

**Célio Borja**

Advogado

---

**I.A.B**

**Comissão de Direito Constitucional**

**Indicação nº 014/2010**

## **PARECER**

A indicação em epígrafe, subscrita pelo Dr. Alexandre B. Martins Ferreira, recebeu substancioso e fundamentado parecer do Dr. Oscar Argollo por cometimento do Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros; por determinação de S. Excia., vem a Indicação referida à Comissão de Direito Constitucional. (Ler conclusão do parecer do Dr. Argollo). Rendendo homenagem ao primeiro Relator, proponho-me a oferecer, apenas, subsídios e ponderações a respeito da constitucionalidade da alínea e, artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 135, de 2010, tema que ainda pende de manifestação do Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta 1147099, já tendo votado o Relator, Ministro Arnaldo Versiani; aguardam-se os votos dos demais Ministros. Leio os trechos relevantes do voto do Ministro Versiani: (ler)

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, concerne ao direito de sufrágio passivo ou, seja, à faculdade de se candidatarem os cidadãos brasileiros a mandatos políticos. O bem que ela tutela é o governo representativo e o regime democrático que, na lição de ARISTÓTELES, somente se realiza em plenitude se às funções governativas forem alçados os melhores cidadãos.

RODOLFO GARCIA<sup>1</sup> registra que as qualidades pessoais do candidato eram condição de elegibilidade para as Câmaras Municipais do Brasil Colônia, como estatuído nas Ordenações do Reino (L. 1º, tit. 67). Privilegiavam-se assim os homens bons do lugar para o exercício do Governo Municipal. Conquanto os critérios de aferição da idoneidade pessoal decorressem, então, mais do *status* social e político do que das virtudes morais do candidato, parece certo que o direito eleitoral reinol já buscava, ainda que por critério hoje insustentável, proteger o mandato representativo dos desvios de conduta.

Não é pacífica a conceituação jurídica do direito de sufrágio. Uma corrente vem sustentando que a elegibilidade não é um direito subjetivo, mas um dever estatuído pelo direito objetivo, semelhante, se não igual, ao que regula a investidura e o exercício de atividade pública pelos órgãos e funcionários do Estado,<sup>2</sup> os quais se submetem ao princípio de estrita legalidade que só lhes permite fazer ou abster-se de fazer o que a lei consente, embora ela possa autorizá-los a decidir discricionariamente *consultando sempre a finalidade pública de seus atos*.

Afirmam, contudo, outros juspublicistas que o sufrágio aludido é um direito público subjetivo dos cidadãos, entendendo que, por isso, o princípio

---

<sup>1</sup> RODOLFO GARCIA, *Ensaio sobre a História Política e Administrativa do Brasil (1500-1810)*, Livraria José Olympio Editora, 1ª edição, 1956, pgs. 102-104.

<sup>2</sup> PAUL LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, tome I, Paris, V.Giard & E.Brière, Libraires-Éditeurs, 1900., pgs 494-495 : “*Prescriptions destinées à garantir l'exercice du droit de suffrage. ...Pour comprendre et juger ces règles, il importe de considérer qu'elles servent bien moins à garantir les intérêts de individus ayant le droit de suffrage (ce qui est cependant une partie de leur raison d'être) qu'à assurer effectivement la formation du Reichstag, organe essentiel de l'Empire, conformément aux principes constitutionnels établis pour sa composition. Le droit de suffrage n'est pas un droit subjectif basé sur l'intérêt de l'individu, mais seulement le réflexe du droit constitutionnel.*”

de legalidade da ordem privada pode regular-lhe a aquisição, o gozo e o exercício.<sup>3</sup> Mas, no regime representativo disciplinado pela Constituição de 1988, a aquisição e o exercício do direito de sufrágio ativo e passivo são objeto de cláusula de reserva a favor do constituinte, salvo se esse expressamente delega-lhes a disciplina à lei.

