

PRESCRIÇÃO DA PENA CRIMINAL E INELEGIBILIDADE: TEMAS INEXPLORADOS E FUTUROS OVERRULING'S NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

*THE EXPIRY OF THE STATUTE OF LIMITATIONS ON THE CRIME AND
THE UNELECTABLE CONDITION: UNEXPLORED THEMES AND FUTURES
OVERRULING'S ON SUPERIOR ELECTORAL FEDERAL COURT OF BRAZIL
JURISPRUDENCE*

Ruy Samuel Espíndola¹

Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral, Docente de Pós-
-Graduação *Lato Sensu*

ÁREA(S) DO DIREITO: direito eleitoral; direito penal; direito constitucional.

RESUMO: Este artigo trata dos efeitos da prescrição da pena criminal sobre o direito fundamental de candidatura e critica precedente Respe 23.851-TSE, que definiu que a partir da prescrição da pena começaria a fluir o tempo de inelegibilidade, reclamando *ouerruling*. Demonstra que a *ratio decidendi* não guarda congruência com o direito positivo, à dogmática penal e à teoria dos direitos fundamentais. Afirma que a prescrição penal, qualquer que seja, extingue a inelegibilidade; que

a inelegibilidade é efeito primário da condenação; que, alternativamente, entenda o TSE que o marco inicial é o trânsito em julgado da condenação, e não o da ocorrência da prescrição da pena.

PALAVRAS-CHAVE: pena criminal; prescrição; inelegibilidade; direito fundamental de candidatura; máxima efetividade; direito positivo; dogmática eleitoral e penal; *ouerruling*.

ABSTRACT: *The article brings up strong legal critics to the expiry of the statute of limitations on the crime's effects over the fundamental right of running for public*

¹ Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro Consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB Federal e Membro das Comissões de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral do Conselho Seccional da OAB de Santa Catarina. Membro da Academia Catarinense de Direito Eleitoral, do Instituto Catarinense de Direito Administrativo e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Acadêmico da Academia Catarinense de Letras Jurídicas. Conferencista nacional e internacional sobre temas jurídico-públicos. *E-mail:* ruysamuel@hotmail.com.

office regarding the legal precedent set on Respe 23.851-TSE, which defined that the term of unelectable condition only begins after the statute of limitations on the crime has expired, demanding overruling. It shows that the “ratio decidendi” of the mentioned decision lacks adequacy to Positive Law, Criminal Dogmatic and to the Fundamental Rights’ Theory. Proclaims that the expiry of the statute of limitation on the crime, whatever kind might it be, extinguishes the unelectable condition; also that the unelectable condition is a primary effect of the criminal sentence; that, alternatively, the Court should consider that the beginning of the unelectable condition term is the final judgment preclusion and not when the statute of limitations on the crime expires.

KEYWORDS: *criminal sentence; statute of limitations on the crime; unelectable condition; running for public office fundamental right; maximum effectiveness; positive law; electoral and criminal dogmatizes; overruling.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Prescrita a pena criminal, cessa a inelegibilidade diante do direito positivo eleitoral e penal; 2 Inelegibilidade deve ser contada do trânsito em julgado quando houver prescrição da pena; Conclusão; Referências.*

SUMMARY: *Introduction; 1 With the expiry of the statute of limitations of the crime the unelectable condition automatically ceases due to positive electoral and criminal law; 2 Beginning of the term of the unelectable condition that must be counted from the date of the expiry of the statute of limitations of the crime; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O direito eleitoral precisa dialogar mais com o direito penal para aprimorar sua dogmática² e fazer a crítica de sua jurisprudência (destacadamente do TSE), formada, muitas vezes, sem assento no direito positivo e sem lastro adequado de técnica juspenal.

² Para Vera Regina Pereira de Andrade: “A dogmática jurídica [...] se identifica com a ideia de ciência do Direito que, tendo por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica” (*Dogmática jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18).

São vários os temas que podem resultar em frutíferos diálogos entre o direito eleitoral e o direito penal:

- (i) a coisa julgada criminal e a inelegibilidade como cominação penal anexa;
- (ii) a norma eleitoral como norma penal heterotópica (Pontes de Miranda) e as garantias constitucionais penais;
- (iii) a condenação em penas alternativas à prisão e atração de inelegibilidade;
- (iv) a retroatividade da Lei da Ficha Limpa, no campo penal, como retroação prejudicial ao réu, como retroatividade *in malam parte*;
- (v) a presunção de inocência como garantia convencional internacional e a inelegibilidade³;
- (vi) a inelegibilidade como efeito da condenação criminal: seria pena ou restrição ao “regime da elegibilidade”?;
- (vii) a interpretação adequada em tema de elegibilidade decorrente de condenação criminal e o regime de direitos fundamentais políticos;
- (viii) a possibilidade de se conhecer, incidentalmente e como prejudicial de mérito, em processo de registro de candidatura, a tese da coisa julgada inconstitucional criminal⁴;

³ Estudo pioneiro nesse viés, tendo em conta o devido processo legal, que abarca a presunção de inocência, é o de Marcelo Ramos Peregrino: *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa – Direitos políticos e inelegibilidades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

