. Logo no art. 1º a Lei diz que sua destinação é assegurar às pessoas com deficiência sua inclusão social e *cidadania*. O art. 76 assegura que o poder público deve *garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos* e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas, havendo em seu §1º disposição expressa sobre o direito de *votar e ser votado*. Ao curatelado²⁴, o art. 85 da lei dispôs que os atos afetados são somente os relacionados aos direitos patrimonial e negocial, quedando-se silente quanto aos direitos políticos, sendo que seu §1º assegura a manutenção do direito ao voto²⁵.

Por outro lado, importa ressaltar que discernimento e expressão de vontade são pressupostos básicos de validade para o exercício do voto²⁶. Os elementos cognitivo e volitivo são essenciais para a manutenção da soberania popular, como se observa a partir da interpretação teleológica de diversos dispositivos do ordenamento eleitoral, v.g. a proibição da captação de sufrágio (*compra de votos*), prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, que macula a *vontade* do eleitor, e a divulgação falsa, com finalidade eleitoral, de fato atribuído a pessoa que se saiba inocente, as famosas *fake news*, recentemente incluídas no §3º do art. 326-A do Código Eleitoral, que têm a capacidade de afetar o *discernimento* do eleitorado. Por sua vez, o exercício de mandato eletivo também pressupõe a plena capacidade civil do eleito, vez que aquele que não tem condições mentais de gerir seus próprios bens ou praticar outros atos da vida civil, também não teria condições de fazê-lo em prol da sociedade na qualidade de representante eleito²⁷.

²⁴ As hipóteses de curatela estão previstas no art. 1.767 do Código Civil, das quais merece destaque a do inciso I, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, que, de acordo com o art. 4º do Código é causa de incapacidade civil relativa.

²⁵ Na esteira da novel legislação, há julgados no sentido de que o deficiente interdito judicialmente não perde o direito de votar, justamente porque a hipótese de incapacidade civil absoluta ficou restrita à menoridade impúbere: EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. SUBMISSÃO À CURATELA QUE AFETA TÃO SOMENTE AOS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS POLÍTICOS. (TJ-RS

– AC: 70074332594 RS, Rel: Luiz Felipe Brasil Santos, DJ 17/8/17, Oitava Câmara Cível, Publ: DJ 24/8/17).

²⁶ O art. 14 da Constituição Federal dispõe que *a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*. Muito embora sejam comumente tratados como sinônimos, *voto* e *sufrágio universal* possuem sentidos diferentes. A palavra *voto* refere-se à eleição de alguém ou a deliberações sobre projetos ou composições de colegiados ou de julgamentos. Já *sufrágio*, do latim *sufragium* (aprovação, apoio), é um direito público subjetivo, de natureza política, que o cidadão tem de se eleger, ser eleito e participar da atividade do poder estatal. Possui decorrência direta do princípio de que “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”. É pelo exercício do sufrágio universal que o eleitorado (instrumento técnico do povo) outorga legitimidade aos governantes e exerce diretamente o poder nos casos de plebiscito e referendo. Constitui a instituição fundamental da democracia representativa (SILVA, 2010, p. 217).

²⁷ Em 2016, a justiça eleitoral mineira determinou a suspensão dos direitos políticos, com o consequente indeferimento da candidatura para vereador, de pessoa acometida de enfermidade mental devidamente reconhecida em sentença, enquanto perdurasse a enfermidade. O relator afirmou em seu voto não visualizar a possibilidade de um interdito por enfermidade mental exercer mandato eletivo, pois, se não poderia praticar atos da vida civil como transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, não poderia atuar com vereador no

Assim, apesar de não ser objeto do presente trabalho, a celeuma criada a partir da Lei nº 13.146/2015 sobre direitos políticos e incapacidade civil absoluta é importante para aferir a atual eficácia da norma e sua classificação como hipótese de perda ou suspensão. Certamente a matéria, de evidente natureza constitucional, chegará ao Supremo Tribunal Federal e exigirá um esforço hermenêutico para a solução do problema.

Por hora, adotamos, nos casos ausência de discernimento e impossibilidade de exercício da vontade, a solução dada por Gomes (2012, p. 9), permitindo a figura do impedimento, ou seja, um *obstáculo* à livre disposição dos direitos políticos até a cessão da causa que restrinja ou limite os elementos cognitivo e volitivo.

O inciso III do art. 15 – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos – também se trata de causa de *suspensão*. A própria norma traz a condicionante de que a privação dos direitos políticos perdura enquanto durarem os efeitos da condenação. Como veremos no decorrer do trabalho, a hipótese levantada é a de que nem toda condenação criminal transitada em julgado enseja a suspensão dos direitos políticos.

O inciso IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VII – merece uma análise mais atenta para sua definição como causa de perda ou suspensão. Trata, o inciso, da escusa de consciência, que é a recusa de cumprimento de obrigação legal a todos imposta, como o exercício da função de jurado e a prestação de serviço militar.

A Constituição Federal garante, no art. 5º, inciso VII, que *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*. Da análise do texto constitucional, conclui-se que nenhum direito do cidadão será afetado em decorrência da escusa de consciência, porque ao escusante impõe-se sanção alternativa²⁸. Apenas a recusa do cumprimento dessa sanção alternativa é que poderia afetar outros direitos.

O art. 143, §1º da Constituição diz competir *às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de*

município que exigiria dele exatamente esses poderes os quais lhe foram retirados em sentença. (RECURSO ELEITORAL n 41941, ACÓRDÃO de 25/10/2016, Rel: RICARDO TORRES OLIVEIRA - CAND, Relator(a) designado(a) CARLOS ROBERTO DE CARVALHO - CAND, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/10/2016 RJ - Revista de Jurisprudência do TRE-MG, Tomo 08, Data 11/07/2017, Página 488)

²⁸ O art. 143, §1º da Constituição determina ser das Forças Armadas, na forma da lei, a atribuição da prestação dos serviços alternativos aos alistados que, em tempo de paz, alegarem escusa de consciência para o serviço militar. A Lei 8.239/91 estabeleceu esses serviços no art. 3º, §2º, que compreendem *o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar*.

consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. A Lei que regula a hipótese é a 8.239/91, que prevê, em seu art. 4º, §2º, a suspensão dos direitos políticos ao inadimplente, o qual pode regularizar a situação a qualquer tempo mediante o cumprimento das obrigações devidas.

Da mesma forma, quanto ao exercício da função de jurado, o art. 438 do Código de Processo Penal determina que *o serviço do júri é obrigatório, e o alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.* O art. 437 mesmo Código dispõe sobre as hipóteses de isenção do serviço, destacando-se o inciso X que contém cláusula geral à demonstração de *justo impedimento*²⁹. Contudo, nos termos do art. 438 do CPP, a escusa de consciência por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política enseja ao escusante *o dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.*

Apesar de os dispositivos mencionarem expressamente a *suspensão* dos direitos políticos nos casos de escusa de consciência praticada para a recusa do exercício de jurado ou a prática de atividades de caráter essencialmente militar, para José Afonso da Silva (2010, p. 648), o art. 15, IV se trata de hipótese de *perda* dos direitos políticos³⁰:

[a] Lei 8.239/91 (art. 4º, 2º) prevê a suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante o cumprimento das obrigações devidas. Talvez porque o dispositivo preveja a possibilidade de recuperação dos direitos políticos é que falou em “suspensão”. No entanto, essa recuperação, a nosso ver, é simplesmente a possibilidade de re aquisição dos direitos perdidos. No caso de suspensão, a recuperação é automática, em virtude da cessação da causa de privação. O caso é de *perda* dos direitos políticos, e não de suspensão, porque esta se dá quando a situação causal indica temporariedade, ou quando é previsível a cessação da causa da privação dos direitos políticos, o que não é o caso.

Por fim, a hipótese do art. 15, inciso V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37 §4º, é causa de *suspensão*, pela própria previsão constitucional. A Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, estabelece o prazo de suspensão para cada modalidade de improbidade (incisos I, II, III e IV do art. 12).

²⁹ No caso de recusa injustificada, o art. 436, §2º prevê multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos.

³⁰ Posição contrária adotam Gomes (2012, p. 9) e Zavascki (1994, p. 179), para quem na escusa de consciência pode haver suspensão ou impedimento, não perda. Formam a doutrina majoritária, acompanhando a posição de José Afonso da Silva, Mendes (2019, p. 826), Tavares (2020, p.704), dentre outros.

Concluimos, dessa forma, que é hipótese de *perda* dos direitos políticos o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado (inciso I), enquanto as causas de *suspensão* são a incapacidade civil absoluta (inciso II), a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (inciso III), a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII (inciso IV) e a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º (inciso V).

1.2.2 Competência para decretar a perda e a suspensão

A Constituição Federal de 1967 estabelecia as competências para a decretação da perda e suspensão dos direitos políticos. Cabia ao Supremo Tribunal Federal suspender os direitos políticos, pelo prazo de dois a dez anos, em caso de *abuso* dos direitos individuais que *atentassem contra a ordem democrática ou praticasse corrupção*, direitos individuais esses consistentes na *livre manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, e da publicação de livros, jornais e periódicos; do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão; da liberdade de reunião; e da liberdade de associação* (art. 150 §§ 8º, 23, 27 e 28).

Ao Presidente da República, competia a decretação da perda dos direitos políticos nos caso daqueles que, *por naturalização voluntária, adquirissem outra nacionalidade* (art. 141, I); que, sem sua licença, *aceitassem comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro* (art. 141, II); que exercessem a *escusa de consciência*³¹ (art. 144, II, “b”); e que *aceitassem título nobiliário ou condecoração estrangeira que importasse restrição de direito de cidadania para com o Estado brasileiro* (art. 144, II, “c”).

Nos demais casos de perda e suspensão dos direitos políticos, a competência era do Poder Judiciário, assegurada a ampla defesa do paciente, como na *condenação criminal, enquanto durassem seus efeitos* (art. 144, I, “b”), e aos que, *em virtude de sentença judicial, tivessem cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interesse nacional* (art. 141, III).

A Constituição de 1969 seguiu a mesma lógica. A competência do Supremo Tribunal Federal estava estabelecida no art. 119, inciso I, “j”, enquanto a do Presidente da República no art. 149, §1º. De novidade em relação a Constituição de 1967, foi a inclusão da hipótese de suspensão dos direitos políticos em decorrência da incapacidade civil absoluta (art. 149, §2º, “b”), cuja a decretação se dava por decisão judicial.

³¹ O texto do dispositivo era: pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral. Veja-se que, diversamente da CF 88, não havia a possibilidade de prestação alternativa para a escusa de consciência, conforme estabelece o art. 143, §1º da CF e complementa o art. 3º, §2º da Lei 8.239/91.

Como se vê, as Constituições do período revolucionário resguardavam ao Supremo Tribunal Federal a competência para decretar a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de dois a dez anos, no caso de abuso de direitos individuais que atentassem contra a ordem democrática. Não podemos esquecer que o Ato Institucional n. 2, o AI-2, de 27 de outubro de 1965, aumentou de 11 para 16 o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, resultando no “empacotamento”³² da Corte aos interesses dos militares. A Carta de 67 ratificou a alteração do número de Ministros, de modo que a competência do Supremo para julgar tais casos de *abuso dos direitos individuais que atentassem contra a ordem democrática* significava, na prática, que o julgamento desses fatos juridicamente indefinidos seria feito por Ministros alinhados ideologicamente ao governo. Com o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, veio a aposentadoria compulsória dos Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, e escancarou-se de vez a utilização da Corte como *longa manus* dos militares na opressão de seus opositores através da suspensão dos direitos políticos.

Assim como não previu expressamente os casos de perda e suspensão, a Constituição Federal de 88 também foi omissa quanto à competência para a decretação da privação dos direitos políticos. Entretanto, é possível estabelecer a a partir de uma interpretação lógica do texto. A competência é do Poder Judiciário, para todas as hipóteses.

O cancelamento de naturalização, o reconhecimento da incapacidade civil absoluta e condenação criminal transitada em julgado, são situações que dependem de *decisão judicial*, sendo competência do decisor, portanto, determinar a privação dos direitos políticos. Da mesma forma ocorre com a *suspensão* decorrente de improbidade administrativa. A substancial diferença entre as primeiras situações e a improbidade é que, nessa, a perda dos direitos políticos tem natureza de pena acessória, enquanto naquelas, são efeitos secundários da sentença. Finalmente, quanto à escusa de consciência, como registramos, a Constituição de

³² RECONDO (2018, p. 111), na brilhante obra que revela arquivos do regime militar, descortina a expressão “empacotamento” da Corte através do aumento do número de Ministros pelo AI-2: “O Presidente Castelo Branco, que resistiu sempre à ideia de cassar ministros do STF, conhecia, de suas leituras, o exemplo norte-americano de *Court-packing* (empacotar a corte), proposto pelo presidente Franklin Roosevelt em 1937 como forma de evitar resistências na Suprema Corte dos Estados Unidos às propostas do New Deal. E mencionou expressamente a alternativa em conversa com Aliomar Baleeiro. ‘A meu ver, Castelo Branco, diante daquele antagonismo da revolução aos cinco ministros do STF, cuja filosofia política ela reputava hostil às suas diretrizes, encarou duas soluções drásticas’, registrou Aliomar Baleeiro. E prosseguiu: ‘A primeira: aposentá-los, como fez Vargas em 1931, em relação aos juizes execrados pelos revolucionários de 1922, 1923, 1924 e 1930. A segunda, menos radical: elevar em quase 50% o número dos ministros, como tentou fazê-lo Franklin D. Roosevelt para anular a resistência de alguns dos *justices* às medidas do New Deal. Castelo conhecia perfeitamente o projeto de *packing the Court*, de Roosevelt, pois a ele se referiu em conversa comigo cerca duma semana antes do AI-2”

atribuía ao Presidente da República a decretação da suspensão dos direitos políticos pela prática da escusa de consciência. Mas, como a CF 88 nada dispôs a esse respeito, resta ao Poder Judiciário tal competência, pois é o único que tem poder para determinar a privação de um direito fundamental, salvo se a Constituição expressamente dispor outro meio.

1.2.3 *Suspensão dos direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado*

A presente pesquisa se debruça, em geral, sobre a suspensão dos direitos políticos em decorrência da sentença criminal condenatória transitada em julgado, e, em especial, sobre seus efeitos no mandato eletivo. Como a norma em referência traz mais dúvidas do que certezas, a apresentação de alguns aspectos são importantes.

Conforme será demonstrado detalhadamente no Capítulo 2, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento de que o art. 15, inciso III da Constituição Federal trata-se de norma autoaplicável, o que significa que a suspensão dos direitos políticos independe da natureza do delito, da quantidade de pena aplicada, e tampouco exige registro expresso na sentença, bastando o conhecimento³³ do trânsito em julgado pela Justiça Eleitoral para que se proceda o cancelamento do registro eleitoral do condenado e sua consequente exclusão do corpo de eleitores (art. 71, II e §1º do Código Eleitoral). Os efeitos da privação dos direitos políticos perduram enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória, isto é, o tempo do cumprimento da pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou da medida de segurança, *independentemente de reabilitação ou prova de reparação de danos*³⁴.

Nesse ponto, há de se registrar que existem duas correntes a respeito do que se deve entender por “enquanto durarem seus efeitos”. A mais abrangente, defende que a duração dos efeitos a que o art. 15, inciso III da CF se refere contempla o efeito secundário da condenação previsto no art. 91, I do Código Penal de *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*. Ou seja, para essa corrente, enquanto não cumprida a obrigação, permanecem “em aberto” os efeitos da condenação, e, portanto, suspensos os direitos políticos do condenado. A mais restrita, adotada pela jurisprudência sumulada do TSE, entende que os efeitos da condenação, para fins de suspensão dos direitos políticos, se encerram com o cumprimento da pena imposta na sentença condenatória, mesmo que os efeitos secundários da Lei penal persistam.

³³ Nos termos do art. 71, §2º do Código eleitoral “no caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu.”

³⁴ Súmula 9 do TSE: “A suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou prova de reparação de danos.”

Outro ponto a ser destacado é o de que a sentença absolutória imprópria enseja a suspensão dos direitos políticos, porque ainda que se trate de absolvição, enseja a aplicação de medida de segurança, cuja natureza é condenatória³⁵.

O trânsito em julgado da condenação criminal condenatória é mandamental para a produção do efeito secundário da sentença condenatória. Vale, contudo, o registro feito por Gomes (2012, p. 14), de que:

Alguns autores insurgem-se contra a exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para fins eleitorais, considerando mais consentânea a só condenação, regra, aliás, esposada no artigo 135, §1º, II, da Constituição de 1946. Nessa linha, Djalma Pinto (2005, p. 84-85) assevera que a “presunção de inocência, até o trânsito em julgado da sentença penal, para fins eleitorais, é uma aberração repelida pelo Direito Romano, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e em qualquer lugar onde haja preocupação com a boa aplicação dos recursos públicos”, já que “significa a constitucionalização da impunidade diante da eternização dos processos no Brasil”.

A crítica, válida do ponto dialético, não merece nosso endosso, pois além do argumento dogmático de que o constituinte tratou a presunção de inocência como cláusula pétreia na Constituição de 88, fato reconhecido pelo Supremo no HC 84.078, em 2009, e reafirmado recentemente nas ADCs 43, 44 e 54, em 2019, a legislação eleitoral traz elementos jurídicos suficientes para atender aos anseios mais ético-moralizadores, tornando inelegíveis³⁶ aqueles que forem condenados por órgão colegiado por crimes contra a administração pública, por exemplo.

A transação penal do art. 76 e a suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei nº 9.099/1990 não atingem os direitos políticos, pois em nenhum dos casos se tem condenação criminal. A natureza de ambas as sentenças é homologatória.

1.2.4 Reaquisição dos direitos políticos.

³⁵ Neste sentido é o PA n. 19.297/PR – Resolução TSE n. 22.193, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 11- 4-2006: MEDIDA DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. NATUREZA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. Não obstante tratar-se de sentença absolutória imprópria, a decisão que impõe medida de segurança ostenta natureza condenatória, atribuindo sanção penal, razão por que enseja suspensão de direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal.

³⁶ Lei Complementar n. 135/2010, ou “Lei da Ficha-Limpa”, art. 1º, I, “e”.

A reaquisição dos direitos políticos suspensos ocorre com a cessação dos motivos que a determinaram. O fim dos efeitos da condenação criminal, seja pelo cumprimento da pena, prescrição, ou outra causa extintiva de punibilidade, resultam, ao condenado, na retomada dos direitos políticos. Da mesma forma ocorre com a improbidade administrativa, através do cumprimento do prazo de privação dos direitos políticos estabelecido como sanção.

Quanto à incapacidade civil absoluta, como já mencionado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência extinguiu as hipóteses de incapacidade, mantendo unicamente como absolutamente incapaz para os atos da vida civil o menor impúbere. Por óbvio, o menor de 16 anos, que jamais alcançou o gozo dos direitos políticos, não pode retomá-lo, mas sim adquiri-lo quando atingir a idade necessária e preencher os demais requisitos legais. Caso se entenda possível a suspensão (ou impedimento) ao exercício dos direitos políticos dos *relativamente incapazes* que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, a reaquisição dos direitos políticos ocorre com o fim da transitoriedade.

Para a escusa de consciência consistente na não prestação do serviço militar, a Lei nº 8.239/1991 dispõe em seu art. 4º, § 1º que aquele que não cumprir o serviço alternativo, ou fazê-lo de modo incompleto, não receberá o Certificado de Prestação Alternativa do Serviço Militar, documento equivalente ao Certificado de Reservista, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. O §2º diz que, superados os dois anos, o Certificado só será emitido após a decretação da suspensão dos direitos políticos, os quais podem ser readquiridos, a qualquer tempo, mediante o cumprimento pleno das obrigações devidas.

Da mesma forma, o não cumprimento do serviço alternativo imposto àquele que se recusa ao exercício de jurado enseja a suspensão dos direitos políticos, cuja reaquisição se dá com a prestação do serviço imposto, de acordo com a interpretação lógica da parte final do art. 438 do CPP.

Já na hipótese de perda dos direitos políticos em decorrência do cancelamento da naturalização, a regra geral é a impossibilidade de reaquisição, exceto pela via da ação rescisória que vier a rescindir o julgado. Os direitos políticos se findam com o fim da nacionalidade brasileira. Caso aquele que perdeu a nacionalidade brasileira venha a readquirir a nacionalidade, fica obrigado a um novo alistamento eleitoral para obter os direitos políticos.