No nosso direito, a participação do eleitorado na formação dos órgãos governativos é qualificada como direito e dever, uma vez que o voto é obrigatório (C.F., art. 14, § 1º, inc. I), mas, de outra parte, o eleitor que preencha os requisitos constitucionais não pode ser impedido de votar. Diversamente, o direito de sufrágio passivo, o de ser votado, não é um dever, é uma faculdade do cidadão que o exerce por ato de vontade plenamente livre. Mas a elegibilidade depende do preenchimento das condições do parágrafo 3º, do artigo 14 da Constituição, e de não incidir o candidato nas hipóteses dos parágrafos 4º, 5º 6º 7º e 8º, desse mesmo dispositivo.

Por expressa delegação do constituinte (C.F., art. 14, § 9º), compete à Lei Complementar estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade com o limitado escopo de proteger

---

<sup>3</sup> **Dr. GIORGIO JELLINEK**, *Sistema dei Diritti Pubblici subbietivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, pgs. 152-153: “Il fatto che certi impedimenti all’esercizio del diritto elettorale non sono contrari al diritto, non prova nulla contro il carattere di diritti pubblico subbietivo del diritto elettorale, poichè gli impedimenti in parola contraddicono, per lo meno nella stessa misura, anche l’interesse generale, il quale esige, almeno come tendenza ideale, la partecipazione alle elezioni di tutti coloro che hanno diritto a votare. Ma la opinione così naturale a prima vista, che i diritti a partecipare alle funzioni statali costituiscono in sostanza solamente un riflesso del diritto obbiettivo, risulta infondata, quando si approfondisce l’esame della questione. La concessione di una siffatta specie di diritti riflessi non è possibili, senza che la personalità dell’individuo venga qualificata in maniera speciale. Essi non si possono concepire altrimenti, che come attribuzione all’individuo di capacità non comprese nella sua libertà naturale, capacità sulla base delle quali solamente può aver luogo l’esercizio dei diritti politici”.

- a) a probidade administrativa;
- b) a moralidade para o exercício do mandato, **considerada a vida pregressa do candidato**;
- c) a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública.<sup>4</sup>

Para tornar efetivos o direito eleitoral e o dever que lhe corresponde, o Constituinte subordinou a faculdade (*direito*) dos eleitores de se candidatarem a mandatos políticos à finalidade pública do processo eleitoral que é a de compor os poderes públicos com pessoas que ofereçam um sinal visível de dedicação ao interesse geral e ao bem comum, e de resistência aos desvios éticos de conduta a que se expõem os gestores da pecúnia e dos serviços do Estado. Essas disposições de direito objetivo limitam o direito público subjetivo de sufrágio passivo e visam a uma finalidade de interesse geral, nomeadamente, à probidade administrativa, à moralidade do exercício do mandato, à normalidade e legitimidade das eleições. O nítido caráter de direito eleitoral dessas finalidades é suficientemente persuasiva da proposição que nega à inelegibilidade da alínea e, inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 135, de 2010, a condição de pena criminal.

---

<sup>4</sup> **Constituição Federal, art. 14, § 9º** - “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cassação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Exemplo de acautelamento dos fundamentos do regime representativo por normas coativas penalmente irrelevantes, encontra-se no parágrafo 4º do artigo 37, da Constituição Federal, que reprime especificamente os atos de improbidade administrativa, que “*importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”. A Lei nº 8.429, de 1992 definiu e enumerou exaustivamente as condutas que configuram improbidade administrativa e graduou-lhes a sanção. A doutrina e os precedentes de nossos tribunais entendem que nenhuma das reprimendas aí enumeradas tem caráter penal, mas administrativo ou civil, até mesmo porque não substituem nem excluem a ação penal, como dispõe literalmente o citado parágrafo 4º.<sup>5</sup>

Não é de se estranhar que, igualmente, as cominações do direito constitucional eleitoral e das normas inferiores feitas na conformidade dele não sejam disposições penais, como não o são as penalidades civis, legais ou convencionais. Milita, ainda, em favor desse entendimento a circunstância de não serem preceitos de direito penal os que estabelecem outros casos de inelegibilidade, como, *ex.gr.*, a dos analfabetos, a irreelegibilidade dos chefes dos poderes executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para um terceiro mandato, e a sua inelegibilidade para outros cargos, etc., bem como a de seus parentes aos quais não se imputam ações ou omissões penalmente puníveis.