⁴ Defendemos essa posição em recurso inominado eleitoral em processo de registro de candidatura, na eleição de 2012, com os seguintes argumentos:

“INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL VÁLIDA - INCOMPETÊNCIA DO JÚZO CRIMINAL SENTENCIANTE - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL FIXADORA DA COMPETÊNCIA DECISÓRIA - INVALIDADE DA NORMA - INVALIDADE BENÉFICA AO RÉU NO FEITO CRIMINAL - MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF QUE NÃO PODE PREJUDICAR A SITUAÇÃO JURÍDICA DO RÉU CRIMINAL E IMPUGNADO - TESE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL - PREJUDICIAL DE MÉRITO DEDUZIDA EM PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL EM OPOSIÇÃO À DECISÃO INCONSTITUCIONAL TOMADA EM PROCESSO CRIME - INCONSTITUCIONALIDADE DO TÍTULO CONDENATÓRIO PENAL QUE SUSTENTA A ARGUIÇÃO DE INELEGIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO - NECESSIDADE DE DEFERIMENTO DO REGISTRO DO CANDIDATO ODILSON

[...].

E a coisa julgada inconstitucional, constatada a sua existência, pode se apreciar sua adução, como prejudicial de mérito, em qualquer processo em que se deduza pretensão fundada em título judicial inconstitucional, como é o caso da decisão condenatória, descrita na inicial.

[...].

O fenômeno da coisa julgada inconstitucional pode ser verificado de várias formas na decisão já passada em julgado e revestida de imutabilidade.

No presente caso, a acórdão inconstitucional que condenou o recorrente pela prática do crime previsto no Decreto-Lei nº 201/1967, foi a causa de inelegibilidade alegada pelo recorrido.

No entanto, apesar de não ter ocorrido o trânsito em julgado da referida sentença, verifica-se, *ex vi* da norma *expost factum* LC 135/2010, os efeitos da coisa julgada criminal de 14.12.2004, mais precisamente, da coisa julgada inconstitucional, pois conforme já exposto, há a existência de uma nulidade na referida condenação, tendo em vista que foi prolatada por juízo incompetente, pois juízo fundado em norma processual inconstitucional, decisão ilegítima e inconstitucional que agora funda a causa de pedir e é fundamento do pedido de inelegibilidade aduzido contra o recorrente.

Logo, a referida condenação que embasou o recorrido a propor a presente impugnação, possui os efeitos da coisa julgada inconstitucional e, portanto, seus efeitos não devem ser reconhecidos no presente feito eleitoral, devendo ser afastada a sua incidência no presente processo de registro.

Ou melhor, assim como leis inconstitucionais podem ter eficácia afastada, no controle difuso de inconstitucionalidade, sentenças inconstitucionais, que demandem execução ou sejam causa de pedir de demandas subsequentes que reclamem a sua valia, caso as sentenças sejam inconstitucionais, como o título condenatório ora impugnado, essas decisões podem ter seus efeitos afastados, por força de arguição incidental, a título de prejudicial de mérito, e a decisão a ser tomada no processo subsequente, pode reconhecer sua inconstitucionalidade e negar efeitos para a pretensão nela baseada.

Na declaração de inconstitucionalidade que importa ao presente caso, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da norma processual penal que houvera fixado a competência originária penal ao julgamento de ex-prefeitos [ADIns 2797 e 2860]. Deste modo, todas as decisões criminais dadas com base nesta lei inconstitucional, e que afetaram o *status libertatis* de réus na mesma situação do impugnado, são inconstitucionais, havendo, com relação a elas todas - [...] -, a aplicação da tese da 'coisa julgada inconstitucional', podendo ser incidentalmente reconhecida para os fins da presente ação judicial eleitoral de impugnação de registro de candidatura.

Aliás, insta observar, que a Justiça Eleitoral nunca aplicou, em qualquer processo judicial eleitoral, até a data desta arguição, os benefícios dessa novel teoria do Direito Processual brasileiro, teoria que se funda, entre outras obras, no livro coletivo multicitado, coordenado pelo baluarte do tema entre nós: Carlos Valder do Nascimento, *Coisa julgada inconstitucional*, 5. ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2005, 274 p.

Assim, vale discorrermos, para efeitos de aplicação nessa ação de impugnação de registro de candidatura, algumas linhas sobre 'a coisa julgada inconstitucional e instrumentos de seu controle em qualquer processo judicial, mesmo em processos eleitorais que pressuponham decisões penais inconstitucionais como títulos embasantes de inelegibilidades'.

[...].

Pelos arts. 475-L e 741 do CPC [...] considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativos inconstitucionais declarados pelo Supremo Tribunal Federal. Com essas normas, erigiu-se, no plano do Direito Positivo processual brasileiro, como regra para qualquer processo, seja ele cível, penal ou eleitoral, a sustentação da coisa julgada inconstitucional, resultante de sentenças atentatórias à normalidade constitucional e aos princípios constitucionais.

[...].