O brasileiro nato, domiciliado no Brasil, que viesse a perder a nacionalidade brasileira em decorrência da aquisição voluntária de outra, até 2017, poderia readquiri-la por decreto

presidencial³⁷, de acordo com o art. 36 da Lei nº 818/1949. Com a readquirição da nacionalidade, readquiriria também os direitos políticos, cumpridos os requisitos do art. 40.

A referida Lei foi revogada pela Lei nº 13.445/2017, que hoje prevê, em seu art. 76, que *o brasileiro que, em razão do previsto no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo*. A Lei foi silente quanto à readquirição dos direitos políticos, mas é possível concluir que são reestabelecidos com a readquirição da nacionalidade brasileira, pois volta à condição de brasileiro nato, se brasileiro nato era quando lhe foi decretada a perda, ou de naturalizado, se assim o fosse.

1.3 OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO NA DOGMÁTICA PENAL

Apresentados os esboços mais importantes da matéria constitucional pertinente ao presente trabalho, passamos a delinear, a partir da dogmática, os conceitos mais relevantes de cunho penal.

O trânsito em julgado³⁸ da sentença penal condenatória gera para o condenado, além do efeito sociológico da estigma, aposto na biografia da pessoa humana, distinguindo-a das demais em uma espécie de seleção natural entre os bons e os maus (DOTTI, 2018), múltiplos efeitos de natureza penal, processual, administrativa, política, civil, comercial e trabalhista.

O efeito penal *primário*³⁹, consectário lógico do decreto punitivo estatal, é a aplicação da pena, podendo ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, além da medida de segurança, no caso de sentença absolutória imprópria. É o único efeito penal alcançado pelo indulto, de acordo com a Súmula 681 do STJ: “o *indulto extingue os efeitos primários da*

³⁷ O aceite de comissão, emprego ou função de governo estrangeiro sem licença do Presidente da República, que era causa de perda da nacionalidade existente nas Constituições anteriores, não foi adotado pela Constituição de 88.

³⁸ Definimos *trânsito em julgado* de uma decisão pela sua imutabilidade, resultante da não interposição de recurso por qualquer das partes ou pelo seu desprovemento, bem como, no plano formal, pelo seu não conhecimento. Nos termos do art. 502 do CPC, é denominada *coisa julgada material* a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Após a reafirmação da constitucionalidade do art. 283 do CPP pelo Supremo Tribunal Federal, em 7 de novembro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o efeito primário da condenação voltou a ser produzido apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, deve-se incluir no critério de imutabilidade das decisões também a não interposição, o desprovemento ou o não conhecimento do recurso especial (CF, art. 105, III) e extraordinário (CF, art. 102, III), regulados pela Lei 8.038/90 e pelo CPC.

³⁹ DOTTI (2018) adota a classificação de efeitos penais *imediatos* e *mediatos*. Para o autor, os efeitos *imediatos* seriam, além da *aplicação da pena*, a *declaração de culpa*, a *definição do regime de pena* e a *oportunidade para a suspensão da execução da pena (sursis)*. Como efeito *processual mediato*, o autor faz referência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como *o pressuposto para a revisão criminal*.

condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.”

Por sua vez, são efeitos penais *secundários* o lançamento do nome do réu no rol dos culpados⁴⁰, o marco inicial para o reconhecimento da reincidência⁴¹, a revogação obrigatória (CP, art. 86) ou facultativa (CP, art. 87) do livramento condicional e a interrupção da prescrição (CP, art. 117, VI).

1.3.1 Efeitos secundários extrapenais.

Além dos efeitos penais da condenação, corolários da própria natureza da imposição de pena, o condenado submete-se a uma gama de efeitos extrapenais, v.g a possibilidade de ser demitido por justa causa caso não tenha havido suspensão da execução da pena (CLT, art. 482, “d”), a submissão compulsória à identificação do perfil genético mediante DNA, em caso de crime doloso praticado com violência grave à pessoa ou hediondo⁴² (LEP, art. 9º-A), dentre outros.

O Código Penal também prevê uma série de efeitos extrapenais decorrentes da condenação. Tais efeitos encontram-se disciplinados no Capítulo VI (arts. 91, 91-A e 92), Título V (arts. 32 ao 99) do Código Penal, que trata “Das Penas”, evidenciando tratar-se de matéria atinente ao quadro reservado à execução das penas. Sob a perspectiva didática do Código, não poderia ser diferente, pois não seria adequado estar disciplinado no Título subsequente, “VI – Da Ação Penal”, nem tampouco no anterior, “IV – Do Crime”. Podem ser *genéricos e específicos*.

1.3.1.1 Genéricos

⁴⁰ O lançamento do nome do réu no rol dos culpados era previsto na redação original do art. 393 do CPP, como efeito da sentença condenatória *recorrível*. Para a maior parte da doutrina, esse dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 88, face ao princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). O dispositivo foi revogado pela Lei 12.403/11. Com a revogação, surgiram duas correntes: a que entende que o rol dos culpados não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico (posição a qual nos filiamos), e a que entende que o lançamento do nome do réu no rol dos culpados deve ser procedida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁴¹ A *reincidência* gera diversas outras consequências penais, como o aumento (CP, art. 110) do prazo prescricional; a revogação da reabilitação (CP, art. 95); a revogação obrigatória (CP, art. 81, I) ou facultativa (CP, art. 81, §1º) do *sursis* anteriormente concedido, e a vedação de sua concessão (CP, art. 77, I) em caso de reincidência por crime doloso; a impossibilidade de obter a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/90, art. 89); e o impedimento do reconhecimento da forma privilegiada em delitos como furto (CP, art. 155, §2º, apropriação indébita (CP, art.

170) estelionato (CP, art. 171, §1º) e da figura do “pequeno traficante” (Lei 11.343/06, art. 33, §4º).

⁴² Lei 8.072/90, art. 1º

Os efeitos genéricos do trânsito em julgado da sentença penal condenatória estão disciplinados no art. 91 do Código. Ao contrário dos específicos, são produzidos automaticamente, ou seja, independem de fundamentação ou sequer de decretação expressa no *decisium*.

Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime é a disposição do inciso I. Se a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária, apto a proteger bens jurídicos apenas em *ultima ratio* (SANTOS, 2007 p. 5), pressupõe-se que um delito deve configurar, antes, um ilícito civil. O efeito do inciso I do art. 91 tem, portanto, natureza cível⁴³.

Com o trânsito em julgado da sentença, o autor do delito deve indenizar a vítima. A sentença penal condenatória, nesse caso, tem força de título executivo judicial (CPC, art. 515, VI), e a ação de execução deve ser movida perante o juízo cível em razão da adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da independência entre as responsabilidades civil e penal, encetada no art. 935⁴⁴ do Código Civil. Têm competência para promover a execução o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, nos termos do art. 63 do CPP.

O efeito secundário extrapenal genérico do inciso II do art. 91, também de natureza cível⁴⁵, refere-se à *perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado, ou de terceiro de boa-fé, (a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, e (b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*.

Tratam-se de modalidades especiais de confisco, para (a) assegurar a inutilização de instrumentos adequados á pratica de delitos, ou destinar sua utilização para fins lícitos por meio de instituições estatais, e (b) impedir o locupletamento patrimonial pelo condenado.

1.3.1.2 Específicos.

Os efeitos específicos da condenação *não são automáticos*, e pressupõem motivação na sentença. Nessa perspectiva, podemos classificar como novato efeito específico da condenação

⁴³ Para DOTTI (2018), a reparação do dano também pode interessar ao campo do *procedimento*, pois é um dos requisitos necessários à reabilitação (CP, art. 94, III), inclusive com o desconto de parte do salário do trabalho do preso (LEP, art. 29, § 1.º, a).

⁴⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁴⁵ “A perda de bens, instrumentos ou produto do crime, é efeito jurídico, que se passa no campo da eficácia jurídica civil; não; penal, propriamente dito. Não é alcançado pelo acto de anistia, sem que, na lei, seja expressa a restituição desses bens.” (RTJ 101/516).

a figura do *confisco alargado de bens*, mecanismo de combate à delinquência econômica introduzido no Código Penal no art. 91-A pelo “pacote anticrime” – Lei nº 13.964/2019, que permite, *na condenação por infração penal às quais a lei comine pena máxima superior a 6 anos de reclusão*, a decretação da perda, *como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito*.

Efeito específico porque a norma exige que a acusação apresente, na denúncia, a pretensão da perda e indique a diferença apontada (CP, art. 91-A, §3º), bem como que o magistrado declare, na sentença, o valor da diferença apurada e a especificação dos bens cuja perda for decretada (CP, art. 91-A, §4º). Ora, se o confisco alargado admite o contraditório (CP, art. 91-A, §2º), é imprescindível que a sentença fundamente, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal, sua aplicação.

São também efeitos específicos da condenação criminal a *perda de cargo, função pública* ou *mandato eletivo*, de acordo com o inciso I do art. 92 do Código Penal. Eis, aqui, o cerne da pesquisa.

Na sistemática penal de 1940, os efeitos específicos do atual art. 92 do Código Penal eram tratados como penas acessórias, previstos no art.68, inciso I, e no art. 69, incisos II e III⁴⁶. Sua aplicação, portanto, estava vinculada à culpabilidade e à periculosidade do agente. Após a reforma de 84 é que deixaram de ter natureza de sanção⁴⁷ e passaram a ser tratados como efeitos secundários extrapenais da condenação criminal.

Para que os referidos efeitos, de natureza administrativa e política, incidam sobre a pessoa do condenado, há, por imposição legal, que ser preenchido um dos requisitos das alíneas “a” e “b”: (a) *quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública*⁴⁸; ou (b) *quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos*.

⁴⁶ Art. 68. Incorre na perda de função pública:

I - O condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

Art. 69. São interdições de direitos: [...]

II - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder;

III - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela;

⁴⁷ Vale ser feita a referência de que a reforma de 84 alocou a *proibição do exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo* como espécie de pena restritiva de direitos (CP, art. 47, I) na modalidade interdição temporária de direitos (CP, art. 43, V), mas cujo instituto não se confunde com o efeito secundário extrapenal da condenação criminal do art. 92, I.

⁴⁸ Violação de dever para com a Administração Pública não se refere apenas aos crimes previstos no Título XI do Código Penal, mas estende-se a todo ordenamento jurídico penal. Por produzir efeitos extrapenais na vida do

Os critérios estabelecidos na norma são, respectivamente, de natureza ética e material. A interpretação teleológica da alínea “a”, de que a condenação seja por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, nos permite afirmar que trata-se de critério ético, e, em última análise, decorrente da função de *prevenção geral positiva*⁴⁹ da pena. Já na alínea “b”, que trata da aplicação de penas privativas de liberdade por tempo superior a 4 anos, para qualquer delito, é possível concluir que a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo decorre da impossibilidade *material* de seu exercício com o cumprimento da pena, haja vista que, nesse *quantum*, o regime inicial é o semiaberto (CP, art. 33, §2º, “b”).

A atual redação do Código foi dada pela Lei nº 9.268/1996. No PL nº 726/1995, que a deu origem, o então Ministro da Justiça Nelson Jobim expôs os seguintes motivos ao submetê-lo ao Congresso Nacional:

6. A gravidade dos crimes contra a Administração Pública, principalmente quando cometidos por seu servidor, justifica a perda do cargo ou função pública. O mesmo deve ocorrer quando o ilícito penal implicar na violação do dever inerente ao mandato eletivo.

O limite máximo de um ano da pena aplicada, para a ocorrência da perda do cargo, função ou mandato, é plenamente justificável se considerarmos que para o grave crime de corrupção passiva é cominada a pena mínima de um ano de reclusão. O abuso de poder e a violação dos deveres funcionais constituem práticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo da Constituição. Assim sendo, quem revelar tal forma de conduta hostil à confiança depositada pelo Estado ou pelo eleitor, não poderá exercer tal *múnus*.

7. Também será incompatível para com os deveres funcionais ou decorrentes do mandato, a execução da pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos. Constituiria intolerável paradoxo a continuidade do exercício da função pública ou do mandato eletivo quando a pena aplicada assume limite que bem revela a gravidade do evento delituoso e o antagonismo em relação às atividades que pressupõem uma cidadania digna.

cidadão ao permitir a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, a falta de uma definição precisa das hipóteses do que venha a ser *violação de dever para com a Administração Pública* enseja questionamentos de sua constitucionalidade sob a perspectiva da legalidade estrita.

⁴⁹ Para SANTOS (2007, p. 460), “existem pelo menos duas posições principais sobre prevenção geral positiva na literatura contemporânea, com proposições semelhantes mas com pressupostos e objetivos político-criminais diferentes. Por exemplo, autores como ROXIN assumem a natureza *relativa* da prevenção geral *positiva*, concebida como uma *função* no contexto de outras funções *declaradas* ou *manifestas* atribuídas à pena criminal, cuja legitimação consiste no objetivo de *proteção de bens jurídicos* [...]. Nesse sentido, ROXIN define a chamada *integração/prevenção* como demonstração da *inviolabilidade do Direito*, necessária para preservar a *confiança na ordem jurídica* e reforçar a *fidelidade jurídica* do povo [...] Ao contrário, JAKOBS *absolutiza* a função de prevenção geral *positiva*, concebida como teoria *totalizadora* da pena criminal, que concentra as funções *declaradas* ou *manifestas* de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas à pena criminal pelo discurso punitivo. Nesse sentido, a pena criminal defendida como prevenção geral positiva, realiza a função de *afirmar a validade da norma* penal violada; por outro lado, a norma penal reafirmada pela pena criminal, é definida como *bem jurídico-penal* [...] Assim, define prevenção geral positiva como *demonstração da validade da norma* manifestada através de *reação contra a violação da norma* realizada às *custas do competente/responsável*, necessária para reafirmar as *expectativas normativas* frustradas pelo comportamento criminoso.”

Veja-se que a justificativa da proposta para as hipóteses de crimes praticados com abuso de poder e contra a Administração Pública (alínea “a”) tratam da incompatibilidade entre o exercício do cargo, função pública ou mandato eletivo com o *munus* depositado pelo Estado ou eleitor, revelando, tal incompatibilidade, a natureza ética do efeito da condenação.

Na redação anterior, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo se dava nas mesmas condições, mas quando a pena aplicada fosse igual ou superior a quatro anos. Na linha político-criminal de expansão do direito penal, a pretensão do Executivo foi compatibilizar o alcance do efeito da condenação para crimes que, praticados com abuso de poder ou contra a Administração Pública, tinham como preceito secundário penas mais brandas. Lembremos que os delitos de corrupção passiva e ativa, citados na exposição de motivos pelo Ministro Nelson Jobim, à época cominavam pena de 1 a 8 anos de reclusão.

Fato é que somente nas hipóteses taxativas previstas abre-se ao magistrado a possibilidade de, motivadamente, declarar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo. Veja-se que ao exigir a *motivação* (CP, art. 92, parágrafo único), a norma evidencia que nem mesmo ocorrendo as condicionantes de natureza de crime e/ou quantidade de pena estabelecidas torna-se imperiosa a impositiva da perda, sendo imprescindível também que se demonstre a necessidade da medida. Nesse sentido:

Nos termos da jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, em que pese a perda da função pública não ser decorrência automática da condenação, há a possibilidade de aplicação da referida penalidade pelo juiz sentenciante como efeito da reprimenda fixada, **devendo o magistrado apenas fundamentar suas conclusões em critérios objetivos e subjetivos inseridos nos autos, que demonstrem a incompatibilidade do ato criminoso com o cargo ocupado pelo acusado.** Precedentes." (AgRg no AgRg no AREsp 1.277.816/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 26/9/2018). (destacamos)

Pela perspectiva do Código Penal, a motivação, em tese, também seria necessária para a declaração da perda do mandato eletivo, caso preenchidos os requisitos estabelecidos. Digo em tese porque o dispositivo constitucional do art. 15, inciso III, a partir da hermenêutica radical que lhe foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal, retira por completo a eficácia da norma infraconstitucional, ao impor, *incontinenti*, a suspensão dos direitos políticos a qualquer condenação criminal com trânsito em julgado, e, por consequência, a perda do mandato eletivo⁵⁰.

Leis penais esparsas tratam dos efeitos da condenação disciplinados no art. 92 de forma distinta do Código: A Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) prevê em seu art. 16 a perda do cargo

⁵⁰ Ressalvadas as disposições do art. 55, §2º da CF, conforme veremos no próximo Capítulo.

ou função pública, para o servidor público incurso em qualquer um de seus crimes, independentemente da quantidade de pena, mas ainda assim dependente de motivação na sentença (art. 18⁵¹); já a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997) dispõe, em seu art. 1º, §5ª a perda do cargo ou função pública, independentemente de fundamentação ou decretação expressa, por entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça⁵², o que a qualifica como *efeito genérico* da condenação por crimes dessa natureza. Ambas são silentes quanto a perda do mandato eletivo, de modo que, pelo princípio da legalidade estrita, deve-se aplicar a regra geral do art. 92, I. A Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2012) fez menção expressa em seu art. 2º, §6º à perda do mandato eletivo, além do cargo e função pública, quando sobrevier o trânsito em julgado da condenação.

O novo ingresso a cargo ou função pública, salvas as disposições e prazos expressos na legislação especial, somente pode ocorrer após a reabilitação, vedada a reintegração na situação anterior (CP, art. 93, parágrafo único). Já o novo exercício de mandato eletivo, nos termos da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que alterou o art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, somente pode ser alcançado após superado o prazo de inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena dos condenados aos crimes previstos na alínea “e”, dentre os quais destacamos os praticados contra a Administração Pública e de abuso de autoridade, quando houver condenação à perda do cargo ou inabilitação para o exercício da função pública.

Logo, numa interpretação sistemática do ordenamento, se, em tese, só se perde o mandato eletivo por crimes praticados com abuso de poder ou contra a Administração Pública, e desde que a condenação imponha pena privativa de liberdade superior a 1 ano, pela regra do art. 92, I, “a” do CP, a nova condição de elegibilidade a *todos* os que sofreram o efeito específico da condenação do referido artigo só se adquire após transcorridos 8 anos do cumprimento da pena.

Finalmente, os dois últimos efeitos secundários extrapenais específicos são os previstos nos incisos II e III do art. 92, respectivamente: *a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos*

⁵¹ Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁵² Por todos: “A determinação da perda de cargo público fundada na aplicação de pena privativa de liberdade superior a 4 anos (art. 92, I, b, do CP) pressupõe fundamentação concreta que justifique o cabimento da medida [...] Por fim, registre-se que o tratamento jurídico-penal será diverso quando se tratar de crimes previstos no art. 1º da Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura). Isso porque, conforme dispõe o §5º do art. 1º deste diploma legal, a perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação, sendo dispensável fundamentação concreta.” (REsp 1.044.866-MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 2/10/2014).

contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado e a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo dedica-se à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, em geral, e sobre a consequente perda do mandato eletivo, em específico.

No primeiro tópico, abordaremos a importância do Supremo Tribunal Federal na proteção da democracia. O segundo tópico, cerne do capítulo, consiste na pesquisa jurisprudencial da Corte sobre a matéria, de acordo com recortes e variáveis de pesquisa adiante explicitadas, a fim de mapear as decisões existentes e assim buscar uma melhor resposta para a pergunta-problema. Os subtópicos são divididos em três. O primeiro apresenta a metodologia da pesquisa jurisprudencial sobre o tema. O segundo versa sobre a interpretação dada pelo Supremo acerca da suspensão de direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, matéria apreciada no tema 370 da repercussão geral pelo Plenário da Corte. O terceiro, sobre os julgados correlacionados com as hipóteses de perda de mandato parlamentar previstas no art. 55 da Constituição, com enfoque nos incisos IV (que perder ou tiver suspensos os direitos políticos) e VI (que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado), o conflito normativo existente entre os parágrafos 2º e 3º referentes ao procedimento a ser adotado para a deliberação ou mera declaração acerca da perda do mandato, e a não extensão das prerrogativas parlamentares a vereadores e ocupantes de cargos do Poder Executivo.

2.1 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA

Ao delimitar metodologicamente a análise jurisprudencial ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, o reconhecemos como objeto de pesquisa, de modo que se torna pertinente expor sua importância na proteção da democracia.