---

<sup>5</sup> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37, § 4º** - “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Parece-me claro não serem normas penais as que estabelecem as inelegibilidades contempladas nas alíneas c e d, do inciso I, do artigo 9º da Lei Complementar nº 135, de 2010. Mas as da alínea c têm caráter penal, sem embargo de, nelas, as condutas abstratamente puníveis terem por matéria e substância a participação nas eleições. Declaradamente exige-se aí o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>6</sup>

É indiscutível que a pena do direito repressivo, corporal, pecuniária ou outra, tem sua aplicação subordinada à norma do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição: **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**. Mas há que ponderar não se qualificaram como leis penais as meramente coativas, as que importam perdas patrimoniais, pessoais ou limitações sociais e cívicas. Do mesmo modo, a citada garantia constitucional não impede a cominação de inelegibilidade por responder o candidato a persecução penal ainda em curso. É a própria Constituição que destaca e valoriza fato da vida pregressa como causa de inelegibilidade; e que o ser réu em ações penais não é, em si,

---

<sup>6</sup> **Lei Complementar nº 135, de 2010**, art. 2º, inc. I, al. e: “e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando”.

eleitoralmente relevante, mas, sim, a condenação por órgão colegiado, ainda que sujeita à censura superior por via de agravo ou recurso.

Quanto à assimilação de qualquer privação de direito pessoal ou real à pena criminal, lembro, com HELENO FRAGOSO, que “*Todo direito é norma de conduta social imposta coativamente pelo Estado. A ordem jurídica apresenta-se como um sistema de limitações da esfera da liberdade e poder do indivíduo, através de permissões ou autorizações e deveres*”.<sup>7</sup> Na doutíssima opinião desse saudoso Mestre, o direito penal é identificado pelo meio próprio de coação e tutela — a pena criminal — enquanto os demais ramos do direito interno distinguem-se “*não pela natureza da sanção, que é a mesma para todos, mas pela natureza dos preceitos e relações jurídicas que estabelecem*”.<sup>8</sup> Por isso, penso que para classificar normas jurídicas nos diferentes ramos do direito interno não basta considerar o tipo de sanção que as garante, mas o seu objeto e a sua causa. Os penalistas singularizam o direito penal tanto por sua sanção específica, como pelos valores e bens sociais que ele tutela. Por sua vez, o direito eleitoral protege, também por norma penal, os valores e os bens inerentes ao regime representativo e qualifica como crimes eleitorais as condutas enumeradas em título próprio do Código Eleitoral, que vulneram esses valores e bens. Essas disposições penais não se confundem com as que protegem a moralidade para o exercício do mandato, como se lê na própria Constituição, que manda, para esse efeito, considerar a vida pregressa do candidato (C.F., art. 14, § 9º). Aqui, o que se tem é o efeito específico da conduta imoral na esfera dos

---

<sup>7</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pg. 2.

<sup>8</sup> H.C.FRAGOSO, *op. cit.*, pg. 1.

## **Célio Borja**

Advogado

---

direitos políticos. O bem tutelado por essa disposição constitucional — a moralidade — é atingida pela imoralidade ínsita na infração penal, imoralidade essa que independe da punibilidade e da apenação atual do acusado. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345 (D.O. de 3 de setembro de 2010), o Supremo Tribunal Federal, consignou, na ementa minudente que encima sua decisão, que *”o processo eleitoral ... supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica”* ... (Grifado no original).

Essa integral submissão da representação política à disciplina jurídica parece legitimar a limitação do exercício do direito de sufrágio passivo, não a sua suspensão que advirá somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essas reflexões levam-me à conclusão de não incidir a garantia do inciso LVII, do artigo 5º da Constituição, na inelegibilidade prevista no seu artigo 14, parágrafo 9º, autorizadamente regulamentada pela Lei Complementar nº 135, de 2010.

Rio, 08/09/2010