Registremos, ademais, que regras semelhantes aos artigos do CPC antes citados, foram introduzidas no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos:

- (ix) a possibilidade de se permitir, como questão de ordem pública, no seio da justiça eleitoral, o reconhecimento da prescrição da condenação penal ainda irreconhecida na justiça comum ou incorretamente estabelecida e a ser corrigida na justiça especializada;
- (x) a detração da inelegibilidade decorrente de condenações criminais sem trânsito em julgado;
- (xi) a correlação e *bis in idem* entre a suspensão dos direitos políticos como efeito do trânsito em julgado da condenação criminal e a inelegibilidade a partir da sentença colegiada sem preclusão máxima;
- (xii) os efeitos da prescrição penal – antes e depois do trânsito em julgado da condenação – sobre a inelegibilidade.

Este último ponto será objeto deste estudo, especialmente em face do precedente paradigma do TSE, Respe 23.851, de 17.03.2005⁵, e as alterações

‘Considere-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal’.

Com todas essas regras de direito processual positivo, a tese da coisa julgada inconstitucional ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais, seja por meio de impugnações autônomas ou mesmo em sede de aduções *incidenter tantum*, como a ora feita neste processo judicial eleitoral, ao se impugnar a valia, por inconstitucionalidade, de título judicial penal sustentante de inelegibilidade do Impugnado.”

Esses argumentos foram improvidos por decisão do TRE-SC, no Acórdão nº 27.128, de 27.08.2012, Rel. Juiz Julio Schattschneider:

“RECURSO - IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATO A PREFEITO FORMULADA POR CANDIDATO A VEREADOR - LEGITIMIDADE E INTERESSE - CONDENAÇÃO CRIMINAL PROFERIDA POR CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO - ITEM 1 DA ALÍNEA E DO INCISO I DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO, EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DAQUELE ÓRGÃO - IMPOSSIBILIDADE DE A JUSTIÇA ELEITORAL CONHECER DA QUESTÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE INELEGIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 26-C DA CITADA LEI COMPLEMENTAR - INDEFERIMENTO DO REGISTRO - DESPROVIMENTO.”

⁵ “RECURSO ESPECIAL - REGISTRO DE CANDIDATO - INDEFERIMENTO - MOTIVO - CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - EXTINÇÃO DA PENA - INELEGIBILIDADE POR TRÊS ANOS - LC 64/1990, ART. 1º, I, E CPC, ART. 462 - 1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. 22.676, Rel. Min. Caputo Bastos). 2. Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3. *Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória.* Recurso especial desprovido.” (Respe 23851, Inaciolândia/GO, Acórdão nº 23851, de 17.03.2005, Rel. Desig. Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ 26.08.2005; RJTSE - *Revista de Jurisprudência do TSE*, v. 16, t. 3, p. 299)

operadas no instituto da inelegibilidade pela LC 135/2010. O precedente referido assentou que a prescrição da pena (prescrição da pretensão executória⁶) não extingue a inelegibilidade. A partir da data da ocorrência desse tipo de prescrição, começaria a fluir o prazo da inelegibilidade de 3 anos, antes da LC 135/2010, e de 8 anos, após sua vigência.

Esse tema revela problema recorrente constatado em inúmeros processos de registro de candidatura em todo o País. É tema carente de detida reflexão juspenal e suas consequências sobre o direito eleitoral, e, sobretudo, sobre a dogmática dos direitos fundamentais⁷, e, notadamente, sobre a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura.

Trataremos, então, da prescrição penal e suas consequências sobre o direito de candidatura. Veremos a diferença que se estabeleceu na jurisprudência eleitoral sobre os efeitos que se reconhecem na prescrição, antes ou depois do trânsito em julgado. Antes do trânsito: a prescrição da pretensão de punir = extinção de todos os efeitos, inclusive a inelegibilidade; depois do trânsito, a prescrição da pretensão executória da pena = somente alguns efeitos, permanecendo a inelegibilidade.

⁶ A diferença conceitual entre prescrição da “pretensão punitiva” e da “pretensão executória” é bem exposta no livro clássico de Damásio de Jesus: “Na *prescrição da pretensão punitiva*, impropriamente denominada ‘prescrição da ação’, a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo” (*Prescrição penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23). “Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito de punir concreto se transforma em *jus executionis*: o Estado adquire o poder-dever de impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal pelo Poder Judiciário. Pelo decurso do tempo o Estado perde esse poder-dever, *i.e.*, perde o direito de exercer a pretensão executória. Daí falar-se em *prescrição da pretensão executória*, impropriamente chamada ‘prescrição da pena’ e ‘prescrição da condenação” (Idem, p. 87).

⁷ Obras referência sobre direitos fundamentais na literatura brasileira: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. 279 p.; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 304 p.; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais – Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p. Vale destacar a primorosa e competente tradução feita por Virgílio Afonso da Silva, da obra clássica de Robert Alexy: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

A ilustrar nossa exposição, formulamos hipotético caso para atentarmos à gravidade das questões a serem solvidas, de *modo evolutivo*⁸, pela jurisprudência e doutrina eleitorais brasileiras.