A matéria sobre a qual no propusemos a estudar possui natureza eminentemente constitucional. Essenciais à democracia, os direitos políticos, como prerrogativas jurídico-constitucionais que traduzem o grau de participação dos cidadãos no cenário governamental do Estado (BULOS, 2012, p. 854), integram os direitos fundamentais, e por isso recebem ampla proteção constitucional.

O fenômeno da ascensão política do Poder Judiciário, juntamente com a expansão da jurisdição constitucional, ocorreu em diversos países de tradição romano-germânica no período pós 2ª Guerra Mundial, para assegurar a sobrevivência das democracias modernas especialmente através da proteção de direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 88 concedeu estatura constitucional aos mais variados temas⁵³, como família, saúde, ordem econômica, meio ambiente, relações de consumo, questões indígenas, dentre outros, assim como ampliou sobremaneira os remédios de controle de constitucionalidade e os legitimados a utilizá-los⁵⁴. Nessa linha, a analítica e dirigente Carta, em decorrência de seu amplo conteúdo, colocou o Supremo Tribunal Federal em destaque no sistema político, já que é de sua competência a salvaguarda do alargado texto constitucional.

Porém, o Supremo que conhecemos hoje, em evidência na mídia, com cobertura instantânea da imprensa de suas decisões e sabatinado diariamente pelo escrutínio popular, nem de longe se parece com o Supremo até 1988. Recondo (2018, p. 21) sintetiza com precisão essas limitações:

O Supremo, até 1988, era um poder que, na realidade política do país, se encontrava abaixo dos demais. Não havia equilíbrio entre os três. Executivo e Legislativo, nessa ordem, sempre preponderaram sobre o Judiciário. É com essa regra que se deve medir a atuação do Supremo nos anos de chumbo ou nos primeiros anos da República. O tribunal conviveu com a ditadura militar. Não tinha capacidade para fazer sua agenda. E não foram os casos de liberdade civil que dominaram a pauta do STF de 1964 a 1974. Esses processos esporádicos chegaram ao tribunal pela via do habeas corpus e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura.

⁵³ Para SOUZA NETO e SARMENTO (2012) “dentre as causas dessa expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 87/88, que ensejou uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e *lobbies* durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas”.

⁵⁴ Cita-se, como exemplo, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC n. 3, de 1993, o Mandado de Injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, além da ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ampliação de seus poderes⁵⁵ decorreu como resposta lógica e natural à hipertrofia, em detrimento dos outros organismos de representação popular, que detinha o Poder Executivo federal no regime ditatorial. Como bem destaca Paixão (2007, p. 204):

A Constituição brasileira de 1988 foi profundamente marcada pelo repúdio a diversos institutos do período autoritário que a precedeu, durante o qual ocorreu uma contínua hipertrofia do Poder Executivo federal, em detrimento dos demais órgãos de representação popular. Portanto, era natural que a Constituição de 1988, fazendo o contraponto ao crescimento do Poder Executivo durante o regime inaugurado em 1964, procurasse ampliar as atribuições dos ramos Legislativo e Judiciário federais, bem como dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, em última análise, do próprio cidadão.

Além do controle de constitucionalidade pelas diversas vias possíveis e das demais competências previstas no art. 102, I, que delineiam a competência originária da Corte, a Constituição também atribuiu ao Supremo competências recursais ordinárias e extraordinárias, funções que, em outras democracias contemporâneas, são divididas em mais de uma instituição, como foros judiciais especializados, com competência para julgar membros dos demais poderes, cortes recursais de última instância e tribunais constitucionais.

Esse acúmulo de atribuições, somada à constitucionalização do Direito, faz da Corte peça imprescindível para a manutenção da democracia, concebida como “determinação normativa do tipo de convívio de um povo para o mesmo povo” (MULLER, 2000, p. 57), pois a torna o centro das decisões sobre questões essenciais à convivência social. Desde a promulgação da Constituição Cidadã, o Supremo foi provocado pelas várias vias possíveis a dar a palavra final em temas capazes de impactar diretamente o tecido social, como pesquisas com células-tronco embrionárias, fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, aborto de fetos anencefálicos, união homoafetiva, cotas raciais, lei de imprensa, descriminalização do uso pessoal de drogas (ainda em curso), para citar os mais conhecidos.

Como constata com propriedade o ex Ministro Peluso (2011, p. 4):

A atuação consistente e independente do STF em particular, e do Judiciário em geral, vem contribuindo de forma decisiva para a consolidação da democracia brasileira. Sob a liderança do Supremo, o Judiciário é, sem dúvida, o fiador da democracia brasileira.

[...]

Em contraste com passado não muito remoto, democracia e constitucionalismo representam atualmente os pilares fundamentais do processo político brasileiro, garantindo a legitimidade tanto do processo

⁵⁵ Válido mencionar que a Constituição de 88 também ampliou os poderes do Legislativo, com a transferência de competências ao Congresso Nacional; trouxe autonomia ao Ministério Público; incrementou instrumentos de participação popular, como a ação popular; transferiu competência aos Estados e Municípios; dentre outros.

decisório, quanto dos resultados (“*output legitimacy*”, no jargão técnico anglo-saxão) da operação do sistema político.

O Estado Democrático de direito consolidou-se como o modelo de organização do poder político no país. Nessa forma específica de arranjo fundamental do Estado, democracia e Constituição legitimam-se mutuamente, definindo, nas palavras de Norberto Bobbio, um conjunto de normas de procedimento – as “regras do jogo” – para a formação de decisões coletivas.

Essa atuação ampliada do Supremo Tribunal Federal em matérias que afetam diretamente o cotidiano dos cidadãos, referida por Peluso (2011, p. 4) como “ativismo judicial⁵⁶ por determinação constitucional”, especialmente as que versam sobre políticas públicas e escolhas morais, inflamou o embate popular e alavancou no âmbito acadêmico a discussão sobre o limiar limite entre ativismo⁵⁷ e judicialização⁵⁸.

Para Barroso (2018, p. 3), cortes constitucionais, como o Supremo, exercem três funções fundamentais: contramajoritária, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativa, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal é componente indispensável à garantia dos direitos fundamentais e da expressão das decisões políticas essenciais em que se fundam o convívio social, bem como é ator preponderante na disciplina do processo democrático.

⁵⁶ Como bem lembra BARROSO (2018, p. 11) “a locução ‘ativismo judicial’ foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, California Law Review 92:1441, 2004,

p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: ‘Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano’.

⁵⁷ Apesar das múltiplas definições, na concepção de RAMOS (2015, p. 131) ativismo judicial é “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.

⁵⁸ Ensina BARROSO (2018, p. 8) que “*judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.”

2.2 A HERMENÊUTICA DO STF PÓS CONSTITUIÇÃO DE 88 E A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

2.2.1 Metodologia de pesquisa

O recorte institucional foi feito em razão da competência constitucional da Corte de *processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional* (art. 102, I, “b”), de *julgar, mediante recurso ordinário, o mandado de segurança* (art. 102, II, “a”⁵⁹), e de *julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, ou declarar a inconstitucionalidade de lei federal*.

No tocante ao art. 102, I “b”, tal competência legitima a análise porque do acórdão condenatório da ação penal originária que julgue membro do Congresso Nacional, surge a necessidade de deliberação sobre os efeitos da condenação, aí inseridos a suspensão de direitos políticos e a perda do mandato eletivo. Quanto à competência de julgar, mediante recurso ordinário, o mandado de segurança quando decidido em única instância por tribunal superior, especialmente o TSE, a segurança pode visar assegurar direito líquido e certo consistente no pleno exercício dos direitos políticos. No que se refere ao art. 102, III, “a” e “b”, a competência da Corte de julgar, mediante RE, as causas decididas por Tribunais em que haja contrariedade a dispositivo da Constituição e de declarar a inconstitucionalidade de lei federal, respectivamente, encontra vínculo com a pesquisa no tocante à análise de decretos condenatórios em que se verifique contrariedade com o dispositivo constitucional do art. 15, III.

Também se optou por estender a análise das decisões da presidência proferidas em sede de suspensão de liminar e suspensão de segurança que tratem da matéria. Apesar de o art. 15 da Lei nº 12.016/2009 c/c art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal atribuir apenas à pessoa jurídica de direito público interessada e ao Ministério Público a legitimidade para requerer a suspensão de segurança e a suspensão de liminar, a jurisprudência já antiga do Supremo versa no sentido de que tem legitimidade ativa aquele que *sofra lesão, em extensão coletiva ou transcendente [...] que abale a ordem ou a economia públicas* (STF – SS 444/MT, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno. DJ: 20/05/1992, publicado em 04/09/1992), como,

⁵⁹ Optou-se pela exclusão dos Recursos Ordinários em Habeas Corpus porque o STF já decidiu que o remédio “visa proteger a liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir e ficar por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para a proteção de direitos outros” (HC 82.880-AgR, rel. Min. Carlos Velloso).

no precedente citado, ocorreu com prefeito municipal alijado do exercício do mandato por efeito de medida liminar em mandado de segurança.

Serão analisados, pois, os acórdãos proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários, ações penais originárias e suspensões de liminar e de segurança, nestes últimos incluídas também as decisões da presidência.

Também foi feito um recorte temporal, em que foram analisados apenas julgados posteriores à promulgação da Constituição Federal, ocorrida em 5 de outubro de 1988. Justifica-se a escolha porque a norma objeto de estudo é justamente a da atual redação da Constituição Federal, que, reestabelecendo as disposições das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967⁶⁰, determina, em seu art. 15, III que a suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado independe da edição de Lei Complementar que a regulamente, ao contrário do que exigia a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu art. 149,

§3^o⁶¹.

Metodologicamente, a pesquisa jurisprudencial foi feita exclusivamente por meio eletrônico, através do site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br. A primeira busca foi feita em 16 de janeiro de 2020, e a última em 2 de março de 2020. Em todas as buscas, o resultado de pesquisa trouxe as mesmas amostras, o que indica que não houve deliberação da matéria neste interstício.

Os critérios de busca, com e sem a utilização de operadores booleanos, adotados para a composição das amostras, estão demonstrados no quadro abaixo, na primeira coluna. As colunas seguintes indicam o número de decisões por tipo, encontradas através do critério adotado. A busca foi realizada de maneira mais abrangente para a menos abrangente.

⁶⁰ Conforme consta no voto do Min. Sepúlveda Pertence em voto proferido no julgamento do RESPE nº 11589, pelo TSE: “Com efeito, a Carta de 1969, não obstante similar às anteriores, arrolasse a ‘condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos’, entre as causas de perda ou suspensão dos direitos políticos, além de submetê-las a decisão judicial (art. 149, §2º, ‘a’), previa que ‘lei complementar disporia, entre outros pontos, sobre a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles’. [...] A inovação da Carta de 69 – que, à falta da lei complementar reclamada, tornou inaplicável a suspensão por vias constitucionais dos direitos da cidadania -, era inédita: não tinha precedentes em nenhuma das constituições anteriores. A Constituição do Império restringia a suspensão dos direitos políticos à hipótese de ‘sentença condenatória à prisão ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos’ (art. 8º, §2º). As Constituições da República até 1969, todas elas, atribuíram a mesma consequência, independentemente da pena aplicada, à ‘condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos’ (1891, art. 71, §1º, ‘b’; 1934, art. 110, ‘b’; 1937, ‘8, ‘b’; 1946, art. 135, §1º, II; 1967, art. 144, I, ‘b’”

⁶¹ Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos.

[...]

§ 3º Lei complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua requalificação.

Quadro 1 – Critério de busca da pesquisa jurisprudencial

Critérios de busca	Acórdãos ⁶²	Questões de ordem	Decisões da presidência
Suspensão direitos políticos	79	4	138
Suspensão direitos políticos condenação criminal transi ⁶³ julgado	19	0	13

Fonte: elaboração própria.

Da análise dos 79 acórdãos obtidos como resultado pela busca com as palavras “suspensão direitos políticos”, 13 deles dizem respeito a um dos subtópicos que serão abordados. As demais decisões⁶⁴ fogem do escopo da pesquisa, ainda que algumas tenham relação próxima, como v. g. a suspensão de direitos políticos em decorrência de condenação por ato de improbidade administrativa.

A triagem dos acórdãos relacionados com o objeto da pesquisa foi feita através da leitura das ementas e dos votos condutores. Numa primeira análise, foram excluídos sumariamente os julgados em que, já na ementa, se verificou a falta de correlação com os critérios “perda do

⁶² Número total de acórdãos, incluídos aqueles referentes a outras ações que não serão apreciadas no presente trabalho, como ADIs, ADPFs, etc.

⁶³ O operador booleano “\$” substitui qualquer parte da palavra desejada (prefixo, radical ou sufixo) (QUEIROZ et al., 2012, p. 152)

⁶⁴ Foram descartadas as seguintes decisões: RE 129.392/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AOE 13/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1.063, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 73.831/SC, Rel. Min. Octavio Gallotti; AI 185.371AgR/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti; HC 74.272/PB, Rel. Min. Neri da Silveira; ADI 1.493MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches; MS 22.899AgR/sp, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 1.805MC/DF Rel. Min. Neri da Silveira; AI 231.917AgR/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 188.093/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 227.317AgR/RS, Rel. Min. Nelson Jobim; AI 312.488AgR/MG, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 2.667MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AOE 16/RJ, Rel. Min. Eros Grau; MS 25.461/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RCL 2.138/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes; ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello; RE 559.226AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 790.672AgR/MG, Rel. Min. Ayres Britto; ADI 4.451MC-REF/DF, Rel. Min. Ayres Britto; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 2.356MC/DF Rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto; AI 725.503AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 633.703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 579.712AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 570.598AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 4.578/AC, Rel. Min. Luiz Fux; ADCs 29 e 30/DF, Rel. Min. Luiz Fux; AI 681.482AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RMS 27.840/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio; ARE 744.034AgR/RS Rel. Min. Gilmar Mendes; RHC 117.809/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 596.367AgR/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 810.865AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; RCL 18.183AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 125.991/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.316MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux; ADI 5.311MC/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 378MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin; HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 635.145/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux; RE 848.826/CE, Rel. p/ ACÓRDÃO Min. Ricardo Lewandowski; ADI 5.423/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 5.491/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 938.347AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 2.404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; ADC 43MC/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin; ARE 749.181AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin; ARE 654.432/GO, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; RE 966.177RG-QO/RS, Rel. Min. Luiz Fux; AC 4327AgR-terceiro-AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; AI 705.294AgR-segundo/SP, Rel. Min. Rosa Weber; ADI 5526/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ARE 1.064.928AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso; HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; PET 3.240AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; ADI 3.150/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso; ADI 5243/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin.

mandato eletivo”, “suspensão dos direitos políticos”, e “condenação criminal transitada em julgado”. Das amostras restantes, foi feita uma análise dos casos através da leitura dos votos vencedores, excluindo-se aqueles impertinentes para a pesquisa.

Têm relação com a pesquisa os seguintes julgados: RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves; RMS 22.470/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 225.019/GO, Rel. Min. Nelson Jobim; RE 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 577.012AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AP 396QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber; AP 935/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes; RE 601.182/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; ARE 1.046.939AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Como a busca pelo critério “suspensão direitos políticos” trouxe 138 amostras de decisões da presidência, sendo a maioria delas desinteressantes para a pesquisa, optou-se por considerar tão somente as obtidas através do critério mais restrito, “suspensão direitos políticos condenação criminal transi\$ julgado”, que resultou em 13 julgados⁶⁵, dos quais apenas 2 dizem respeito ao objeto da dissertação: SL 789MC/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa e SS 5.302/PE, Rel. Min. Dias Toffoli.

Ainda sob o critério “suspensão direitos políticos condenação criminal transi\$ julgado”, foram encontrados 8 acórdãos que têm relação com o problema, todas também identificadas, por óbvio, quando feita a busca pelo critério mais abrangente “suspensão direitos políticos”. Julgados em comum: RE 225.019/GO, Rel. Min. Nelson Jobim; RE 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 577.012AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AP 396QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia; AP 935/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e ARE 1.046.939AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Da leitura das decisões acima descritas, foram identificados os acórdãos na AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli; AP 563/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 572/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes; AP 618/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; e AP 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Também foi identificada a decisão monocrática proferida no MS 32.326MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, que, apesar de estar metodologicamente fora do escopo de busca por não se tratar de decisão do colegiado, merece ser analisada pela sua relevância e inovação quanto à matéria.

⁶⁵ Foram descartadas as seguintes decisões: PET 2030/CE, Rel. Min. Carlos Velloso; SL 229/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes; SL 297/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes; SL 570AgR/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa; SL 936/AP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; SL 1014/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 26.100/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; SL 1.182/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 180.230MC/PI, Rel. Min. Rosa Weber; SL 1.280MC/CE, Rel. Min. Dias Toffoli.

Também fará parte do estudo a Rcl 30.524 e a ADPF 511/MT, ambas de relatoria do Min. Roberto Barroso.

As decisões monocráticas proferidas no RE 603.604/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 601.141/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; e RE 634.598/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, que serviram como precedente para o reconhecimento do tema de repercussão geral 370 através do RE 601.182, Rel. Min. Marco Aurélio, não serão analisados detalhadamente, porque sistematizados neste último acórdão.

Finalmente, através do método de busca feito pelo canal “A Constituição e o Supremo”, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>, no item “pesquisa por artigo”, onde foi inserido o art. 15, inciso III da Constituição, além dos precedentes já citados, foi encontrada a AP 996, Rel. Min. Edson Fachin.

Identificados os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam da matéria, optamos por melhor analisa-los os inserindo em cada um dos subtópicos em que dividimos o estudo:

2.2.1. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e 2.2.2. As garantias do parlamentar previstas nos §§2º e 3º do art. 55 da CF. Assim, a distribuição dos processos será feita nos subtópicos da seguinte maneira:

Quadro 2 – Identificação dos julgados com os tópicos organizados na dissertação

Processo	Subtópico em que será abordado
RE 179.502/SP; RMS 22.470/SP; RE 577.012AgR/MG; RE 601.182/MG; ARE 1.046.939AgR/MG	2.2.1. O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
RE 225.019/GO; AP 481/PA; AP 470/MG; AP 396 QO/RO; MS 32.326MC; AP 565/RO; AP 563/SP; AP 572/RR; AP 618/RJ AP 694/MT; AP 863/SP; AP 935/AM; Rcl 30.524/DF; AP 996/DF	2.2.2. As garantias do parlamentar previstas no art. 55, CF e a questão da assimetria para com os vereadores e cargos do executivo.

Fonte: Elaboração própria.

Metodologicamente, os critérios adotados na análise das decisões foram os fundamentos e os argumentos preponderantes apresentados nos votos, com destaque para aqueles em que

houve discussão e contraposição de ideias, ou que vieram a alterar o entendimento anterior do Plenário ou da Turma.

2.2.2 O tema 370 da repercussão geral e a suspensão dos direitos políticos quando substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

O primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal que tratou da matéria foi o RE 179.502/SP⁶⁶ (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1995, DJ 08/09/1995), interposto contra acórdão do TSE no RESPE nº 11589 que, por 4x3, reformou a cassação da diplomação de candidato eleito vereador em Araçatuba/SP decretada pelo TRE/SP, em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal que sofreu pela prática de crime eleitoral contra a honra, tipificados nos arts. 325 e 326 do Código Eleitoral. A discussão no TSE versou, em suma, sobre a autoaplicabilidade ou não do art. 15, III da Constituição Federal⁶⁷.

Alguns excertos daquele julgamento do RESPE n. 11589, TSE, que constam no inteiro teor do acórdão proferido pelo Supremo no RE 179.502/SP, merecem destaque, porque os fundamentos, ali lançados pela primeira vez, foram sistematicamente reproduzidos pela jurisprudência do Supremo até os dias de hoje.

O Ministro Carlos Velloso, relator do recurso no TSE, invocou fundamento ético para negar-lhe conhecimento:

Sou daqueles que entendem que os cargos públicos deveriam ser reservados para os cidadãos insuspeitos. Não posso entender que a administração pública possa impedir que, para cargos menores, sejam empossados cidadãos com maus antecedentes e que os altos cargos eletivos, possam ser exercidos por cidadãos que estão sendo processados e por cidadãos até condenados. Talvez por isso, Senhor Presidente, é que temos assistido, ultimamente, melancolicamente, a um certo descalabro, sobre esse aspecto, na

⁶⁶ EMENTA: - Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. - Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido.

⁶⁷ No TSE, votaram pela autoaplicabilidade do art. 15, III, mesmo quando aplicado o *sursis*, os Ministros Carlos Velloso (Presidente), Pádua Ribeiro e Torquato Jardim. O Ministro Marco Aurélio entendeu ser a norma autoaplicável, mas passível de ter seu alcance reduzido, com a suspensão dos direitos políticos apenas àqueles condenados por pena privativa de liberdade. Votou pela não autoaplicabilidade o Ministro Diniz de Andrada. O Ministro José Cândido de Carvalho limitou-se a entender pela extinção da punibilidade do recorrido e, por essa razão, não se ateve à controvérsia. Em voto-vista, o Ministro Presidente Sepúlveda Pertence votou pela possibilidade de restrição do art. 15, III: “para dizer da aplicabilidade imediata [...] não basta jamais ao intérprete o alcance lógico do seu teor literal; a solução do problema frequentemente não dispensará um juízo de razoabilidade sobre as consequências de emprestar, de logo, eficácia plena ao dispositivo constitucional, sem os temperamentos e as reduções teleológicas que lhe poderá trazer a concretização legislativa do ditame da Lei Fundamental”.

administração pública, com grande desprestígio daqueles que estão a exercer cargos eletivos.

Inaugurando a divergência que se tornou vitoriosa, o Ministro Marco Aurélio deixou claro que, no seu entendimento, a teleologia do efeito da condenação do art. 15, III reside na impossibilidade material do exercício dos direitos políticos pela privação de liberdade:

Não consigo [...] assentar que a simples condenação de alguém transitada em julgado é suficiente, por si só, independentemente do sentido que se dê à parte final do inciso III do art. 15, a concluir à suspensão abrangente dos direitos políticos, como se esta fosse uma pena acessória. Creio que não podemos conferir ao preceito esse alcance; não podemos dissociar a primeira parte do preceito da final, no que sinaliza quanto à possibilidade de vir a balhar obstáculo intransponível, ou seja, um fato que provoque, por si mesmo, como consequência, a suspensão dos direitos políticos – e, aqui, refiro-me ao recolhimento do condenado criminalmente.

Imagine V. Exa. [...] a condenação por lesões corporais culposas, um acidente de trânsito. Caminhar-se-á, da mesma forma, para conclusão sobre a suspensão dos direitos políticos? Será esse o sentido da nossa Carta? Será que nossa Carta, numa interpretação socialmente aceitável, conduz, a esse desiderato? A meu ver, não. **A condenação criminal transitada em julgado, de que cogita o inciso III do art. 15, é aquela que inviabiliza, pelo recolhimento do condenado, o exercício dos direitos políticos.**

Já aventando as consequências que adviriam da suspensão irrestrita dos direitos políticos, especialmente no tocante à perda do mandato eletivo, o Ministro Pádua Ribeiro, mesmo tendo votado pela autoaplicabilidade do art. 15, III da CF, e, por sua vez, pela cassação da diplomação do recorrente, levantou questionamento interessante acerca da razoabilidade dos efeitos práticos da norma:

O deputado pratica um crime de trânsito – é condenado por sentença irrecorrível. Perder o mandato, será isso razoável? Até por um crime contra a honra, nesse caso? É o que diz a Constituição expressamente? A Constituição não distingue. Muitas vezes, a consequência que decorre do seu trato para a sociedade é muito mais pernicioso do que o cumprimento de uma pena, instituída exatamente para coibir a prática de crime, ação anti-social que atinge o âmago da coletividade.

O Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a possibilidade de restrição por lei ordinária do dispositivo constitucional, adotando uma interpretação seguidora da *lógica do razoável, atenta ao contexto político*, conforme anotaria o Ministro Gilmar Mendes, anos mais tarde, no julgamento da AP 470/MG:

Não há dizer que a letra do art. 15, III, não comporta a restrição por lei ordinária do seu âmbito de incidência.

A interpretação literal de um dispositivo isolado é sempre e apenas uma hipótese de conclusão hermenêutica, que o contexto sistemático em que inserida pode desmentir e, de fato, frequentemente infirma.

O Plenário do Supremo, ao analisar o extraordinário interposto pelo suplente do vereador cuja diplomação encontrava-se *sub judice*, decidiu, por maioria, pela autoaplicabilidade do art. 15, III, não importando a natureza do crime ou a quantidade de pena aplicada. A discussão foi balizada em duas vertentes interpretativas da norma: a primeira, apresentada pelo Relator, Ministro Moreira Alves, que se sagrou vencedora⁶⁸, de que o fundamento da suspensão dos direitos políticos em decorrência da condenação criminal transitada em julgado é estritamente ético. O argumento contrário, novamente sustentado pelo Ministro Marco Aurélio, era que o efeito da condenação trazido pelo art. 15, III deve ser analisado sob o aspecto material, ou seja, a impossibilidade do exercício dos direitos políticos decorrente da privação de liberdade do sujeito, justamente porque a redação final do artigo fala *enquanto durarem seus efeitos*, efeitos esses que seriam, para o Ministro, a restrição ao direito de ir e vir.

Feitos os destaques necessários, o que se pode extrair do julgado inaugural sobre a matéria, desde os debates no TSE, é que na análise do dispositivo constitucional, prevaleceu a interpretação relativa ao conteúdo ético-jurídico da norma em face ao *status civitatis* do condenado⁶⁹, com limitações à própria cidadania. Como bem anotou Tiago de Menezes Conceição (2012, p. 77):

o desligamento entre a suspensão dos direitos políticos e a incapacidade de exercício material dos atos, decorrente da pena privativa de liberdade [...] significa a **desvinculação entre o exercício dos direitos políticos e o exercício do direito de ir e vir**. Por outro lado, descobre-se e afirma-se uma outra conexão, mais voltada aos conteúdos fundamentais e menos ligada à capacidade de exercício dos direitos: os direitos políticos tendo como fundamento a pessoa humana enquanto membro partícipe do Estado e a suspensão desses direitos com fundamento ético.

⁶⁸ Acompanham o Relator os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sydney Sanches e Néri da Silveira. Novamente, o Ministro Marco Aurélio deu interpretação mais restrita à autoaplicabilidade do art. 15, III da CF. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Galotti entenderam ser a norma de eficácia limitada.

⁶⁹ O seguinte trecho do voto do Ministro Mauricio Corrêa deixa isso claro: “[i]mporta-me muito dizer que o que vier a ser decidido neste julgamento, tem muito a ver com o *status civitatis* do recorrido, pois à medida que sustentarmos a tese prevalente nas instâncias ordinárias, sem uma adaptação do dispositivo constitucional ao cotidiano fático, o ponto de vista de sua interpretação pela Corte, é de extrema magnitude; ao contrário, praticar-se-á injustiça irreparável e dolorosa, só compreensível para quem, nos momentos turbulentos de nossa vida institucional, já passou pela experiência dramática de ter perdido os seus direitos políticos de cidadão. Em 64 se reinagurou essa torpeza.”

O acórdão paradigmático do RE 179.502/SP serviu como precedente ao julgamento do RMS 22.470/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 11/06/1996, DJ 27/09/1996, e do agravo regimental no RE 577.012/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 25/03/2011, nos quais não foram apresentadas novas teses.

Em decorrência dos repetitivos recursos sobre o assunto levados à Corte, consubstanciados nas decisões monocráticas proferidas nos RE 603.604/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 601.141/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 634.598/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia e no acórdão proferido no supracitado RE 577.012/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, foi reconhecida a repercussão geral da matéria (tema 370) no bojo do RE 601.182/MG, Rel. Min. Marco Aurélio e Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, a fim de “definir [...] o alcance do inciso III do art. 15 da Lei Fundamental” e “assentar se a suspensão prevista constitucionalmente abrange pronunciamento judicial a encerrar a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos”⁷⁰.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, guardando coerência com a posição que adotara há mais de vinte anos, propôs a fixação da tese de que “a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, inciso III, da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos”. A divergência, aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes e seguida pelos demais membros o Plenário⁷¹, sagrou-se vencedora, ao fixar a tese de que “a suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”.

Argumento interessante e inovador no julgamento deste extraordinário foi apresentado pelo Ministro Edson Fachin, que, ao confirmar a tese de autoaplicabilidade do art. 15, III da CF, preocupou-se em justificar a inocorrência de violação aos direitos humanos, citando o

⁷⁰ DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (RE 601182 RG, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, julgado em 03/03/2011, DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00380)

⁷¹ Não participou do julgamento, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Não participou da fixação da tese o Ministro Gilmar Mendes.

Artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷² e Artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica⁷³.

O voto mais disruptivo foi proferido pela Ministra Rosa Weber, que, endossando a categoria de direitos fundamentais dos direitos políticos, buscou ir além de apenas dar resposta à controvérsia sobre a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação a pena restritiva de direitos, mas de analisar este efeito da condenação à luz dos valores democráticos da Constituição:

O pressuposto institucional norteador da resposta a essa questão deve ser, antes de tudo, a prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E os direitos políticos são direitos fundamentais. Há, nesse contexto, que reafirmar a importância intrínseca do processo democrático e o valor sagrado do sufrágio, deixando de lado leituras que eventualmente resumam os direitos políticos subjetivos assegurados na Constituição, bem como as ideias de democracia, de povo e de soberania popular, a categoria pertencente a uma espécie de mitologia política, e, nas palavras do jurista e filósofo do direito Richard Posner, o melhor talvez fosse admitir a *“aceitação realista – e quiçá crítica – do processo democrático como um mero método menos ruim de controlar representantes e funcionários públicos”*.

[...] Penso que não pode a democracia – e os direitos subjetivos que são a condição para a sua efetividade – ser tratada, juridicamente, como conceito meramente abstrato, ideal vago ou simples retórica, sem densidade semântica e normativa apta a determinar, na vida prática da República, os modos de funcionamento do Estado e de relacionamento entre as instituições e os poderes.

Ao final, a Ministra concluiu que a suspensão dos direitos políticos não traduz efeito direto, automático e necessário da condenação penal, ainda que em hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque “a leitura sistemática das hipóteses

⁷² ARTIGO 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

⁷³ Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

de suspensão [...] é sugestiva de que as limitações aos direitos políticos (perda e suspensão) nele encetadas não configurem sanções em si mesmas, mas decorrências de ordem prática decorrentes dessas hipóteses”, com exceção das hipóteses (tipos legais) em que a lei expressamente determine a automaticidade da suspensão desses direitos fundamentais.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, acompanhando o Relator, votou pela autoaplicabilidade do art. 15, III, mas abriu um espaço de conformação ao legislador infraconstitucional, sugerindo que a suspensão automática dos direitos políticos somente se aplicaria aos crimes previstos na Lei Complementar nº 135/2020: “entendo que a condenação criminal transitada em julgado implica a suspensão dos direitos políticos, nos crimes enumerados pela "Lei da Ficha Limpa".

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo desde o primeiro julgado que enfrentou a matéria (RE 179.502/SP), até a consolidação da tese em sede de repercussão geral (RE 601.182/MG), é possível constatar uma evolução nos fundamentos, em que pese o resultado prático tenha se mantido. Enquanto em 1995 o argumento foi mais simplório do ponto de vista hermenêutico, de ordem objetiva, consubstanciada estritamente no critério ético, em 2019 o enfoque da análise, nos votos de alguns ministros, foi sob o prisma dos direitos humanos (Min. Edson Fachin) e direitos fundamentais (Min. Rosa Weber).

O ARE 1.046.939 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30/08/2019, Publicado em 05/09/2019, limitou-se a reproduzir os julgados anteriores, em especial porque deliberado após a decisão do tema em sede de repercussão geral.

Conclui-se, assim, que apesar de a jurisprudência sobre a suspensão de direitos políticos a condenados a penas restritivas de direitos ser radical, no sentido de que a autoaplicabilidade do art. 15, III independe da natureza do crime e quantidade da pena, houve espaço para a discussão sobre pontos importantes, dos quais destacamos a *necessidade* da aplicação de tal efeito a determinados condenados.

2.2.3 As garantias do parlamentar previstas na Constituição e a aparente antinomia entre seus §§ 2º e 3º

O art. 55⁷⁴ da Constituição Federal prevê as hipóteses em que ocorrem a perda do mandato de Deputados e Senadores. Por ser taxativa, trata-se de norma que representa a

⁷⁴ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decore parlamentar;

axiologia da Constituição ao resguardar, tanto quanto for possível, os valores democráticos do sufrágio. Dispõe, em última análise, sobre prerrogativas materiais dos parlamentares.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes⁷⁵, já decidiu que inexistente simetria entre as prerrogativas constitucionais concedidas aos membros do Congresso Nacional e a vereadores e detentores de mandato do Poder Executivo. A extensão somente se opera aos Deputados Estaduais e Distritais, pela regra dos arts. 27, §1º⁷⁶ e 32, §3º⁷⁷, respectivamente, ambos da Carta Magna.

O presente subtópico cuidará de analisar a aparente antinomia entre o procedimento constitucional para que ocorra a perda do mandato parlamentar. É que o art. 55, §2º⁷⁸, assegura que o parlamentar que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado terá submetido à Casa respectiva a decisão sobre a perda de seu mandato, por voto da maioria absoluta de seus pares, assegurada a ampla defesa. O §3º⁷⁹ do mesmo art. 55, por sua vez, dispõe que na hipótese de o parlamentar ter seus direitos políticos suspensos, a perda do mandato será meramente declarada pela Mesa da Casa respectiva.

Ora, se em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal advém a suspensão automática e irrestrita dos direitos políticos, como resultado da autoaplicabilidade

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

⁷⁵ Veja-se o seguinte trecho do voto do Min. Nelson Jobim, Relator do RE 225.019/GO (Tribunal Pleno, julgado em 08/09/1999, DJ 26-11-1999): “A Constituição só reconhece a ‘...inviolabilidade...por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município’ (art. 29, VIII). Os vereadores possuem imunidade material. Não tem imunidade processual. Podem ser processados independentemente de licença da Câmara [na época, ainda vigia a antiga redação do art. 53, §1º, que exigia licença da Casa legislativa para processar o parlamentar federal, a qual foi alterada pela EC 35/01]. Logo, não socorre aos vereadores o que acima se disse. Vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão dos direitos políticos. Não há possibilidade alguma de se estender aos vereadores o tratamento dos parlamentares federais e estaduais.”

⁷⁶ Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, **aplicando- se-lhes as regras desta Constituição sobre** sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, **perda de mandato**, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

⁷⁷ Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger- se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]

§ 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

⁷⁸ § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

⁷⁹ § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

do art. 15, III da Constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal (como vimos no subtópico 2.2.1), então a perda do mandato eletivo do parlamentar se daria pela simples declaração da Mesa da Casa, pela regra do §3º o art. 55 da CF. Mas se prevalecer tal dispositivo, estar-se-ia negando vigência àquele do §2º, que menciona expressamente que a perda do mandato eletivo por condenação criminal transitada em julgado se procede por deliberação – juízo político – da maioria dos membros da Casa. A antinomia parece evidente.

A construção da solução para o conflito normativo existente teve início no julgamento do RE 179.502/SP, que, apesar de ter abordado a matéria apenas de forma oblíqua, porque o caso concreto versava sobre mandato de vereador, trouxe as balizas que norteariam as discussões vindouras. O Relator, Min. Moreira Alves buscou na teoria de Bobbio (1960) a resposta:

No caso, o complicador introduzido pelo artigo 55 da atual Constituição gerou, apenas, um conflito de normas entre esse dispositivo e o artigo 15, III, pela inconciliabilidade que há entre a generalidade do preceito desse artigo 15, III, e a especialidade das normas contidas no citado artigo 55. O que há é uma antinomia do tipo que BOBBIO (Teoria dell'Ordinamento Giuridico, p. 101,

G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960) denominou de “antinomia total-parcial”, e que se resolve com o critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites de seu âmbito, a *lex generalis*. De feito, é indubitável que o preceito contido no inciso III do artigo 15 é princípio geral que sempre se entendeu auto-aplicável [...] como também é indubitável que as normas do artigo 55, inclusive as que entram em choque com a generalidade do referido inciso III, são especiais, pois só aplicáveis a parlamentares. Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade [...] o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do artigo 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer [...].

O RE 225.019/GO⁸⁰, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/1999, DJ 26/11/1999, versava sobre o caso de prefeito que teve a condenação criminal pelo crime de homicídio, em regime aberto, transitada em julgado no curso do mandato. Em seu voto, o Relator fez uma análise do sistema constitucional sobre as hipóteses da perda do mandato eletivo para cada uma das cadeiras elegíveis. Para os parlamentares federais, entendeu que o

⁸⁰ EMENTA: Eleitoral. Recurso contra expedição de diploma. Condenação criminal transitada em julgado após a posse do candidato eleito (CF, art. 15, III). Perda dos direitos políticos: consequência da existência da coisa julgada. **A Câmara de vereadores não tem competência para iniciar e decidir sobre a perda de mandato de prefeito eleito. Basta uma comunicação à Câmara de Vereadores**, extraída nos autos do processo criminal. Recebida a comunicação, o Presidente da Câmara de Vereadores, de imediato, declarará a extinção do mandato do Prefeito, assumindo o cargo o Vice-Prefeito, salvo se, por outro motivo, não possa exercer a função. Não cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores outra conduta senão a declaração da extinção do mandato. Recurso extraordinário conhecido em parte e nessa parte provido.

juízo político seria adequado o bastante para estabelecer os casos em que a perda do mandato seria necessária, insuscetível, portanto, de *ser aprisionado em norma jurídica*:

2.3.1.1. Parlamentares Federais.

Quanto aos parlamentares federais, a CF tem duas regras: (1) “perderá o mandato o Deputado ou Senador...que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado” (art. 55, VI). (2) nessa hipótese, “...a perda do mandato será decidida pela Câmara...ou pelo Senado..., por voto secreto e maioria absoluta” (art. 55, §2º).

Observo que, se a perda ou suspensão dos direitos políticos decorrer das outras causas do art. 15 [como o cancelamento da naturalização, incapacidade civil absoluta, recusa de cumprir obrigação e improbidade administrativa] “...a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa, ...assegurada a ampla defesa” (art. 55, §3º).

[...]

A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato.

[...]

Todo o juízo político é tomado, sempre, em concreto e perante um caso específico, no contexto de uma realidade política que é, necessariamente, transeunte, inestática, variável. (destaque nosso)

Com a manutenção do mandato pela Casa, ter-se-ia que compatibilizar a condenação com seu exercício, cuja solução proposta por Jobim seria a suspensão da execução da sentença criminal até o fim do mandato, sem que nesse período ocorresse a prescrição. Tal tratamento seria extensível aos Parlamentares Estaduais, pela regra do art. 27, §1º da Constituição

Para os vereadores, contudo, a proposta foi diferente. De acordo com o Ministro, os vereadores possuem imunidade material, mas não processual. Logo, o tratamento dado ao Parlamentar Federal e ao Deputado Estadual não seria estendido ao edil:

Vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos. Não há possibilidade alguma de se estender aos Vereadores o tratamento dos Parlamentares Federais e Estaduais.

[...]

O DL 201, de 02 de fevereiro de 1967, atribui ao Presidente da Câmara a declaração da extinção do mandato (art. 8º, I)

Esse ponto merece uma análise mais cuidadosa, pois parece haver no DL 201 uma atecnia capaz de gerar questionamentos no tocante a sua recepção pela Constituição de 1988: é que a literalidade do art. 8º, I⁸¹, diz que a extinção do mandato de vereador será declarada pelo Presidente da Câmara quando, além de outras hipóteses, *ocorrer cassação dos direitos políticos*. O art. 15 da Constituição Federal veda expressamente a cassação, como vimos. Daí

⁸¹ Art. 8º Extingue-se o mandato do Vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:

I - Ocorrer falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral;

porque a aplicação dessa hipótese contida no dispositivo, de forma geral, e do dispositivo como um todo no RE 225.019/GO, em particular, extrapola os limites da legalidade estrita. Tudo indica, contudo, que a expressão *cassação* foi mal utilizada no referido Decreto, pois, em verdade, a intenção seria tratar da hipótese de *suspensão* ou *perda*. No caso analisado pelo Supremo, não houve condenação qualificada (crime funcional ou eleitoral), pois tratou-se de homicídio.