A hipótese será a seguinte:

- *Heráclito* foi denunciado em 2002 por ter cometido crime em coautoria com servidora pública (*Amélia*), pelo tipo do art. 313-A do CP. Foram condenados em 2004 a 2 anos e 2 meses, sendo que a pena mínima (2 anos) fora elevada em face da continuidade delitiva. Somente os réus recorreram, transitando em julgado a condenação em março de 2004 para a acusação. Apreciados ambos os recursos de apelação e desprovidos em 2005, foi mantida a condenação tal qual dada em primeiro grau, apenas havendo um voto divergente, para retirar de Amélia a cominação de perda do cargo público.
- Amélia, então, interpusera embargos infringentes e de nulidade, que foram providos em 2006, para alijar, da sentença, a perda da função pública. Sobrevieram certidões nos autos atestando que para “as partes” transitara em julgado a condenação (em segundo grau) em maio de 2006 e, para acusação, em junho do mesmo ano.
- Baixados os autos para execução penal, o feito tramitou sem executar a pena, e, em sentença de agosto de 2014, foi reconhecida a extinção da pretensão executória por prescrição, que, segundo a sentença execucional, se operou em 02.07.2014.
- Segundo a jurisprudência eleitoral, a partir do Respe 23.851/2005, a inelegibilidade é efeito “secundário da condenação”, e não perde vigência com a prescrição da pena. Seus efeitos se iniciam a partir da data de ocorrência da prescrição da pretensão executória. Assim, para Heráclito, os 8 anos de inelegibilidade se estenderão de 02.07.2014 até

⁸ A evolução referida pressupõe um sentido, um caminhar: *evoluir* no sentido da Constituição, das garantias fundamentais, da preservação dos direitos fundamentais de voto e de candidatura, e não o retrocesso a reboque de discursos moralistas, que apregoam – sem o confessar – uma democracia sem voto, a infantilização do eleitor, a criminalização das candidaturas e uma intervenção por vezes excessiva dos juízes eleitorais, que, ao modo dos reis filósofos (Platão), dirigem as cidades, pela escolha dos seus governantes no lugar da soberania popular. Já bem desenvolvemos essa crítica em “Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica” (*Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22745>>. Acesso em: 5 out. 2012).

02.07.2022, em face da retroação da Lei da Ficha Limpa, que alcançaria as sentenças transitadas em julgado, mesmo as criminais⁹.

- Na eleição municipal de 2016, Heráclito resolveu candidatar-se a Vereador, já que seu processo remonta fatos de 14 anos, condenação há 12 e prescrição da pena há 2, parecendo-lhe não mais haver qualquer óbice ao direito político fundamental de candidatura, pois já pôde votar após a extinção da causa que gerara a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CF).
- Heráclito inscreve sua candidatura e o Ministério Público Eleitoral, pedindo aplicação do entendimento consolidado no TSE desde 2005, afora ação de impugnação ao argumento que estaria inelegível até 22.07.2022, com incidência do item 1, letra e, inciso I, do art. 1º da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010, por ter praticado crime contra o patrimônio público.
- Heráclito contrata advogado que deduz, em contestação, o seguinte:
 - 1) Prescrição penal, qualquer que seja (da punibilidade ou da pretensão executória), extingue todos os efeitos juseleitais da condenação penal. Normas penais materiais que não preveem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade. Inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena. Tema penal e tema eleitoral sujeitos à reserva de lei e lei qualificada, de atos normativos primários emanados do congresso nacional quanto aos efeitos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral. Jurisprudência assente do TSE que não se sustenta no direito positivo e cria efeito não previsto em lei. Elementos normativos a reclamar *overruling*. Necessidade de *distinguish* em face do conjunto normativo invocado não constante dos precedentes da Superior Corte Eleitoral. Flagrante inconstitucionalidade do entendimento consolidado. Desrespeito às regras hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade e restritiva em temas de restrições a direitos. Interpretação ordinária que

⁹ Vale lembrar a Repercussão Geral nº 860, que está a discutir o tema em ações eleitorais cíveis; todavia, com imediata, análoga e maior repercussão na seara juspenal-eleitoral. E a posição divergente de 7 ministros da Suprema Corte relativamente ao decidido nas ADCs 29 e 30, já registradas pelo Ministro Luis Roberto Barroso, na Reclamação nº 24.224-MC, julgamento monocrático de 23.06.2016.

- contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura. O devido respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Não incidência do art. 1º, I, letra *e*, item 1, da LC 64/1990 (alterada pela LC 135/2010).
- 2) Transcurso do prazo de 8 anos de inelegibilidade, tendo como marco o trânsito em julgado da condenação criminal. Impossibilidade jurídica de ter como marco a data em que se operou a prescrição da pretensão executória. Exaurido o tempo de restrição ao direito fundamental de candidatura, não incide o art. 1º, I, letra *e*, item 1, da LC 64/1990 (alterada pela LC 135/2010).
- 3) Inelegibilidade cominada em face de condenação criminal trântisa em julgado antes da positivação da Lei da Ficha Limpa. Prazo legal de 3 anos já expirado segundo a norma eleitoral revogada. Impossibilidade de extensão do prazo para 8 anos por força de lei nova após o trânsito em julgado das cominações¹⁰. Irretroatividade *in pejus*. Violação ao Pacto de São José da Costa Rica. Inconvencionalidade da retroação lesiva à liberdade política fundamental. Ofensa à coisa julgada criminal *in malan parte*. Inadmissibilidade. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30 do STF, que não trataram, especificamente, do aumento do prazo de pena de inelegibilidade em face condenação criminal. Posições atuais de 7 ministros (Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmem Lucia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Roberto Barroso) do STF contrária às conclusões do Relator das ADCs (Luiz Fux). Tema com Repercussão Geral Reconhecida nº 860. Julgamento iniciado no STF com 2 votos