Seguindo com a análise feita pelo Ministro Nelson Jobim em seu voto, em relação ao Presidente da República, lembrou as disposições do art. 86⁸² da CF, que exige quórum de 2/3 da Câmara dos Deputados para admissão de sua acusação – como viria a ocorrer com a Presidente Dilma Rousseff quase dezessete anos depois, por crime de responsabilidade. Submetido ao julgamento pelo Supremo, por crime comum, o Presidente fica afastado de suas funções (§1º, I), e, uma vez condenado, sujeita-se à prisão (art. 86, §3º). Assim, para o chefe o Executivo a perda do mandato decorreria da própria condenação, pela autoaplicabilidade do art. 15, III.

Já para os Prefeitos, a Constituição não exige autorização da Câmara de Vereadores, “porque não quis a Constituição submeter os efeitos das decisões de um poder do Estado Federado - a Justiça Estadual - ao crivo de um órgão político municipal” (à época do julgamento do extraordinário, exigia-se *prévia licença de sua casa* para serem processados criminalmente, prerrogativa derogada pela EC 35/01). Assim, impõe-se a autoaplicabilidade do art. 15, III, sendo necessário, para a perda do mandato, ato declaratório do Presidente da Câmara, nos termos do DL 201/67, art. 6º, I⁸³.

O Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto *liberalíssimo*⁸⁴ no julgamento do RE 179.502/SP, ao propor a restrição do alcance da suspensão dos direitos políticos apenas aos condenados por pena privativa de liberdade, no RE 225.019/GO foi mais conservador, ao entender que a perda do mandato eletivo, ainda que para Deputados Federais e Senadores,

⁸² Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

[...]

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

⁸³ Art. 6º. Extingue-se o mandato do Prefeito, e, assim, deve ser declarado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, quando:

I - ocorrer falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral.

⁸⁴ Expressão utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 179.502/SP.

decorreria por mera declaração da mesa, nos termos do §3º do art. 15, haja vista a produção dos efeitos da condenação criminal.

Uma curiosidade no julgamento do RE 225.019/GO é que o Relator, Ministro Nelson Jobim, sequer mencionou a vigência do art. 92, I do Código Penal, mesmo tendo sido de sua autoria a proposição PL 726-B/95, quando estava comandando a pasta do Ministério da Justiça, projeto que veio a se tornar a Lei nº 7.209/1997, a qual alterou as alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 92 do Código Penal, cuja antinomia com o art. 15, III da Constituição Federal apontamos como pergunta-problema da presente dissertação. O então Ministro também participara, anos antes, na Assembleia Nacional Constituinte, dos debates acerca da emenda 1.895⁸⁵ – modificativa, proposta por Antero de Barros que modificava os §§2º e 3º do art. 68 do projeto, atualmente §§2º e 3º do art. 55 da CF, conforme ficou consignado na Ata da 224ª Sessão, de 14/03/1988.

Na AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011, DJe 29/06/2012, houve intenso debate sobre a questão, prevalecendo o entendimento de que cabe ao Supremo officiar à Mesa Diretiva da Casa Legislativa, reservando-se ao Parlamento a decisão sobre a perda do mandato, nos termos do art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal de 1988. Na ocasião, contudo, o delito praticado pelo réu não foi no exercício do mandato, nem contra a administração pública, e a pena aplicada foi inferior a 4 anos. O intenso debate *obter dictum* travado entre os Ministros sobre o tema sequer constou da ementa.

Foi na AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, DJ 22/04/2013, que a interpretação sistêmica dos efeitos da condenação previstos no Código Penal (art. 92, I) e na Constituição Federal (art. 15) veio à baila. O Relator apresentou em seu voto a proposta que se sagraria vencedora, no sentido de que a hipótese do §2º do art. 55 da Constituição é residual, ou seja, aplicável apenas quando a sentença condenatória não tenha decretado a perda do mandato, por ausência dos requisitos qualitativos e quantitativos do art. 92, I, incisos “a” e “b” do Código Penal. Assim, no caso do Mensalão, a natureza dos crimes praticados pelos réus detentores de mandato eletivo⁸⁶ justificaria, pela hipótese contida na regra infraconstitucional, a decretação da perda do mandato, inexistindo espaço para o exercício do juízo político pela Casa respectiva.

Em todo caso, é importante que se diga que o procedimento estabelecido no art. 55 da Constituição da República disciplina as hipóteses em que, por um juízo político, pode ser decretada a perda do mandato eletivo de um parlamentar. É uma norma que tem por fim limitar as situações em que a

⁸⁵ Aprovada por 407 votos favoráveis, 16 contrários e 6 abstenções.

⁸⁶ João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto, Pedro Henry (Deputados Federais) e José Borba (Prefeito Municipal).

maioria política de ocasião, que compõe o órgão legislativo implicado, poderá retirar o mandato de um parlamentar eleito pelo povo.

Situação inteiramente diversa, porém, é aquela que envolve a decretação da perda do mandato eletivo pelo Poder Judiciário, que pode atingir não apenas o parlamentar eleito como qualquer outro mandatário político, seguindo normas específicas de direito penal e processual penal.

O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu de forma diversa. Alinhado com a jurisprudência da Corte vigente até aquele momento, votou no sentido de que, para Senadores e Deputados Federais (extensível aos Estaduais e Distritais), a Constituição prevê disposição específica para a hipótese de perda de mandato eletivo, em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, encetada no §2º do art. 55. Assinalou, ainda, citando a doutrina de Canotilho (1991, p. 242), que o dispositivo do art. 92, I, “a” e “b” do Código Penal *deve ser interpretado em harmonia com o que dispõe a Carta Magna, e não o contrário*. Assim, para os detentores desses mandatos eletivos, *a perda do mandato não é automática*. A soberania popular e a separação de poderes foram os argumentos preponderantes na fundamentação:

Não existem dúvidas, a meu ver, de que a decretação de perda de mandato eletivo de parlamentar que se distancie das hipóteses regradas pelo texto constitucional implicará uma grave violação ao princípio da soberania popular, e, ademais, um sério agravo ao consagrado mecanismo de freios e contrapesos estabelecido no art. 2º de nossa Lei Maior, que prevê a convivência independente, porém harmônica, entre os Poderes do Estado.

Na eventualidade de a deliberação da Casa legislativa não alcançar o quórum constitucionalmente exigido – maioria absoluta – para a cassação do mandato, estar-se ia diante da peculiar situação, abordada por Zavascki (1994), em artigo dedicado ao tema: “[n]ão havendo cassação do mandato pela Casa a que pertencer o parlamentar, haverá aí a hipótese de exercício do mandato eletivo por quem não esta no gozo dos direitos de cidadania”.

O que se pôde concluir nos votos e debates da AP 470/MG, na esteira do que consignou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, é que *é incontestemente a antinomia* na sistemática de perda de mandato geradas pela transposição, pelo constituinte, do inciso VI do § 3º para o § 2º do art. 55⁸⁷. Mais do que isso, pôde-se concluir que não havia jurisprudência do STF sobre o tema, mas apenas *obiter dictum*.

⁸⁷ De acordo com o Ministro, houve uma “pane” no processo constituinte: **Os mesmos constituintes que empreenderam esforços para que a redação do art. 55, VI e § 2º, fosse esta afinal aprovada, também tentaram alterar o texto do art. 15, inciso III, para evitar a antinomia entre as regras constitucionais, mas, no último caso, não lograram êxito, de modo que essa “pane” no processo constituinte gerou o problema que se deve enfrentar agora.** As razões da tentativa de alteração do art. 15, III, ficam claras a partir da leitura da seguinte passagem de fala proferida em debate pelo Sr. Constituinte Oswaldo Lima Filho: *“Isto significa que*

A solução proposta pelo Ministro, então, seria alcançável através de *uma interpretação harmonizadora, fundada no substrato axiológico (ética e moralidade na política) da normas constitucionais sobre o tema (art. 14, §9º, art. 15, III e V, art. 55, IV, V e VI, e art. 37, §4º - na mesma linha do que adotara o Ministro Carlos Velloso no julgamento no TSE, em 1995, que ensejou a interposição do RE 179.502/MG.*

Consignou que a solução adotada pelo Ministro Moreira Alves no RE 179.502/SP, do tipo lógico-formal (*lex speciali derogat lex generali*) era insuficiente para fazer cessar a incongruência na sistemática da perda de mandato em decorrência da suspensão dos direitos políticos, e que deveria ser adotada solução conciliadora, *partindo de princípios e valores que informam todo o sistema normativo, pautado na ética ou moralidade na política, ou seja, no sentido de que cidadãos condenados com transito em julgado não deveriam participar da gestão da coisa pública em decorrência do princípio republicano que estrutura a ordem jurídica.*

Adotou, assim, a interpretação lógico-sistemática para evitar contradições na aplicação do texto constitucional, assentando que:

pele menos nos casos de condenação criminal transitada em julgado por crimes **nos quais a improbidade administrativa esteja ínsita nos respectivos tipos penais**, o Poder Judiciário poderá aplicar o art. 15, III, c/c o art. 55, IV, e § 3º, culminando com a perda do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos, a qual deve apenas ser declarada pela Casa legislativa.

A decisão final na AP 470/MG suspendeu os direitos políticos de todos os réus, e decretou a perda do mandato dos réus João Paulo Cunha, Valdemar da Costa Neto e Pedro Henry, nos termos do art. 55, inciso VI e §3º da Constituição, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber e Carmen Lucia, que aplicavam à espécie o §2º.

Na AP 396/RO, Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013, publicado em 04/10/2013, o réu, Deputado Federal Natan Donadon, renunciou ao mandato na véspera do julgamento da ação penal pelo Plenário, no claro intuito de deslocar a competência para processá-lo e julgá-lo às instâncias ordinárias. O Tribunal decidiu, por maioria⁸⁸, que a renúncia configurou flagrante abuso de direito, e ratificou sua competência. Naquele mesmo ano, após a condenação, foi novamente eleito ao cargo de Deputado Federal.

qualquer parlamentar, federal ou estadual, condenado por crime doloso (queria dizer culposo), por acidente de automóvel, por um caso criminal de vias de fato, condenado a pena alternativa, pode ter seu mandato cassado. É absurdo."

⁸⁸ Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentou a incompetência do Supremo Tribunal Federal.

Após a PGR ter requerido sua prisão imediata, a defesa suscitou questão de ordem afirmando que o Deputado era credor das prerrogativas previstas no art. 53, §2º⁸⁹ e 55, §2º da Constituição Federal. Na ementa do julgamento, quase ininteligível, constou que “determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal”, na esteira do que restou decidido na AP 470/MG.

Apesar de na ementa⁹⁰ da questão de ordem constar que a perda do mandato seria automática, não foi isso que aconteceu⁹¹. Mesmo depois de Donadon já ter iniciado o cumprimento da pena em regime fechado, o Presidente da Câmara dos Deputados, depois de suspender as prerrogativas de seu mandato, incluindo a remuneração, mas sem decretar a perda, pautou no Plenário da Casa a deliberação sobre o feito, não tendo sido alcançado o *quórum* qualificado exigido pelo §2º do art. 55 da Constituição Federal. Tornou-se, assim, o primeiro caso no Brasil em que um parlamentar exerceria o mandato mesmo preso em regime fechado.

O recém empossado Ministro Roberto Barroso, no julgamento do MS 32.326, julgado em 2/9/2013⁹², deferiu liminar⁹³ para suspender os efeitos da decisão da Câmara, cujo

⁸⁹ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

⁹⁰ EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. **PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR. SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS.** 1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, **determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal**, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento.

⁹¹ A falha hermenêutica pode ter ocorrido porque a discussão na questão de ordem foi mais dedicada à controvérsia sobre imediata prisão do então parlamentar. Alguns Ministros expressamente votaram no sentido de que a perda do mandato não seria automática, como Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Neste sentido, veja-se o seguinte trecho do aditamento ao voto de Teori: **O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** – “Senhor Presidente, gostaria de fazer um pequeno acréscimo no meu voto para dizer que, nos termos da Constituição, não há nenhuma incompatibilidade entre a manutenção do cargo de deputado e o cumprimento de uma prisão, tanto que a Constituição prevê a hipótese de prisão em flagrante de um deputado, que ele, obviamente, vai cumprir, embora não esteja formalmente destituído do cargo.”

⁹² Publicado em 4/9/2013

⁹³ “Considero, ademais, haver **periculum in mora** (perigo na demora) pela **gravidade moral e institucional** de se manterem os efeitos de uma decisão política que, desconsiderando uma impossibilidade fática e jurídica, chancela a existência de um Deputado presidiário, cumprindo pena de mais de 13 (treze) anos, em regime inicial fechado. A indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos legitimam a atuação imediata do Judiciário.

Como consequência, suspendo os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados acerca da Representação nº 20, de 21 de agosto de 2013, até o julgamento definitivo do presente mandato de segurança pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Esclareço que a presente decisão não produz a perda automática do mandato, cuja declaração – ainda quando constitua ato vinculado – é de atribuição da Mesa da Câmara.” MS 32.326, Rel. Min. Roberto Barroso

periculum in mora para a concessão da medida fundamentou-se na “gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que [...] chancela a existência de um Deputado presidiário”. A construção jurídica se deu através da combinação de dois comandos constitucionais que determinam a perda do mandato, por mera declaração da Mesa da Casa (nos termos do art. 55, §3º): art. 55, incisos III⁹⁴ e art. 56, II⁹⁵, ambos da CF, que tratam, em suma, da impossibilidade física (critério material), do comparecimento à Casa Legislativa para o exercício do mandato. Em nova deliberação pelo Plenário da Câmara, este com votação aberta, foi então decretada a perda do mandato do parlamentar.

A solução adotada pelo Ministro Barroso trouxe novos contornos à matéria, e o Supremo passou a ter um precedente que, na prática, determina a perda do mandato eletivo a qualquer parlamentar que esteja condenado a pena em regime fechado e cuja reclusão supere *a terça parte das sessões ordinárias da Casa e/ou ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa*. Se na AP 396/RO o Tribunal decidiu pela aplicação do §3º do art. 55 da CF, com a decretação da perda automática do mandato, sem que tenha isso ocorrido na prática, na AP 565/RO, Rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2013, publicado em 23/05/2014, ocorreu o rompimento⁹⁶ formal do entendimento dado pelo Supremo no julgamento do Mensalão. Em resumo, determinou-se a aplicação do art. 55, §2º da CF, para submeter a deliberação sobre a perda do mandato do então Senador Ivo Cassol à Casa Legislativa.

A mudança de entendimento pode ter ocorrido pela diferença no *quantum* de pena aplicado a Ivo Cassol na AP 565/RO (4 anos, 8 meses e 26 dias) e a Natan Donadon na AP 396/RO⁹⁷ (13 anos, 4 meses e 10 dias), e o conseqüente regime de pena fixado em cada caso, semiaberto e fechado, respectivamente. O recém empossado Ministro Roberto Barroso mencionou nos debates:

⁹⁴ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

⁹⁵ Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

⁹⁶ Decisão: [...] “Com relação ao réu Ivo Narciso Cassol, o Tribunal, por maioria, decidiu pela aplicação do artigo 55, inciso VI, e § 2º, da Constituição Federal, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente) [...] Impedido o Min. Luiz Fux”.

⁹⁷ Lembremos que a liminar proferida pelo Min. Barroso no MS 32.326, que determinou a suspensão da decisão do Plenário da Câmara que havia mantido o mandato de Natan Donadon se deu porque a pena privativa de liberdade estava sendo cumprida em regime fechado. No caso do Senador Ivo Cassol, julgado na AP 565/RO, o regime aplicado foi o semiaberto, pela pena de detenção de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses.

Presidente, eu não votei, perdão, nessa questão da perda do mandato. Então, gostaria de fazê-lo, para dizer que o meu posicionamento doutrinário é o de que deveria decorrer logicamente do sistema que a condenação implicasse a perda do mandato. Portanto, acho que essa seria a solução natural. Nada obstante isso, **encontro obstáculo intransponível na literalidade do art. 55, VI e seu parágrafo 2º**. De modo que, embora, ache que seja incongruente, a incongruência foi cometida pelo Constituinte. E, portanto, como posso interpretar a Constituição, mas, às vezes, infelizmente, não possa emendá-la...

Nas ações penais AP 563/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, publicado em 28/11/14, AP 572/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, publicado em 10/02/2015, e AP 618/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, publicado em 2/6/2017, em que os parlamentares Protógenes de Queiróz, Francisco Vieira Sampaio e Washington Reis de Oliveira, respectivamente, foram condenados em regime mais brando que o fechado, foi replicado o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário decretar a perda do mandato parlamentar, cuja decisão compete à Casa Legislativa.

Na AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, publicado em 31/08/2017, também aplicou-se, à unanimidade, a solução dada pelo Ministro Barroso no MS 32.326, no sentido de que a perda do mandato, regra geral, é decidida pela Casa Legislativa, à exceção de quando a pena privativa de liberdade alcançar o regime fechado, quando então torna-se automática, como efeito, antecipado pelo órgão julgante, da ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa que integra (art. 55, III da CF).

No caso, o Deputado Federal Paulo Feijó foi condenado a 12 anos e 7 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na oportunidade, consignou a Relatora Rosa Weber:

7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013.

O Senador da República Acir Gurgacz, condenado na AP 935/AM (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, publicado em 01/08/2018) a 4 anos e 6 meses de reclusão em regime semiaberto por desvio de finalidade na aplicação de empréstimo

de recurso público (art. 20⁹⁸ da Lei nº 7.492/1986), teve seu mandato preservado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que, após o trânsito em julgado da ação penal, o Senado Federal foi oficiado para que deliberasse sobre a perda do mandato, nos termos do art. 55, §2º, CF, o que ainda não ocorreu. Cumprindo pena no regime semiaberto, Gurgacz foi autorizado pelo Ministro Alexandre de Moraes a realizar trabalho externo, consistente no exercício de seu mandato de Senador, que se encerra em 2023.

Na decisão monocrática, o Ministro citou a decisão proferida na Rcl 30.524, Rel. Min. Roberto Barroso, de 7/6/2018, em que foi autorizado ao Deputado Federal João Rodrigues, condenado pelo TRF4 a 5 anos e 3 meses, em regime semiaberto, por crime previsto na Lei nº 8.666/1993, a exercer seu mandato durante o dia e retornar à penitenciária durante a noite. Há caso semelhante, não julgado pelo STF e por isso metodologicamente excluído da análise, mas que merece menção: o Deputado Federal Celso Jacob foi autorizado pelo juízo de Execuções Penais do Distrito Federal a cumprir a pena que lhe foi aplicada, em regime semiaberto, concomitantemente ao exercício do mandato parlamentar. A decisão foi revogada pelo TJDFT em 2017.

O Deputado Federal Paulo Maluf, condenado na AP 863/SP (Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 23/05/2017, publicado em 29/08/2017) como incurso nas sanções do art. 1º, inc. V, e no art. 1º, § 1º, inc. II, da Lei nº 9.613/1998 à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, teve a perda de seu mandato decretada pelo próprio Supremo, em decorrência do regime inicial de pena que lhe foi aplicado, mantendo-se o entendimento até então prevalecente na Corte.

O julgado mais recente encontrado de parlamentar no exercício do mandato condenado com trânsito em julgado é a AP 996 (Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, publicado em 08/02/2019), marcada por ser a primeira condenação originária do Supremo no âmbito da Operação Lavajato. Nelson Meurer, Deputado Federal, foi condenado a 13 anos e 9 meses de prisão, em regime fechado, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Por maioria, a turma decidiu que a perda do mandato do parlamentar não é automática, devendo, após o trânsito em julgado, ser oficiada a Câmara dos Deputados para proceder nos termos do art. 55, §2º da Constituição.

Na Segunda Turma, esse rompimento do precedente criado a partir da decisão proferida pelo Min. Roberto Barroso no MS 32.326, em 2013, foi inaugurado pelo voto do Min. Dias

⁹⁸ Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Toffoli, e seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Em seu voto, Toffoli fez referência a seus votos proferidos nas APs 481/PA, 470/MG e 618/RJ, além de apresentar trechos do fatídico RE 179.502/SP, afim de demonstrar sua coerência no entendimento da matéria.

Em 2018, a Mesa da Câmara dos deputados ingressou com a ADPF 511, Rel. Min. Roberto Barroso, tendo por objeto a *decisão judicial proferida pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Penal 694, à época ainda em curso*⁹⁹, que firmou o entendimento no sentido de que a perda do mandato eletivo era consequência automática da condenação criminal com transito em julgado quando o regime inicial de cumprimento de pena fosse o fechado. Muito embora o pedido da ADPF foi bastante específico, de *afastar a decisão proferida pela Primeira Turma na Ação Penal 694, na parte em que decretou a perda do mandato parlamentar*, a causa de pedir diz respeito à matéria objeto de estudo. A medida cautelar requerida, de suspensão da tramitação da referida ação penal, foi negada pelo relator em 15/3/2018, tendo Barroso reconhecido a *relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica* ao postergar a análise da admissibilidade da ação para momento posterior à instrução, o que ainda não ocorreu.

Como se vê, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria é bastante instável. Desde o RE 179.502/SP, julgado em 1995, houve diversas alterações de entendimento sobre a perda do mandato do parlamentar em decorrência do transito em julgado da condenação criminal.

O quadro a seguir sintetiza todas as ações penais originárias encontradas pelos mecanismos de busca adotados em que houve discussão sobre a perda do mandato do parlamentar em decorrência do trânsito em julgado da condenação criminal.

⁹⁹ A AP 694/MT transitou em julgado em 13/2/2020, quando Paulo Feijó não mais detinha o mandato de Deputado Federal.

Quadro 3 – Ações Penais sobre perda do mandato parlamentar decorrentes de condenação criminal com trânsito em julgado

Processo	Data (julgamento)	Órgão Julgador	Cargo Político	Aplicação do art. 55 CF ¹⁰⁰ ?	Crime: abuso de poder ou contra a administração pública?	Regime
AP 481/PA	8/9/2011	Plenário	Deputado Federal	§2º	Não	Aberto
AP 470/MG	17/12/12	Plenário	Deputados Federais	§3º	Sim	Fechado e semiaberto
AP 396/RO	26/3/13	Plenário	Deputado Federal	§3º ¹⁰¹	Sim	Fechado
AP 565/RO	8/8/13	2ª Turma	Senador	§2º	Sim	Semiaberto
AP 563/SP	21/10/14	2ª Turma	Deputado Federal	§2º*	Sim	Semiaberto
AP 572/RR	11/11/14	2ª Turma	Deputado Federal	§2º*	Sim	Semiaberto
AP 618/RJ	13/12/16	2ª Turma	Deputado Federal	§2º	Sim ¹⁰²	Semiaberto
AP 694/MT	2/5/17	1ª Turma	Deputado Federal	§3º*	Sim	Fechado
AP 863/SP	23/05/17	1ª Turma	Deputado Federal	§3º*	Sim	Fechado
AP 935/AM	27/2/18	1ª Turma	Senador	§2º	Não	Semiaberto
AP 996/DF	27/2/18	2ª Turma	Deputado Federal	§2º	Sim	Fechado

Fonte: Elaboração própria.

2.2.4 Conclusões parciais

A partir da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, instrumento pelo qual optamos metodologicamente por restringir a pesquisa, algumas respostas colocadas como perguntas-problema puderam ser respondidas. Objetivamente, foram quatro os pontos de inquietude: a) se existe antinomia entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, no

¹⁰⁰ Nos resultados marcados com asterisco, houve menção expressa na decisão de que o §2º aplica-se como regra geral, enquanto a aplicação do §3º se dá quando fixado o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

¹⁰¹ Apesar de ter sido aplicado o §3º, na prática, ocorreu o contrário. O Presidente da Câmara pautou o processo para a deliberação do Plenário, que manteve o mandato do parlamentar. No MS 32.326, o Min. Roberto Barroso suspendeu a decisão da Câmara.

¹⁰² Muito embora Washington Reis de Oliveira tenha sido condenado por crime ambiental, houve aumento de pena com fundamento no art. 61, II, “g” do CP, que trata de abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. À época do crime, Washington era prefeito municipal, vindo a ser diplomado Deputado Federal no curso da ação penal.

tocante ao procedimento a ser observado para se decretar a perda do mandato eletivo de parlamentar; b) se existe antinomia entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal; c) se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo; e d) se há espaço para ponderações extensível a todos os mandatos eletivos.

Nas presentes conclusões parciais, apresentaremos resposta aos três primeiros questionamentos, guardando para o último capítulo do trabalho uma análise propositiva sobre a possibilidade de ponderações na perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado.

2.2.4.1 A antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal

A primeira pergunta que nos propusemos a responder foi sobre a possível antinomia existente entre os §§ 2º e 3º do art. 55 da Constituição Federal, haja vista que, havendo condenação criminal transitada em julgado, aparentemente ambos os dispositivos são aplicáveis. O do §2º porque taxativamente prevê que o parlamentar que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (art. 55, VI) somente perde seu mandato por votação da maioria absoluta da Casa a que pertencer. Por outro lado, o §3º prevê que o parlamentar que perder ou tiver seus direitos políticos suspensos (art. 55, IV) perde o mandato pela simples declaração da Mesa da respectiva Casa, o que ocorreria em razão da autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição, que determina a suspensão dos direitos políticos do cidadão que vier a ser condenado criminalmente por sentença definitiva, enquanto durarem seus efeitos.

Percorrendo o caminho jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, concluímos que há antinomia total-parcial entre os dispositivos. Essa antinomia é reconhecida desde o primeiro julgamento sobre a matéria, o RE 179.502/SP¹⁰³. Como bem destacou o Ministro Moreira Alves em seu voto, trata-se de uma “antinomia total-parcial”, cuja solução, a partir da teoria de Bobbio, se daria, para o Ministro, pelo critério da especialidade do §2º, com a ressalva da aplicabilidade apenas a parlamentares.

A corroborar tal constatação, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da AP 470/MG, trouxe em seu voto uma robusta fundamentação a demonstrar o fenômeno, explicando que, na Constituinte, a condenação criminal transitada em julgado foi deslocada do §3º, onde estava originalmente prevista, para o §2º, via emenda modificativa proposta pelo Constituinte Antero de Barros, quando o texto foi submetido à votação do Plenário em 1º turno. Tal transposição

¹⁰³ Vale lembrar, mais uma vez, que o caso concreto não tratava de parlamentar, mas de vereador, de modo que a discussão foi travada apenas *obiter dictum*.

acarretou, de acordo com o Ministro, antinomia em relação ao art. 15, III, e uma incongruência na sistemática na perda de mandato. O voto destaca, também, a falta de racionalidade do sistema, ao constatar que a exigência da deliberação pela respectiva Casa Legislativa não se estende a vereadores e Chefes do Poder Executivo¹⁰⁴.

Trata-se de antinomia total-parcial porque nenhum dos dispositivos pode ser aplicado sem entrar em conflito com o outro, mas é certo que o âmbito de validade do §2º é mais restrito que do §3º. Logo, aplicando-se a regra do §3º, estar-se-á retirando por completo a validade do

§2º no tocante à condenação criminal transitada em julgado. Porém, o contrário não é verdadeiro, vez que, havendo qualquer outra hipótese de suspensão ou perda dos direitos políticos que não a do inciso III, como o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, por exemplo (inciso I), permanece válida a regra do §3º.

Em suma, através do método de interpretação semântico, ambos os dispositivos seriam aplicáveis, conforme mencionado alhures. Contudo, é possível solucionar a contradição através do método sistemático de interpretação, onde a regra específica do §2º prevalece sobre a regra geral do §3º¹⁰⁵.

Reconhecida a antinomia, pôde-se observar também que o entendimento do Supremo nunca foi linear. O quadro apresentado no tópico anterior mostra que diversas foram as interpretações dadas ao instituto, hora pendendo para a necessidade de submissão do mandato ao juízo político da Casa respectiva, hora pela mera decretação da Mesa. Um terceiro posicionamento surgiu com força a partir da liminar concedida no MS 32.326 pelo Ministro Roberto Barroso, em 2/9/2013, onde passou-se a entender que a regra geral é a aplicação do §2º, salvo quando o regime de pena fixado for o fechado, porque, nesse caso, a ausência do parlamentar superaria a terça parte das sessões ordinárias da Casa legislativa, ensejando a declaração da perda nos termos do art. 55, III c/c §3º.

¹⁰⁴ Conforme decidiu a Corte no julgamento do RE 225.019/GO.

¹⁰⁵ Válido registrar que, para o Ministro Barroso, inexistente antinomia entre os dispositivos. Conforme apontou no MS 32.326 MC/DF “Não existe antinomia entre o art. 55, VI e § 2º, de um lado, e o art. 15, III, de outro [...] A proposição que concilia ambas as normas é relativamente singela e pode ser assim enunciada: a perda ou suspensão dos direitos políticos se dará no caso de condenação criminal transitada em julgado, sendo que, em se tratando de Deputado e Senador, ela estará sujeita a decisão do Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta. Entendimento análogo já fora adotado pelo STF no RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves. Criou-se, portanto, uma regra específica em relação a Deputados e Senadores. E, efetivamente, há um elemento distintivo na situação desses agentes: o fato de serem titulares de mandato parlamentar, conferido por votação popular. Independentemente de se achar essa solução boa ou ruim, o fato é que a distinção não se assenta em fundamento irrazoável. Já o inciso IV do art. 553, ao prever que perderá o mandato o Deputado ou Senador “que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”, naturalmente, não se refere à hipótese de condenação criminal, que está prevista no inciso VI, logo adiante. Vale dizer: nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em geral, a perda do mandato se dá por declaração da Mesa; nos casos de condenação criminal, por deliberação do Plenário. Novamente, qualquer pessoa pode achar que não é boa a solução. Mas certamente não há antinomia.”

Esse entendimento prevaleceu até 2018, quando, então, a Segunda Turma, ao julgar a AP 996/DF, condenou o Deputado Nelson Meurer¹⁰⁶ à pena de 13 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado, mas, por maioria, determinou que fosse oficiada a Câmara dos Deputados para que deliberasse sobre o mandato, nos termos do art. 55, §2º. O Conselho de Ética chegou a abrir o processo de cassação, mas o mandato de Meurer se encerrou no final daquele ano, não tendo o ex-parlamentar concorrido novamente às eleições.

Dessa forma, objetivamente, conclui-se que há antinomia total-parcial entre os dispositivos, mas tal antinomia é superada através da hermenêutica constitucional, como se observou através dos inúmeros fundamentos apresentados nos votos condutores analisados nos capítulos anteriores.

2.2.4.2 A compatibilidade entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal

A segunda pergunta-problema trata da possível antinomia entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal. Afinal, se a condenação criminal transitada em julgado enseja automaticamente a suspensão dos direitos políticos, e essa, por sua vez, é pressuposto para o exercício do mandato, quando seria aplicável o efeito secundário da condenação criminal consistente na decretação da perda do mandato eletivo pela sentença?

Apesar da menção expressa ao dispositivo infraconstitucional em diversos julgados analisados, pragmaticamente apenas as normas constitucionais determinam a manutenção ou a perda do mandato eletivo em decorrência da condenação criminal transitada em julgado. Assim, podemos concluir que não se trata de antinomia normativa a relação existente entre o art. 15, III da Constituição Federal e o art. 92, I do Código Penal, porque as normas não são contraditórias.

Contudo, o efeito secundário específico da condenação previsto no art. 92, I do Código Penal *não possui eficácia*, pois em nenhum dos julgados analisados foi constatada sua aplicabilidade, vez que a manutenção ou a perda do mandato sempre decorre da suspensão dos direitos políticos resultante da autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição Federal, remanescendo a discussão apenas quanto ao procedimento a ser adotado para os Deputados Federais, Senadores e Deputados Estaduais e Distritais – votação da maioria da Casa (art. 55,

¹⁰⁶ Nelson Meurer foi preso em 2019, e faleceu durante o cumprimento da pena, vítima de covid-19, após ter tido três *habeas corpus* negados pelo Supremo Tribunal Federal para cumprir a pena em prisão domiciliar.

§2º, CF) ou declaração da Mesa (art. 55, §3º, CF) – já que para vereadores e detentores de mandato do Poder Executivo, prevalece a perda automática.

Nesse ponto, vale fazer a ressalva ao entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello, que participa da discussão da matéria desde o primeiro julgamento analisado nesse trabalho, o RE 179.502. Para o Ministro, o art. 15, III da Constituição Federal comporta interpretação estrita, porque se trata de uma garantia à intangibilidade dos direitos políticos, e não de uma pena acessória. Assim, se prevalecesse tal entendimento, com restrição ao alcance do art. 15, III, o art. 92, I do Código Penal seria perfeitamente eficaz, porque permitiria a interpretação sistemática do ordenamento constitucional e infraconstitucional e, nesse, estariam estabelecidos os critérios permissivos da perda do mandato eletivo: condenações por crimes contra a administração pública ou abuso de poder com pena maior de um ano de privação de liberdade, ou, por qualquer outro crime, cuja condenação ao cárcere superasse 4 anos.

Contudo, como desde 1995 a interpretação do art. 15, III, é pela sua autoaplicabilidade independentemente da natureza do crime e da quantidade de pena, seu efeito reflexo foi justamente retirar a eficácia do art. 92, I do Código Penal, justamente porque a perda do mandato eletivo decorre do sentido radical conferido à norma constitucional, que determina a suspensão dos direitos políticos *incontinenti*, inclusive quando a pena restritiva de liberdade for substituída pela restritiva de direitos, como restou decidido em sede de repercussão geral no tema 370, julgado em 2019.

Tal constatação é corroborada pela doutrina de Bim (2006, p. 81):

A previsão da perda do mandato por condenação criminal transitada em julgado tem a função de proteger o parlamento – não necessariamente o parlamentar – e não de prejudicá-lo. É que, além da perda do cargo público ser efeito secundário, embora não automático, da sentença criminal condenatória transitada em julgado (art. 92, I, do CP), ela também suspende os direitos políticos (CF, art. 15, III), levando, se não fosse o artigo 55, VI, à extinção do mandato parlamentar. Em suma, com a previsão constitucional, a perda não é automática, dependendo da avaliação da casa parlamentar em um juízo político (processo de cassação) para averiguar eventuais danos à imagem da instituição.

Veja-se que o autor, apesar de reconhecer a existência da norma infraconstitucional que trata da perda do mandato como efeito secundário da condenação, assevera que, não fosse a previsão do art. 55, VI da Constituição Federal (para parlamentares federais), a extinção do mandato se daria pela regra do art. 15, III da Constituição Federal, leia-se, pelo transito em julgado da sentença criminal condenatória.

Metodologicamente, optamos por analisar o quadro do tópico anterior para chegar a tal conclusão, sem nos atermos às discussões e a trechos de votos proferidos nas amostras jurisprudenciais colhidas, haja vista o grande número de julgados em que houve menção ao art. 92, I do Código Penal, sem, contudo, tal fato significar a incidência da norma na decisão final.

Apenas para ilustrar o que afirmamos, constatamos na ementa da AP 470/MG que a referida norma foi expressamente mencionada.

3. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político.

Da leitura do excerto, seria possível entender que o efeito secundário da condenação previsto no art. 92, I deu azo à perda dos mandatos eletivos dos parlamentares condenados na AP 470/MG. Contudo, na mesma ementa, em trecho imediatamente subsequente, restou consignado:

4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. **A perda dos direitos políticos é “consequência da existência da coisa julgada” [pela regra do art. 15, III]. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “outra conduta senão a declaração da extinção do mandato” (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim).** Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado. (destacamos)

Pudemos constatar certa ininteligibilidade hermenêutica em diversos julgados. Confusões conceituais como perda/suspensão de direitos políticos com a perda do mandato eletivo. Como dito, verificamos que a jurisprudência não nega a validade e a vigência da norma prevista no art. 92, I do Código Penal, mas sua eficácia é inexistente, haja vista que, em todas as amostras analisadas, foi a norma constitucional quem ditou o rumo das decisões:

autoaplicabilidade do art. 15, III, que gera a perda do mandato, com as exceções das prerrogativas parlamentares previstas no §2º do art. 55 da CF.

2.2.4.3 As hipóteses em que o trânsito em julgado da condenação criminal não ensejam a perda do mandato eletivo

Para responder se a condenação criminal transitada em julgado sempre enseja a perda do mandato eletivo, basta realizar uma interpretação lógica da resposta obtida no primeiro questionamento, em que tratamos da antinomia total-parcial existente entre os §§ 2º e 3 do art. 55 da Constituição Federal.

De início, procedemos com o método de conclusão por exclusão: a perda do mandato eletivo é mandatória para vereadores e detentores de mandatos eletivos no Poder Executivo, em razão da opção feita pelo Constituinte de submeter ao juízo político apenas os mandatos de Deputados Federais e Senadores condenados criminalmente por sentença transitada em julgado, cuja extensão de tal prerrogativa foi dada pela Constituição aos Deputados Estaduais e Distritais (art. 27, §1º e 32, §3º, respectivamente).

Para os Senadores e Deputados Federais (e Estaduais e Distritais), é possível que a condenação criminal transitada em julgado não signifique, automaticamente, a perda do mandato, desde que: a) o órgão julgante, ao dispor sobre tal efeito da condenação na sentença, interprete como aplicável o §2º do art. 55 da Constituição Federal, b) que a Mesa ou partido político com representação no Congresso Nacional provoque a respectiva Casa, e que; c) na deliberação Plenária da respectiva Casa, após o exercício da ampla defesa, não se atinja a maioria absoluta de votos pela perda do mandato.

Tal situação ocorreu com o Deputado Federal Natan Donadon. Condenado na AP 396/RO, Donadon eleger-se, foi diplomado e empossado como Deputado Federal antes do trânsito em julgado do Acórdão. A defesa então suscitou questão de ordem requerendo o reconhecimento da prerrogativa parlamentar do art. 55, §2º, e a consequente impossibilidade de prisão nos termos do art. 53, §2º. Ao apreciar o pedido, o Plenário decidiu por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio¹⁰⁷, que “a perda do mandato parlamentar [...] deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos”, resolvendo a

¹⁰⁷ Apesar da questão de ordem versar, em sua essência, sobre a manutenção do mandato e a impossibilidade de prisão, a divergência do Ministro Marco Aurélio foi apenas sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Natan Donadon após sua renúncia (no curso da ação penal, antes da nova eleição ao mandato). No tocante à prisão do réu após o trânsito em julgado, o Ministro aderiu à maioria, entendendo que a garantia parlamentar do art. 53, §2º abrange apenas a prisão provisória, “não alcançando, portanto, a que decorra de um mandato visando o cumprimento da pena, visando a execução de condenação judicial”.

questão de ordem no sentido que, “determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento”.

Muito embora a decisão indicar que a perda do mandato decorreria do trânsito em julgado da condenação, mesmo já preso em regime fechado cumprindo a pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão que lhe foi imposta, o Plenário da Câmara pautou em agosto de 2013 a cassação de seu mandato, não tendo sido atingida, em voto secreto, a maioria absoluta exigida pelo §2º do art. 55 da CF. Tal situação, de um condenado em regime fechado estar em pleno exercício do mandato de Deputado Federal, ensejou a impetração do MS 32.326, que, por meio de medida cautelar concedida pelo Ministro Roberto Barroso, implementou um novo entendimento na Corte, no sentido de que ao parlamentar “cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória”.

Como já dissemos, no julgamento da AP 996, em 2018, a Segunda Turma rompeu com a interpretação sistemática inaugurada em 2013 pelo Ministro Barroso, no MS 32.326 MC, e voltou a aplicar de forma irrestrita o §2º do art. 55, determinando que o Plenário da Câmara deliberasse sobre o mandato de Nelson Meurer, condenado a 13 anos e 9 meses de reclusão na “Lavajato”, o que nunca aconteceu.

3. A AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E UM CAMINHO PARA SUA MÁXIMA EFETIVIDADE

O ramo da filosofia que estuda a teoria dos valores é a axiologia¹⁰⁸. Há várias ideias em torno do conceito de “valor”, mas em todas elas a característica de desejo ou interesse do ser humano está presente. Para Kelsen (2001, p. 205), “um valor existe quando um interesse, isto é, um fato psíquico, existe; deixa de existir quando esse fato psíquico desaparece ou se modifica”. Enquanto os princípios, de caráter deontológico, referem-se ao que deve ser, os valores, de caráter axiológico, dizem respeito ao que é bom.

No âmbito da positivação de direitos, os valores de uma norma pressupõem a tomada de posição, ou seja, a escolha daqueles valores que, dentre vários, melhor sintetizam os ideais de justiça daquele momento, porém, claro, dentro de uma perspectiva duradoura. Como bem anota Prado (2012, p. 148):

Uma vez conscientizada a respeito da importância de determinados valores indispensáveis para a materialização dos seus ideais de justiça, a sociedade positiva-os na forma de conteúdo de direitos que passam a integrar definitivamente o seu cabedal jurídico. Dessa forma, o receio de uma volta à ditadura militar no Brasil fez com que tivéssemos um extenso rol de cláusulas pétreas na atual Constituição, haja vista que o legislador constituinte de 1987- 1988 estava embalado por seus sonhos no pós-regime autoritário de 1964- 1984.