¹⁰ O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina assim se pronunciou, em setembro de 2016, fixando a impossibilidade de retroação da lei ficha limpa:

“ELEIÇÕES 2016 - RECURSO ELEITORAL - DECISÃO INDEFERITÓRIA DO REGISTRO DE CANDIDATURA - INELEGIBILIDADE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME AMBIENTAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990, ART. 12, I, E, 3 - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA - FATO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO PRETÉRITA DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA REPRIMIDA - INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA RETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 INADMITIDA - HIPÓTESE CONCRETA, ADEMAIS, QUE JUSTIFICARIA O PROVIMENTO DO RECURSO, SEJA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, MENCIONADA EN PASSANT, OU PELO DECURSO DOS 3 (TRÊS) ANOS DA EXTINÇÃO DA PENA, APLICADA A LEI ANTIGA - PROVIMENTO DO RECURSO.” (Recurso Eleitoral nº 133-56.2016.6.24.0082, Registro de Candidatura, Inelegibilidade, 82ª Zona Eleitoral, Anchieta, Rel. Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos, Rel. Desig. Juiz Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu, Acórdão nº 31.616, de 22.09.2016)

favoráveis no sentido da tese defensiva. Decisões monocráticas dos outros 7 Ministros que a referendam. Não incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, letra e, item 1, da LC 64/1990 (alterada pela LC 135/2010).

- 4) Reconhecimento da prescrição da pretensão executória em termos mais favoráveis ao declarado na execução penal do impugnado. Questão de ordem pública. Possibilidade de conhecimento do tema no âmbito da justiça eleitoral apenas para afastar inelegibilidade, sem coisa julgada material para a justiça criminal¹¹. Ocorrência da prescrição da pena em 17.03.2008, e não em 02.07.2014. Prescrição da pretensão executória. *Dies a quo* contado a partir do trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, do CP). Precedentes de 2015 do STF no sentido de que antes do julgamento do HC 84.078-4, Relator Ministro Eros Grau, Julgado em 05.02.2009, como era possível a prisão-sanção antecipada mesmo na pendência de “recurso extraordinário”, poderiam e deveriam os órgãos

¹¹ Em processo de registro de candidatura que atuamos em 2016, aduzimos a mesma tese e o Juízo eleitoral de primeiro grau a acolheu para corrigir a data fixada no juízo de execução penal, deferindo a candidatura de nosso constituinte. Estamos falando de decisão de 08.09.2016 tomada pela 93ª Zona Eleitoral de Santa Catarina nos autos de Processo de Registro de Candidatura nº 45446.2016.624.0097. Houve recurso do Ministério Público Eleitoral. Em 28.09.2016, obtivemos decisão colegiada em revisão criminal (nº 4009207-53.2016.8.24.0000, TJSC) que corrigiu o marco temporal do juízo de execução penal para o mesmo sentido declarado na sentença deferitória do registro. E, por tal razão, em 30.09.2016, foi desprovido o recurso do *Parquet* pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (Acórdão nº 31.905).

Registramos que há posição contrária do TSE relativamente ao sentenciado na 93ª Zona Eleitoral de Santa Catarina:

“AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ORDINÁRIO - ELEIÇÕES 2014 - REGISTRO - DEPUTADO FEDERAL - INELEGIBILIDADE - ART. 1º, INCISO I, E, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990 - CRIME - JUSTIÇA COMUM - DECRETAÇÃO - PRESCRIÇÃO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL - EXTENSÃO - CORRÉU - ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - DESPROVIMENTO - 1. ‘Não compete à Justiça Eleitoral verificar a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da pena imposta pela Justiça Comum’ (AgR-RO 417432, Rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 28.10.2010).” (AgRg-RO 193206, São Paulo/SP, Relª Min. Luciana Christina Guimaraes Lóssio, J. 16.10.2014)

“AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ORDINÁRIO - REGISTRO DE CANDIDATURA - CONDENAÇÃO CRIMINAL - CRIME COMUM - ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL - 1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada. 2. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não compete à Justiça Eleitoral, ao analisar os processos de registro de candidatura, declarar extinta a punibilidade por prescrição da pretensão punitiva supostamente ocorrida em ação penal que tramita na Justiça Comum. 3. A alegação de prescrição virtual ou antecipada, além de não encontrar respaldo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se amolda ao conceito de fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade, previsto no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg-RO 94078, Belém/PA, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, J. 18.09.2014)