Nessa esteira, com as respostas obtidas nas conclusões parciais do capítulo anterior, passamos a analisar a axiologia constitucional de proteção à democracia e a explorar a possibilidade de buscar sua máxima efetividade a partir de uma interpretação jurídico-racional do art. 15, III da Constituição Federal, especialmente no tocante à manutenção do mandato eletivo quando os crimes que ensejam a condenação criminal não estejam revestidos de carga desabonatória suficiente para ensejar a suspensão ampla dos direitos políticos.

¹⁰⁸ De acordo com REALE (1969, p. 114) “os gregos usavam, sem dúvida, o substantivo *axia* – raiz do termo axiologia – mas ainda era pobre de conteúdo, servindo mais para indicar o preço ou valor de uma coisa, para distinguir uma situação meritória, ou seja, uma ‘dignidade’ como tal merecedora de nosso apreço [...] A bem ver, os gregos davam mais realce ao adjetivo *axios*, quer dizer, digno de estima, com que enalteciam a valentia dos heróis ou dos guerreiros, os seus valorosos estadistas e artistas e as virtudes válidas dos artífices”.

3.1 O MANDATO POLÍTICO REPRESENTATIVO E SUA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 tem na democracia seu pilar mais importante, como meio e instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos valores primordiais de convivência humana, referendados como direitos fundamentais. Para Sarmiento (2009, p. 31), trata-se do coração da Carta Magna:

Além dos direitos fundamentais, o outro “coração” da Constituição de 1988 é a democracia. Entre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea –; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu sobre bases pluralistas e liberais o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Para assegurar a higidez dos pleitos eleitorais, ela manteve a Justiça Eleitoral, existente desde 1932. E garantiu com vigor as liberdades públicas, que são pressupostos diretos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão, de associação e o direito à informação. Não há dúvida, portanto, que ela contém todos os elementos que conformam uma “poliarquia” – ou democracia política –, como eleições livres e periódicas, amplo direito de sufrágio e de concorrer às eleições, possibilidade real de a oposição assumir o poder, liberdade de expressão e de associação política e existência de fontes independentes de acesso à informação pelo cidadão. Porém, a Constituição não se contentou com isso, propondo-se a democratizar não apenas o regime político, como também a esfera das relações sociais, econômicas e culturais – tarefa muito mais árdua e complexa.

Como vimos em capítulo anterior, a democracia, como “processo de convivência social”, é exercida através da soberania popular, em que o governo é *do povo, pelo povo e para o povo*. Nossa Constituição Federal adotou o modelo da *democracia participativa*, combinando a institutos da representação direta (v. g. plebiscito e referendo), com a democracia representativa. É o que se lê do art. 1º: *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (representativa), ou diretamente (participativa)*.

Para Silva (2013, p. 139), é na democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade*, que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. Para disciplinar a participação popular no processo político, a democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições, que formam os direitos políticos: sistema eleitoral, eleições, partidos políticos, capacidade eleitoral ativa e passiva, etc.

O mandato político representativo resulta da vontade popular, que a expressa a partir do voto direto, secreto, periódico e universal, conferindo ao eleito um plexo de prerrogativas asseguradas constitucionalmente. Nas palavras de Silva (2013, p. 140)

A eleição gera, em favor do eleito, o mandato político representativo, que constitui elemento básico da democracia representativa.

Nele se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade legítima. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.

Em decorrência das experiências autoritárias e antidemocráticas vivenciadas no regime militar, onde se procederam a cassações de mandatos de parlamentares e ocorreram períodos de restrições drásticas dos poderes do Legislativo, houve, na Constituinte, uma preocupação especial com a proteção do mandato político representativo.

Essa preocupação pode ser constatada a partir das discussões travadas no Plenário¹⁰⁹, que definiram o deslocamento da perda do mandato eletivo decorrente da condenação criminal transitada em julgado do parágrafo 3º (declaração da Mesa) para o parágrafo 2º (votação pela maioria absoluta do Plenário). Foram detalhadamente abordadas pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na AP 470/MG.

À época, o Constituinte estabeleceu uma espécie de duplo controle político da perda do mandato decorrente da condenação criminal transitada em julgado, porque, lembremos, a redação original da Constituição exigia, no §1º do art. 53, a licença prévia da respectiva Casa para que o parlamentar fosse processado criminalmente¹¹⁰. Esse fato foi lembrado pelo

¹⁰⁹ O Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido na AP 470/MG, lembra que a condenação criminal transitada em julgado não fazia parte do texto inicial como causa de suspensão dos direitos políticos: “No Anteprojeto do Relator da Subcomissão Temática (Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), não constava a hipótese, hoje prevista no inciso VI, de perda de mandato decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Da mesma forma, tal hipótese não chegou a constar do Anteprojeto da Subcomissão, não foi cogitada por nenhuma de suas Emendas e também não fez parte do Substitutivo do Relator ou das emendas a esse substitutivo. Nessa fase preliminar, a previsão de decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado a respeito da perda do mandato ficava restrita às hipóteses dos incisos I e II, que tratam das incompatibilidades com o exercício do mandato parlamentar e da quebra de decoro parlamentar. A inserção do inciso VI, com a hipótese de perda de mandato por condenação criminal “definitiva e irrecorrível”, adveio apenas por meio do Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sem que se tenha previsto, porém, se sua efetivação dar-se-ia por meio de decisão das Casas Legislativas ou por mera declaração de suas Mesas. Coube à Comissão de Sistematização, no Primeiro Substitutivo do Relator, inserir esse inciso VI no § 3º, como caso de perda de mandato decidida por meio da mera declaração da Mesa da Casa respectiva.”

¹¹⁰ Essa prerrogativa foi modificada pela EC 35/2001, que passou não mais a exigir a licença prévia para o processamento criminal, mas a permitir que o andamento da ação penal seja sustado por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, o que, pragmaticamente, manteve o duplo controle político da perda do mandato. A parte mais substancial da nova redação foi apenas a que restringiu essa imunidade a crimes praticados pelo congressista após a diplomação, “não amparando aqueles que procuram um mandato para se salvar da *persecutio criminis* por infrações antes praticadas” (SILVA, 2010, p. 427).

Constituinte Gerson Pires, em debate ainda no âmbito da Comissão, com o Constituinte Nelson Carneiro, que ressaltava o excesso da eventual perda automática do mandato sem que se atentasse para a natureza do delito:

O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO: [...] Também quero destacar um outro aspecto. O Deputado e o Senador também guiam automóvel e podem ser acusados e condenados por um atropelamento, por um crime culposo. E vejam que a sentença confirmatória de culpa do Tribunal é irrecorrível. Neste caso, perde o mandato o Senador ou o Deputado condenado, conforme diz o art. 64.

‘Art. 64. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: VI – que sofrer condenação criminal em sentença definitiva e irrecorrível, ou for condenado em ação popular pelo Supremo Tribunal Federal.’

Esta é uma sentença definitiva e irrecorrível. Quanto à segunda parte não tenho nenhuma restrição, somente quanto à primeira. Por exemplo, se há uma briga e um Deputado é condenado porque deu uma bofetada, então ele perde o mandato. Ora, então ele tem que tomar a bofetada e ficar assim pensando: não posso revidar porque posso perder o mandato. Quer dizer, é um excesso. O funcionário público, a rigor, perde o cargo quando condenado a pena superior a dois anos, mas quanto ao Deputado e ao Senador há uma interpretação rigorosa deste artigo, cujo § 2º. ainda estatui que a perda do mandato será decidida pela Câmara Federal ou pelo Senado da República, por voto secreto e por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional. Portanto, acho que isso é uma ameaça a todos os Deputados e Senadores que guiam automóveis nas grandes cidades e estão sujeitos a atropelar alguém e serem condenados por crime culposo, em sentença irrecorrível e definitiva. São detalhes que parecem pequenos antes de ocorrerem os fatos, quando os fatos ocorrem, então ficam muito mais graves.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:- Não há um dispositivo no próprio texto que diz que a iniciação de processo contra um Parlamentar tem que ser precedida da anuência de sua Câmara? Se é assim, V. Ex.^a não tem razão.

O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO:- E se a Câmara der a autorização?

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:- Se a Câmara der a autorização e o Parlamentar for condenado, este então perde o mandato. O que importa é que tem de haver uma prévia autorização. O processo é precedido de uma prévia autorização da Câmara. Li o substitutivo e constatei isso.

Quando o texto foi submetido ao Plenário em 1º turno, a hipótese de condenação criminal transitada em julgado ainda estava inserida no §3º, ou seja, a perda do mandato se daria pela declaração da Mesa. Foi nessa fase que o Constituinte Antero de Barros apresentou emenda modificativa transpondo a hipótese ao §2º, exigindo, para a perda do mandato, a votação secreta e maioria absoluta da Casa respectiva:

EMENDA MODIFICATIVA

Dá-se aos §§ 2º. e 3º. do art. 68 a seguinte redação:

‘Art. 68 (...)

§ 2º. Nos casos dos incisos I, II e VI deste artigo, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional.

§ 3º. Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurado plena defesa.º

No parecer, fez ponderações sobre a compatibilidade moral e política entre algumas condenações e o exercício do mandato:

PARECER

Através desta emenda pretende o nobre Constituinte Antero de Barros alterar os parágrafos 2º. 3º. do art. 68, de modo a estabelecer que a perda do mandato parlamentar, em razão de condenação criminal ou de ação popular, se dê por deliberação do Plenário da Câmara interessada e não por simples declaração dos respectivas Mesas, como prevê o projeto. Em defesa da modificação proposta, lembra que algumas condutas, mesmo sendo objeto de condenação criminal, não impedem “moral ou politicamente o exercício do mandato”. As razões invocadas pelo nobre Autor da emenda convencem-me de que a perda do mandato, na hipótese do inciso VI do art. 68, deve ser resultante de uma deliberação plenária, não se aplicando ao caso a automática declaração dos membros da Mesa, compreensível quanto aos fatos enumerados nos incisos III a V do artigo citado.

Pela aprovação.

Nos debates em Plenário, o Constituinte Nelson Jobim fez a defesa enfática da alteração na redação para deslocar a hipótese do §3º para o §2º, sustentando justamente a desproporcionalidade da perda do mandato, caso mantida a regra da mera declaração da Mesa, quando o crime que ensejou a condenação não mereça tal consequência:

O SR. NELSON JOBIM (PMDB – RS. Sem revisão do orador.) – [...] Propõe a emenda do eminente Constituinte Antero de Barros, destacada pelo nobre Constituinte Fernando Lyra, que, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, o ato seja da competência do Plenário e não da Mesa da respectiva Casa. Por quê? Porque o ato da Mesa é meramente declaratório da sentença judicial que implique perda de mandato. Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda: um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório. Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa. Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um

Parlamentar, e não teríamos uma imediatez entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto. Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado. Este é o sentido do encaminhamento, Sr. Relator. Espero que abrace em seu parecer esta emenda.

O Relator, Constituinte Bernardo Cabral, seguindo a linha de raciocínio do Constituinte Nelson Jobim, opinou pela aprovação da emenda, argumentando que “o Plenário é que deve julgar se um crime culposo, por acidente de trânsito, por atropelamento, implica perda de mandato parlamentar”.

Dos debates travados na Constituinte, verifica-se que a preocupação com a proteção ao mandato político representativo não decorria tão somente das experiências antidemocráticas vivenciadas, mas também sobre as aventadas situações em que condenações criminais por fatos alheios ao exercício da democracia representativa ensejassem a perda do mandato.

Muito embora tal discussão tenha sido travada na deliberação sobre o dispositivo constitucional que trata do mandato de Deputados Federais e Senadores, e por isso a eles restou restringida a prerrogativa, é possível extrair a partir dos argumentos apresentados que a premissa valeria para qualquer cargo eletivo. Ora, se a situação hipotética colocada por Nelson Jobim, de um parlamentar que viesse a ser condenado por um acidente de trânsito e tivesse suspensos os direitos políticos, perdendo o mandato eletivo por declaração da Mesa, seria uma *hipótese absurda* nas palavras do Constituinte, pode-se concluir que *absurda* seria também quando a hipótese ocorresse com outro detentor de mandato eletivo, seja ele vereador ou Presidente da República.

Daí porque se pode concluir que a axiologia constitucional é de máxima proteção ao voto, resguardando tanto os direitos fundamentais inerentes ao eleito (ser representante), quando àqueles inerentes ao eleitor (ser representado através do voto).

3.2 A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS AQUÉM DE SUA NOÇÃO ESTRITA, A PARTIR DO PENSAMENTO DE POSSIBILIDADES

Como pudemos concluir no capítulo anterior, o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição, em qualquer condenação criminal transitada em julgado, inclusive quando a pena privativa de liberdade é substituída pela restritiva de direitos, retira por completo a eficácia do art. 92, I do Código Penal, à exceção

dos parlamentares e Deputados Estaduais e Distritais, que devem ter seus mandatos apreciados pela respectiva casa em um juízo político, de acordo com a interpretação mais recente da Corte.

Com isso, a primeira premissa que precisa ser adotada para se buscar uma melhor efetividade da axiologia constitucional de proteção à democracia, nos termos propostos nesse trabalho, é a de que o art. 15, III da Constituição Federal deve ou ter sua eficácia contida, ou,

caso mantida sua autoaplicabilidade, ter o alcance da suspensão dos direitos políticos restringido, para que outros mecanismos do ordenamento jurídico possam, a partir de uma interpretação sistemática, legitimar a manutenção do mandato eletivo em condenações por crimes sem vinculação com a proibição administrativa ou punidos em regime de cumprimento diverso do semiaberto e do fechado.

A primeira possibilidade seria reconhecer a eficácia contida da referida norma constitucional, de modo a admitir, a partir de norma infraconstitucional, a definição das condutas que ensejariam a suspensão dos direitos políticos. Tal caminho hermenêutico foi sugerido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do fatídico RE 179.502:

Em primeiro lugar, partir da premissa de que no art. 15, inciso III a norma é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, *data vênia*, é uma petição de princípio. É isso que se trata de indagar, e nem sempre é possível saber da eficácia de uma norma constitucional pela literalidade de um dispositivo solitário. Muitas vezes, a necessidade da regulamentação advém do sistema da Constituição, embora a letra do preceito constitucional, aparentemente, seja a de uma regra de eficácia imediata. [...]

Presumo sempre que a solução constitucional há de ser razoável e concorde com os princípios fundamentais do regime.

Pretende-se, aqui, para adotar a solução radicalíssima da douda maioria, que a sua fundamentação seja ética.

Com todas as vênias, parte-se, aqui, de uma visão, já um tanto quanto amarelada pelo tempo, do Direito Penal como o mínimo ético. O Direito Penal, como todos os outros ramos do direito, é uma técnica utilitária de provocar ou evitar determinados comportamentos pela imputação de uma sanção ao comportamento contrário.

E daí o crime de sono e no dano culposos do Código Penal Militar, os casos de repressão penal das simples hipóteses nas quais será difícilimo emprestar coloridos éticos negativos.

Por outro lado, a improbidade administrativa [...] pode gerar a suspensão de direitos políticos. Mas, segundo a Constituição, não a gera sempre, pois é a lei que graduará as sanções da improbidade administrativa, podendo chegar à suspensão de direitos políticos, mas podendo obviamente ficar aquém dela [...]. Entretanto, para toda a criminalidade de bagatela que superlota a nossa legislação penal, a consequência, à luz do acórdão que se vai tomar, será a da automática suspensão de direitos políticos. O paradoxo é patente.

A partir daí, poder-se-ia buscar no ordenamento infraconstitucional dispositivos que restringiriam a suspensão dos direitos políticos em casos de condenação criminal transitada em

julgado. Como exemplo, seria possível adotar os mesmos requisitos previstos no art. 92, I, do Código Penal (que trata da perda do mandato eletivo como efeito secundário da condenação criminal), para a determinação dos casos em que deve ser determinada a suspensão dos direitos políticos, ou mesmo adotar a sugestão do Ministro Luiz Fux proposta no julgamento do RE 601.182:

[f]aço uma reflexão sobre o fato de que o art. 15 da Constituição Federal, mercê de autoaplicável, não inibe a esfera de conformação do legislador infraconstitucional. Então, não há problema nenhum se o legislador infraconstitucional especificar quais os casos em que a condenação criminal transitada em julgado leva à suspensão de direitos políticos. [...]

[a] própria Constituição delegou ao legislador complementar a tarefa de estabelecer as infrações que infringem a moralidade e a probidade no exercício de mandato. E, se assim não bastasse, houve também um sentimento constitucional do povo, na medida em que ele apresentou ao Parlamento uma lei de iniciativa popular que é denominada “Lei da Ficha Limpa”. Nessa lei, há explicitações de crimes cuja a gravidade gera a suspensão de direitos políticos, como, *verbi gratia*, crimes contra a Administração Pública, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção, o que é bem diferente de um mero acidente de trânsito. [...]

Ou seja, **entendo que a condenação criminal transitada em julgado implica a suspensão dos direitos políticos, nos crimes enumerados pela “Lei da Ficha Limpa”.**

Como se vê, a limitação da suspensão dos direitos políticos é amparada por fundamentos juridicamente idôneos, encontrados na própria Constituição a partir de sua interpretação teleológica, tal qual seu sentido antagônico, o da autoaplicabilidade, que é encontrado a partir da interpretação literal.

A segunda possibilidade, caso inadmitida a eficácia contida do art. 15, III da Constituição, seria analisar a viabilidade de suspender direitos políticos aquém da sua noção estrita, a partir de fundamentos ético-rationais. Extraímos tal proposição do estudo feito por Conceição (2014), onde o autor aborda duas noções de direitos políticos, ampla e restrita, e analisa qual extensão da suspensão desses direitos é adequada e necessária para o fim proposto pela norma.

O conceito estrito de direitos políticos está atrelado ao dispositivo do art. 14 da Constituição Federal, como discurremos no primeiro capítulo deste trabalho. Seriam, portanto, a capacidade ativa e passiva de participar do processo político (votar e ser votado), o direito de votar em referendos e plebiscito e a iniciativa popular, além da capacidade de ajuizar ação popular, que, muito embora esteja prevista no art. 5º, LXXIII da CF e não no art. 14, pressupõe a condição de cidadão e constitui manifestação da soberania popular.

Já a noção ampla, possibilitada a partir da atividade hermenêutica, significa o exercício de direitos políticos em espaços da vida privada, para além da relação política entre indivíduo e Estado, no macroprocesso de deliberação e decisão de questões de Governo e de Estado:

[p]ode-se concluir que a vida privada contemporânea apresenta uma série de segmentos nos quais se abrem espaços de atuação política ao cidadão, no sentido do desenvolvimento de intervenções argumentativas com potencial de influir na fixação das políticas públicas. São exemplos: a ocupação de espaços de mídia (rádio, televisão, jornais, revistas, internet) com a divulgação de críticas e proposições; a atividade partidária interna; a atividade artística essencialmente voltada para a crítica política e a proposição de – ou apoio a – políticas públicas, como peças de teatro e shows musicais. (CONCEIÇÃO, 2014, p. 142)

Essas duas noções de direitos políticos são também exploradas por JUNIOR (2009, p. 66-67):

Na busca de positivizar a democracia representativa, surgiu o que se pode denominar de direitos políticos. Conceituando a entidade jurídica, há duas vertentes. A primeira delas, voltada a descortinar o seu sentido lato, entende a expressão como a utilização, pelo cidadão, dos direitos fundamentais que a democracia lhe assegura. Direito político, acentua Carlos Fayat, compreende “o estudo da estrutura dinâmica, da organização política e suas relações com a sociedade, a ordem a atividade política, incorporando o método sociológico e político, sem abandonar o jurídico, inerente à disciplina, pela relação funcional do Direito com os demais elementos da estrutura da organização política”. Por sua vez, procedendo-se à análise em busca do seu sentido estrito, ou menos extenso, aporta-se na juridicização do direito de voto pelos cidadãos, na qualidade de titulares da soberania. Compreende duas vertentes principais: a cidadania ativa (direito de escolher os governantes) e a cidadania passiva (direito de ser eleito). Essa concepção, mais estreita, usufrui aqui de preferência, em virtude de melhor harmonizar-se aos propósitos desta célere pesquisa, voltada aos condicionamentos necessários a que o Estado retire do cidadão o atributo de eleger e ser eleito.

Verifica-se, nesta esteira, que o exercício de direitos fundamentais na atividade política, especialmente a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, constituem direitos políticos em sentido amplo, enquanto os direitos fundamentais expressamente previstos no art. 14 da Constituição, somados ao direito de propor ação popular, perfazem a noção estrita de direitos políticos.

É sobre a noção estrita de direitos políticos que se propõe a restrição ao alcance do art. 15, III da Constituição Federal, nos moldes da doutrina de Conceição (2014, p. 124):

Uma vez admitida a possibilidade de ponderação na definição dos direitos políticos para efeitos de sua suspensão, sugere-se, em atenção ao caráter restritivo da regra, que o intérprete parta, ao enfrentar hipótese de incidência do art. 15, incs. III e V da Constituição Federal de 1988, de uma noção estreita

de direitos políticos, presa a estatuído no art. 14 da Carta Constitucional, sem prejuízo de, com fundamento em ponderação que leve em conta as circunstâncias especiais do caso, poder **modular a amplitude da suspensão, ressaltando ou discriminando os direitos políticos afetados quando a medida deva ficar aquém ou ir além do disposto no art. 14**, supracitado, respectivamente.

Em verdade, o exercício de mandato eletivo não está previsto no rol do art. 14 da Constituição Federal, mas sim o direito de ser votado. Contudo, não podemos nos afastar da ideia de que é pressuposto ao exercício do mandato eletivo o pleno gozo dos direitos políticos. Como bem assentou o Ministro Pertence na preliminar de voto no julgamento do RE 179.502, “difícilmente se conceberia um sistema constitucional onde o mandatário político pudesse continuar a sê-lo, embora despido de direitos políticos”¹¹¹.

Assim sendo, pode-se afirmar que o exercício do mandato eletivo faz parte da noção estrita de direitos políticos, e é sobre esse direito que estamos a analisar a afetação aquém no caso de suspensão por condenação criminal transitada em julgado.

A busca em atender a axiologia constitucional de proteção à democracia, em geral, e ao voto, em particular, abre espaço para uma interpretação e aplicação da Constituição capaz de buscar na proporcionalidade e na razoabilidade a restrição ao alcance da suspensão dos direitos políticos e da perda do mandato eletivo, quando o caso concreto não merecer, do ponto de vista racional, tamanha limitação à cidadania. Do contrário, corre-se o risco de que o efeito da condenação seja mais grave que a própria sanção criminal.

Para fugir dos exemplos de delitos culposos de trânsito trazidos em quase todos os julgados analisados, pensemos num crime doloso: um vereador, morador de área rural, que é condenado pela posse de uma arma de fogo de baixo calibre em sua residência sem o devido registro. Consideradas as condições do agente e do crime, a sentença aplica-lhe a pena mínima do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, de um ano de detenção, a qual é substituída por uma restritiva de direitos. A suspensão dos seus direitos políticos, com a limitação de sua cidadania, e a conseqüente cassação de seu mandato de vereador, atenderia aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade? Não parece que a Constituição, ao buscar a máxima efetividade democrática, nos conduza a essa conclusão.

¹¹¹ Em sentido contrário, o Ministro Teori Zavascki entendia que “nos termos da Constituição, não há nenhuma incompatibilidade entre a manutenção do cargo de deputado e o cumprimento de uma prisão, tanto que a Constituição prevê a hipótese de prisão em flagrante de um deputado, que ele, obviamente, vai cumprir, embora não esteja formalmente destituído do cargo. [...] A manutenção ou não do mandato, nesses casos, no caso de condenação definitiva, no meu entender, é uma questão que tem que ser resolvida pelo Congresso.” (AP 396 QO)

Nesse sentido, se admitida a possibilidade de suspender os direitos políticos aquém de sua noção estrita, poder-se-ia outorgar ao magistrado que o fizesse na sentença, discriminando quais direitos políticos seriam alcançados com a condenação criminal, e quais estariam excluídos, levando-se em conta as finalidades da pena e os contornos do caso concreto.

Nessa hipótese hermenêutica, não se estaria fugindo da tese fixada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no tema 370, de que a regra do art. 15, III da Constituição Federal se aplica no caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Apenas estar-se-ia dando conformidade do referido art. 15, III à própria vontade do Constituinte de proteção em grau máximo do mandato eletivo, em geral, e do voto, em particular.

Com isso, o art. 92, I do Código Penal voltaria a ter eficácia, servindo como limitador ao magistrado, que, nas hipóteses de condenação a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, por crime contra a administração pública ou praticado com abuso de poder (alínea “a”), ou de condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, por qualquer delito, estaria impedido de suspender os direitos políticos do condenado aquém de sua noção estrita, ao menos no que se refere à manutenção do cargo eletivo.

Tal método de interpretação constitucional encontra sustentação na teoria dos “pensamentos de possibilidades”, desenvolvida por Peter Häberle. De acordo com MENDES (2013, p. 1024):

O “pensamento de possibilidades” é, para Peter Häberle, expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta. Trata-se de pensar a partir e em novas perspectivas, questionando-se: “que outra solução seria viável para uma determinada situação?”.

[...] As ideias defendidas por Häberle pressupõem análise aberta a diversos espectros de uma mesma questão. Não há apenas uma ou outra alternativa, mas, ainda, uma terceira, uma quarta e, assim, sucessivamente.

Nesse sentido, o pensamento de possibilidades seria uma técnica de interpretação constitucional a ser utilizada em casos de *incompletude constitucional*¹¹², fenômeno existente em diversos ramos jurídicos em que o ordenamento não apresenta resposta precisa a um problema analisado, o que acarreta *lacunas*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta na utilização do “pensamento do possível” como método hermenêutico. Podemos citar, como exemplo, a ADI 1289 (Rel. Min.

¹¹² MENDES (2013, p. 1027) faz a ressalva de que não se pode confundir *incompletude constitucional* com *omissão legislativa*, que advém da outorga constitucional de preenchimento de normas não-executáveis ao legislador infraconstitucional, nem confundir com *matéria não regulamentada*, que é a omissão intencional feita pelo Constituinte.

Octavio Galotti, DJ de 29.05.98), na qual foi declarada a constitucionalidade de Resolução do Conselho Superior da Justiça do Ministério Público do Trabalho que permitia a composição da lista sêxtupla com integrantes sem 10 anos de carreira, quando não houvessem membros que preenchessem esse requisito objetivo. Decidiu a Corte, seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em sede de Embargos Infringentes, que a possibilidade que mais se aproximaria da vontade constitucional seria a composição da lista sem integrantes que cumprissem o requisito objetivo de 10 anos de carreira, pois, de outro lado, estar-se-ia subtraindo da composição do Tribunal membro do Ministério Público do Trabalho, ferindo o equilíbrio que a Constituição pretendeu resguardar com o princípio do quinto.

No Tribunal Superior Eleitoral também há precedentes. O Processo Administrativo n. 18.483/ES respondeu ao questionamento formulado no sentido de que, muito embora a Constituição Federal de 88 não tenha expressamente previsto a faculdade de voto aos inválidos, conforme previa o Código Eleitoral (alistamento eleitoral facultativo, art. 6º, I, 'a'), o método interpretativo do “pensamento do possível” permite extrair que o legislador constitucional, ao facultar o voto aos maiores de setenta anos, pretendeu resguardar as limitações físicas desses cidadãos, o que seria extensível aos inválidos.

Verifica-se, nos exemplos empíricos citados, que o pensamento do possível constitui relevante instrumento para a “resolução de casos em que valores constitucionais devem ser sopesados em situações extremas” (MENDES, 2013, p. 24).

Ademais, para HÄBERLE (2002, p. 40), em uma sociedade aberta, a democracia se desenvolve por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, em especial através da realização dos direitos fundamentais, e não apenas pela delegação de responsabilidade do povo para os órgãos estatais. É dizer, a interpretação constitucional deve ser feita por todos, e não apenas pelos operadores oficiais¹¹³.

Daí porque, na hipótese que aqui se sustenta, a perda do mandato eletivo, nas condenações criminais não enquadradas pelas balizas do art. 92, I do Código Penal, que determinam a medida de forma automática, é matéria a ser enfrentada pelo juízo político da respectiva casa legislativa, que pode ou não adotar, *interna corporis*, o mecanismo próprio para deliberar sobre a perda do mandato. Essa solução ampliaria a interpretação constitucional sobre a suspensão dos direitos políticos, nos termos propostos por Häberle.

¹¹³ Importante reflexão sobre a participação aberta na interpretação constitucional é feita por COELHO (2004, p. 6): “no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de consequência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição”.

Sobre a importância da técnica de interpretação, MENDES (2013, p. 1025-1026) complementa:

Nessa perspectiva, mencione-se a importância do *pensamento de possibilidades* à democracia. A constante abertura a novas possibilidades configura fator essencial aos ordenamentos jurídicos vigentes e “representa o conteúdo central dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes”

[...] **uma Constituição democrática que seja pluralista é um verdadeiro “compromisso de possibilidades”**, uma proposta de soluções e de coexistências possíveis, que não pretende impor a força política de cima para abaixo. [...]

Nesse contexto, **os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível um pluralismo democrático**. Liberdade é, assim, sinônimo de democracia. São exemplos de direitos que dão margens à busca por alternativas: liberdade de eleição, liberdade profissional, de igualdade de oportunidades ao acesso à formação escolar, liberdade de escolha de local de residência.

Com isso, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “*uma teoria constitucional das alternativas*” pode converter-se em uma “*teoria constitucional da tolerância*”. Daí perceber-se também que “*alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação*”. Ainda, “*para o estado de liberdade da res publica afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas*”. Daí ensinar que “*não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas*”.

Considerando-se a axiologia constitucional¹¹⁴ de proteção da democracia, a qual depende da participação popular através do exercício dos direitos políticos fundamentais, em especial do voto e do exercício do mandato eletivo, o *pensamento de possibilidades* permitiria admitir a restrição aquém da noção estrita de direitos políticos, limitando o alcance do art. 15, III da Constituição Federal às hipóteses estritamente necessárias e legalmente previstas, num juízo de proporcionalidade e razoabilidade a ser feito pela autoridade judicante.

¹¹⁴ De acordo com VERDU (apud LIMA 2001, p. 347): “a forma política da Constituição se funda em valores. [...] Citando Afonso D’Oliveira Martins, lembra que “*la Constitución de una Nación expresa un sistema de juicios de valor sobre el destino y fines del Estado*”. Recorre ainda a Jorge Miranda para proclamar que a verdadeira Constituição é a dos valores jurídicos básicos acolhidos pela comunidade política, expressão imediata da ideia de direito, de modo que se opera uma correlação entre valor, Constituição e realidade constitucional. Reportando-se a Vieira de Andrade, apregoa que em cada um dos direitos fundamentais a Constituição delimita espaços normativos “*preenchidos por valores ou interesses afirmados, que constituem bases de ordenação da vida social*”. Ressalta ainda o caráter material, substancial, do Estado de Direito, da justiça, da liberdade e da igualdade, denotando um Estado preocupado com a garantia real de um sistema de valores.”

Pragmaticamente, seria admitir que a decisão condenatória pudesse determinar a suspensão dos direitos políticos, mas limitando e discriminando quais desses direitos estariam suspensos, em consonância com a ideia de democracia.

CONCLUSÃO

Os direitos políticos, como normas permanentes destinadas à instrumentalização da participação popular no processo político, estão no rol de direitos e garantias fundamentais, pois essenciais à manutenção e ao aperfeiçoamento do convívio social e da própria democracia. O mandato eletivo consubstancia a materialização da soberania popular, manifestada através do ato de escolha dos representantes pelo voto. Todo esse enredo de valores possui ampla proteção constitucional, porque moldam a estrutura e o pensamento político da sociedade, concebendo a identidade de seu povo.

Os debates travados na Constituinte demonstram a preocupação que os representantes do povo tiveram com a proteção do mandato eletivo, especialmente quando se procedeu a deliberação sobre a hipótese de sua perda por parlamentares em decorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que resultaram no deslocamento do §3º do art. 64, que tratava da perda do mandato eletivo por simples declaração da mesa, para o §2º, que exigia a deliberação do Plenário, a fim de evitar que condenações criminais por crimes sem maior gravidade ensejassem medida tão extrema como a perda do mandato, ocasionando efeitos desproporcionais e atingindo não somente à pessoa do condenado, mas a todo o espectro político.

Esses debates apresentam os valores que melhor sintetizam os ideais de justiça daquele momento, escolhidos pelos Constituintes na elaboração da nova Carta. São a prova de que a axiologia constitucional é de máxima proteção ao voto, para resguardar os direitos fundamentais inerentes tanto ao eleito quanto ao eleitor.

A forma analítica e diretiva da Constituição Federal de 88 escancaram o repúdio a diversos institutos antidemocráticos dos vinte anos do período ditatorial que a precedeu, onde o Poder Executivo predominava em detrimento dos demais órgãos de representação popular. Assim é que a constitucionalização de várias matérias e a ampliação do acesso ao Poder Judiciário resultaram invariavelmente na sua ascensão ao cenário político, sendo o Supremo Tribunal Federal o maior protagonista em razão de sua ampla competência para dar a palavra final em matérias que afetam diretamente a vida dos cidadãos.

No exercício dessa alargada competência, em 1995 o Supremo Tribunal Federal foi provocado, pela via do RE 179.502/SP (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1995, DJ 08/09/1995), a deliberar sobre a aplicabilidade do art. 15, III da Constituição

Federal, tendo entendido, por maioria, que a referida norma é autoaplicável, independentemente da natureza do delito ou da quantidade de pena imposta.

Esse precedente tornou-se o *totem* hermenêutico das sucessivas decisões da Corte sobre a matéria e outras correlatas, que acarretou como efeito reflexo a retirada da eficácia da norma do art. 92, I do Código Penal, a qual apresentava parâmetros para a decretação da perda do mandato eletivo como efeito secundário da condenação criminal transitada em julgado.

Importante lembrar que a referida norma infraconstitucional sofreu alteração pela Lei nº 7.209/1997, ou seja, houve apreciação da matéria pelo Congresso mesmo depois do julgamento do RE 179.502/SP, o que não foi suficiente para alterar o entendimento radical do STF.

As decisões que se sucederam nos anos seguintes mostraram um Supremo Tribunal Federal instável apenas quanto à forma a se proceder a perda do mandato eletivo de Deputados Federais e Senadores, haja vista a constante alternância de entendimentos sobre a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais do art. 55, ora optando pela regra do §2º, que submete a apreciação sobre o mandato eletivo do condenado ao Plenário da Casa respectiva, ora pela regra do §3º, que determina a mera declaração da perda pela Mesa do Senado ou da Câmara. Em qualquer situação, a norma do Código Penal, muito embora tenha sido referida em vários votos, não surtiu efeito algum, pois em todas as amostras analisadas a perda do mandato decorria da autoaplicabilidade do art. 15, III da Constituição.

Nos parece, todavia, que a interpretação da Corte vai de encontro à axiologia da Constituição de proteção ao voto. Se o Constituinte se preocupou com o procedimento de perda do mandato dos parlamentares que viessem a sofrer condenações criminais transitadas em julgado sob o fundamento de que, em certos casos, a medida seria incongruente e desproporcional, também o seria em situações semelhantes quando aquele que viesse a sofrer condenação criminal fosse detentor de outra espécie de cargo eletivo, dos vereadores ao Presidente da República. Em última análise, trata-se de medida protetora da própria democracia. Essa posição chegou a ser sustentada por alguns Ministros ao longo dos anos, como

Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence e, mais recentemente, a Ministra Rosa Weber, em voto proferido no RE 601.182/MG (Rel. Min. Marco Aurélio e Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-214, divulgado 01/10/2019, publicado em 02/10/2019), quando a Corte deliberou em sede de repercussão geral sobre a automaticidade da suspensão dos direitos políticos quando a pena privativa de liberdade for substituída por restritiva de direitos: “a exegese do art. 15 da Carta Política, no tocante à incidência automática da perda ou suspensão de direitos políticos nas hipóteses que especifica, assume, nesse quadro,

tônica extremamente sensível para a própria autocompreensão da democracia e da amplitude da proteção aos direitos subjetivos a ela inerentes”.

A omissão na Constituição sobre o procedimento a ser adotado em relação a outros cargos eletivos pode ter ocorrido pela maneira conturbada como ocorreu a inserção da hipótese de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado. Não havia a previsão da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, hoje prevista no inciso III do art. 15, no texto inicial do Anteprojeto do Relator da Subcomissão Temática da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Também não foi cogitada a hipótese por nenhuma de suas Emendas, nem fez parte do Substitutivo do Relator ou das Emendas a esse substitutivo, tendo sido inserida no texto apenas no Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo.

A transposição da perda do mandato do §3º (por decretação da Mesa) do então art. 64 para o §2º (por deliberação do Plenário) ocorreu na fase de votação da matéria em 1º turno no Plenário, através da emenda modificativa apresentada pelo Constituinte Antero de Barros.

Essa análise apressada e falta de maior cuidado na deliberação sobre a matéria fez com que o texto constitucional fosse promulgado de maneira incongruente acerca da sistemática sobre a perda do mandato em decorrência da condenação criminal transitada em julgado, criando um hiato entre as diferentes espécies de cargo eletivo e gerando a antinomia total-parcial entre o art. 15, III e os §§2º e 3º do art. 55.

Ainda assim, a partir da hermenêutica constitucional, é possível assegurar os valores da Constituição através da contenção da eficácia do art. 15, III, o que exigiria revisitação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, ou então através da restrição do alcance dos direitos políticos a serem suspensos, para que se abra espaço a outros mecanismos do ordenamento estabelecerem quais devem ser afetados de acordo com a natureza do crime e a quantidade de pena aplicada.

O pensamento de possibilidades de Peter Häberle dá sustentação teórica à proposta. Trata-se de uma forma aberta de pensar o direito constitucional, bastante usada na jurisprudência do Supremo, em que, diante de uma incompletude no texto, há de serem sopesados os valores constitucionais para se buscar uma resposta ao problema enfrentado.

Com essas reflexões, seria possível resgatar a eficácia do art. 92, I do Código Penal, e assegurar os valores constitucionais de proteção ao voto e à democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.
- BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. **Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 1, n. 2, p.20-39, 2009. Editora da Universidade Federal Fluminense.
- BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 169, p. 65-94, jan. 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria dell'Ordinamento Giuridico**. Torino: Giappichelli-editore, 1960.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale et al. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Direito Público**, [S.L.], v. 1, n. 6, p. 5-15, out. 2004. Instituto Brasiliense de Direito Publico. <http://dx.doi.org/10.11117/22361766.06.01.01>.
- CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. **Direitos políticos fundamentais: A sua suspensão por condenação criminal e por improbidade administrativa**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** [livro eletrônico]: parte geral. 2. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <https://tmsnrt.rs/334X8bL>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (orgs.). **Democracia**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 155-162.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GORDILHO, Maria Celina Monteiro. **Cassação de mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade: relações entre direito e política no regime militar brasileiro (1968 – 1970)**. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Unb, Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18902/1/2015_MariaCelinaMonteiroGordilho.pdf. Acesso em: 01 mar. 2020.

GUEDES, Néviton. Comentários ao Capítulo IV - Dos direitos políticos. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (orgs.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 657-688.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. 2002. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 21 jul. 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S.a. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 19. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitada do homem como ser-moralmente-melhor. Fortaleza: Abc Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Interpretação constitucional e "pensamento de possibilidades". In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (org.). **Direito**: teoria e experiência: estudos em homenagem a eros roberto grau. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1022-1047.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo (org.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**: análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

OBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org.). **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

PELUSO, Cezar. **Constituição, direitos fundamentais e democracia**: o papel das Supremas Cortes. 2007. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf. Acesso em: 12 maio 2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo et al (Org.). **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 2, n. 10, p.87-93, out. 1969.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Tradução de Luís Callegari.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 0, n. 30, p. 07-41, dez. 2009. Ano 7. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/667>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, histórias e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/18517817/Cl%C3%A1udio_P_S_Neto_e_Daniel_Sarmento_Direito_constitucional_teor%C3%ADa_hist%C3%B3ria_e_m%C3%A9todos_de_trabalho_PDF. Acesso em: 20 maio 2020. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. 1994. Fonte: **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 123, p. 177-183, jul./set. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176217>. Acesso em: 20 jan. 2020.