estatais promover a execução penal. Fatos, denúncia, sentença, acórdão e trânsito em julgado, todos ocorridos entre 2002 a 2006. Incidência do art. 112, I, do Código Penal. Extinção da pena que se deve contar com base na pena aplicada na sentença, mas sem o aumento da continuidade delitiva. Inteligência do art. 119 do CP e Súmula nº 497 do STF. Pena aplicada individual de 2 anos. Fluxo de mais de 4 anos entre o trânsito em julgado para a acusação (17.03.2004) e a data de 17.03.2008. Matéria de ordem pública cognoscível a qualquer tempo (art. 61 do CPP). Prescrição do *jus punitivonis* verificada em marco antecedente àquele fixado na execução penal. Precedentes do TSE. Doutrina de Marcos Ramayana. Consequente exaurimento do prazo de inelegibilidade 5 meses antes do registro de candidatura. Não incidência do art. 1º, I, letra e, item 1, da LC 64/1990 (alterada pela LC 135/2010). Improcedência da impugnação.

Nossa análise se prenderá ao primeiro e segundo argumentos da defesa de Heráclito, deixando o terceiro e o quarto à curiosidade do leitor e para um próximo artigo. Esses dois pontos argumentativos iluminarão nossa reflexão em torno do tema “prescrição da pena e inelegibilidade”.

Eles delimitam o que propomos como necessários *overruling's* na jurisprudência do TSE, em face do precedente Respe 23.851/05, que poderão se dar em uma de duas perspectivas:

- a primeira: evoluir para o entendimento que qualquer tipo de prescrição leva à extinção do efeito inelegibilidade;
- a segunda: mantida a distinção entre as prescrições penais e os seus efeitos sobre a elegibilidade, que se altere o marco temporal da contagem do tempo de inelegibilidade para a data do trânsito em julgado da condenação, e não mais persista a tese de que deve ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

Partimos das seguintes premissas no enfrentamento dos dois pontos que reclamam *overruling*¹²:

¹² Segundo o Jurista Lênio Streck: “*Overruling* ocorre quando um tribunal se dá conta de que tem de mudar sua jurisprudência. Deve demonstrar porque está assim agindo. Além de explicar as razões legais, deve dizer por qual prognose o faz. *Overruling* quer dizer: o caso ‘provocador’ deve ser um ‘caso’ que tenha o condão de provocar essa reviravolta”. (O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 8 set. 2016, 08:47h).

- a inelegibilidade é efeito primário da condenação, e não secundário;
- a prescrição, qualquer que seja - a da pretensão punitiva ou da pretensão executória -, é prescrição da punibilidade, portanto, extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;
- a distinção havida no direito eleitoral de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juselectorais ou juspenais, e nem mesmo em qualquer outro campo da ordem jurídica vigente.

1 PRESCRITA A PENA CRIMINAL, CESSA A INELEGIBILIDADE DIANTE DO DIREITO POSITIVO ELEITORAL E PENAL

Em nosso caso hipotético, Heráclito, desde a ocorrência da prescrição da pretensão executória, *não deveria estar inelegível*, eis que a prescrição, seja a da pena (da pretensão executória), seja a do poder de punir, afasta o efeito da condenação quanto à inelegibilidade, pois *extingue a punibilidade em todas as suas formas* - mesmo considerada essa restrição eleitoral como efeito primário ou secundário da sentença penal. A questão é que, para o direito positivo, prescrito o direito de punir ou de executar a pena (formas distintas de *prescrição da punibilidade*), não mais subsiste fundamento *para* inelegibilidade¹³.

Partimos da premissa normativa de que prescrição penal, qualquer que seja a sua espécie - a do direito de punir ou da pretensão executória -, extingue todos os *efeitos juselectorais* da condenação penal. A distinção havida na jurisprudência eleitoral do TSE, especialmente desde o Respe 23.851 (Rel. p/o Ac. Min. Carlos Velloso), de 17.03.2005, de que a prescrição da pena não elide a inelegibilidade, passando a fluir da sua ocorrência o período de restrição ao *jus honorum*, não tem apoio seja nas normas constantes do direito penal brasileiro, notadamente

¹³ É o que afirmava antigo julgado do TSE, após a reforma penal de 1984: “[...] Prescrita a execução da pena antes do início de seu cumprimento, não há falar na inelegibilidade a que se refere a letra *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/1990. A decretação da prescrição tem efeitos imediatos e repercute no processo de registro de candidatura em curso. [...]”. *NE*: Condenação com base nos arts. 304 e 297 do Código Penal, por porte de carteira de habilitação falsa (Ac. de 03.09.2002 no REspe 19.960, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira). E, também, o que afirmara um julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: “Recurso eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2008. Deferimento. Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, somente diante de sentenças condenatórias transitadas em julgado torna-se possível o indeferimento de pedidos de registro de candidatura. Ocorrência de extinção de punibilidade. *A prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória, é causa extintiva da punibilidade, consoante expresso no art. 107, IV, do Código Penal. A reabilitação alcança tão-somente as penas e os efeitos decorrentes do art. 92 do Código Penal. [...]*” (RE 3940, Araguari/MG, Acórdão nº 3233, de 03.09.2008, Rel. Renato Martins Prates).

no Código Penal (reformado em sua Parte Geral em 1984¹⁴), seja na legislação eleitoral, destacadamente na Lei de Inelegibilidades. O precedente Respe 23.851-TSE (e os posteriores, que o repetem) é desapegado do direito positivo, nele não encontrando raiz normativa ou origem lógico-dogmática.

E o *erro jurisprudencial* consolidado no TSE parte de dois equívocos de dogmática juspenal¹⁵:

¹⁴ Não desconhecemos que também havia esse entendimento jurisprudencial eleitoral sob a vigência da parte geral original do Código Penal de 1941. Todavia, a reforma dessa parte geral, feita pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984, sustenta as nossas assertivas, como veremos adiante. Vejamos o entendimento anterior à reforma juspenal dos anos 80:

“INELEGIBILIDADE - O CONDENADO POR DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO, AINDA QUE OBTENHA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EX VI DA PRESCRIÇÃO DA PENA, PERMANECE INELEGÍVEL ENQUANTO NÃO ALCANÇA A REABILITAÇÃO (ART. 119 DO CÓDIGO PENAL) - INTELIGÊNCIA DA ALÍNEA N DO INCISO I DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 5, DE 29 DE ABRIL DE 1970 - RECURSO ORDINÁRIO, A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (Recurso Ordinário nº 3407/SP, Rel. Min. Djaci Alves Falcão, J. 29.09.1970)

“DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO E DA CONDENAÇÃO - A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO EXCLUI A APRECIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRENDO ESTA NÃO SE PODE CONSIDERAR INELEGÍVEL O CANDIDATO.” (Recurso Especial Eleitoral nº 4587/SP, Rel. Min. José Francisco Boselli, J. 22.10.1976)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO MATERIAL QUANTO AO EXAME DE SENTENÇA CRIMINAL, CUJO EFEITO FOI O DE DECLARAR PRESCRITA A AÇÃO PENAL, E NÃO, SOMENTE, A PENA - RECONHECIDO QUE A SENTENÇA DECLAROU A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL, CONSIDERA-SE ELIDIDA A INELEGIBILIDADE - EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS.” (Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 5403, São Paulo/SP, Rel. Min. Evandro Gueiros Leite, Rel. Desig. Min. José Maria de Souza Andrade, J. 21.10.1982)

E, na transição, apontamos o seguinte julgado, após a reforma de 1984 e dois dias depois de promulgada a CF de 1988:

“ELEITORAL - INELEGIBILIDADE - CONDENAÇÃO POR DELITOS CONTRA A FÉ PÚBLICA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - REABILITAÇÃO - RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (DA AÇÃO PENAL) NÃO PODEM RESULTAR CONSEQUÊNCIAS DE QUALQUER ORDEM PARA O BENEFICIÁRIO - EMBORA O JULGADO ALUSIVO A CLADI DOMINGOS GRANDO HAJA DECRETADO A RENÚNCIA DO ESTADO A PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA, O CERTO É QUE, COM A REFORMA PENAL INTRODUZIDA PELA LEI Nº 7.209/1984, A HIPÓTESE SUBSUMIU-SE NA FIGURA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DA PRESCRIÇÃO DA PRÓPRIA AÇÃO (§ 1º DO ART. 110 E RESSALVA DO CAPUT DO ART. 109, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) - SUBSISTÊNCIA DO ART. 746 DO CPP QUE ESTABELECE O RECURSO *EX OFFICIO* DA DECISÃO CONCESSIVA DE REABILITAÇÃO - PRECEDENTE DA CORTE (AC. 8.237, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, REC. 6.340) - DEU-SE PROVIMENTO EM PARTE, AO RECURSO PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DOS CANDIDATOS A VEREADOR.” (Respe 7108/SC, Rel. Min. Sebastião Reis, J. 07.10.1988)

¹⁵ Ricardo Antunes Andreucci faz importantes observações que se amoldam à nossa perspectiva crítica relativamente à jurisprudência do TSE e a sua solução para o tema da “prescrição da pena e inelegibilidade”: “A jurisprudência registra hipóteses [...], demonstrando que nem sempre as lacunas

o primeiro é de considerar que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação, quando, em verdade, é efeito primário, tão primário que passou a fluir seu período inibitório, depois da vigência da LC 135/2010, a partir da condenação colegiada (tribunalícia ou do júri¹⁶), antes mesmo do trânsito em julgado. E com antecedência à própria suspensão dos direitos políticos (art. 15, III¹⁷, da CF), que, no regime original da LC 64/1990, só fluía após o cumprimento da pena, ou seja, quando tornavam a operar os direitos políticos, aí começaria o marco temporal de inelegibilidade. Esse efeito *inelegibilidade*, que decorre *ope legis*, anexo à sentença¹⁸, sem integrar quaisquer de seus capítulos

e antinomias são solucionadas com atendimento ao princípio da legalidade, porque, muitas vezes, termina-se criando situações nas quais se amplia o âmbito punitivo para além da mera descrição legal” (p. 18). “A lacuna, nestes termos, e nestes limites, operaria para além da reserva legal, não sendo solvida em benefício do acusado, mas em seu detrimento, criando limitações de direitos não previstas previamente em lei” (p. 20). “[...] as opções surgem sobre um hiato, sem que de modo direto, venham justificadas pela lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico, sendo capazes de ensejar a majoração das sanções [...], sem correspondência, pela ausência de previsão específica, ao dogma da *nulla poena sine lege*” (p. 21) (*Direito penal e criação judicial*. São Paulo, 1989. 103 p.).

¹⁶ “RECURSO ORDINÁRIO – ELEIÇÕES 2014 – DEPUTADO FEDERAL – REGISTRO DE CANDIDATURA – INELEGIBILIDADE – ART. 1º, I, E, 9, DA LC 64/1990 – CONDENAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – ÓRGÃO COLEGIADO DO PODER JUDICIÁRIO – DESPROVIMENTO – 1. A inelegibilidade do art. 1º, I, e, 9, da LC 64/90 incide nas hipóteses de condenação criminal emanada do Tribunal do Júri, o qual constitui órgão colegiado soberano, integrante do Poder Judiciário. Precedentes: Respe 611-03/RS, DJe 13.08.2013 e Respe nº 158-04/MG, PSESS 23.10.2012.” (Recurso Ordinário nº 263449, São Paulo/SP, Acórdão de 11.11.2014, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Relª Desig. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura)

¹⁷ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]. III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.”

¹⁸ Necessário lembrar Adriano Soares da Costa sobre a inelegibilidade como efeito incluso ou anexo às sentenças judiciais:

“[...] o legislador pôs na mesma norma, indistintamente, inelegibilidade decretada como conteúdo de uma decisão judicial (efeito inexo ou incluso) e inelegibilidade decorrente de efeito anexo ou exclusivo, aplicada *ope legis* como pena acessória [...].

[...] a inelegibilidade cominada é sanção que pode ser conteúdo ou efeito anexo da sentença. Em ambos os casos, a inelegibilidade é conteúdo ou efeito da sentença! [...]

Se o efeito é incluso à sentença, fazendo parte do conteúdo da decisão, é porque a inelegibilidade é efeito do fato jurídico ilícito, estando pois na relação de direito material, sendo constituída pela decisão judicial que primeiramente declarou que o ato ilícito se deu. Ou seja, a inelegibilidade se liga primeiramente ao ato ilícito, sendo constituída como sanção à sua prática. Assim, a questão fundamental é saber se ao tempo do fato a lei o previa como ilícito e se a ele cominava aquela sanção. Se a sanção

textuais, é tão primário que é o primeiro, em ordem lógica e cronológica, que sofre o cidadão, depois de condenado por órgão colegiado.

Efeito tão primário da condenação como o é a suspensão dos direitos políticos por força do art. 15, III, da CF. *Mas ainda mais primário do que esse, pois temporalmente o antecede. Ou melhor: a inelegibilidade vem antes do que a falta de condição de elegibilidade expressa na suspensão dos direitos políticos decorrente do trânsito em julgado da condenação criminal. Havendo decisão condenatória colegiada, nasce a inelegibilidade. Por sua vez, a suspensão dos direitos políticos, somente com o trânsito em julgado, entra em efeito no mundo jurídico, afetando o status activus do condenado.*

b) o segundo equívoco é o de afirmar que somente a prescrição do direito de punir extingue todos os efeitos da condenação, inclusive a inelegibilidade, *enquanto que a prescrição da pretensão executória não só faria subsistir a inelegibilidade como a partir de sua ocorrência começaria a fluência da limitação à capacidade eleitoral passiva.* E o TSE, segundo entendemos, o afirma sem sustento na ordem jurídica vigente, nas regras positivas de direito penal ou de direito eleitoral.

A lei penal ou a lei eleitoral não prescrevem que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação

derivar de lei posterior, aplicá-la seria dar-lhe efeito retroativo, revolvendo inconstitucionalmente o passado.

Diversamente, como efeito anexo da decisão judicial, a norma não desce aos fatos ilícitos mesmos, mas toma a decisão judicial sobre eles como ato-fato jurídico, sobre o qual faz incidir a inelegibilidade como efeito anexo. A questão jurídica seria diversa: não seria o caso de se olhar se o fato ilícito eleitoral foi anterior ou posterior à lei, mas sim se: (a) já há relação jurídica processual; e (b) se já há decisão judicial em que os efeitos da inelegibilidade serão anexados.

É evidente que a lei que criou a sanção como efeito anexo da sentença tenha que ser, para ter efeito, anterior à formação da relação processual, quando já estabilizada pela contestação (princípio da eventualidade). E com muito mais razão, é evidente também que não há como se soldar o efeito anexo a decisões já proferidas quando a lei nova ingressou em vigor. Nem em um caso nem no outro há possibilidade de aplicação da nova lei, salvo se for para lhe atribuir retroatividade." (Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 214)

criminal, ou afirmam que ela subsiste depois de reconhecida a prescrição, seja do *jus puniendi*, seja do *jus executionis poenalis*. Como um *mantra*, sem detida análise do direito positivo e da dogmática jurídica¹⁹, têm sido repetidas as premissas equívocas do Respe 23.851, mesmo depois da radical alteração sofrida pelo instituto da inelegibilidade com a LC 135, de 04.06.2010.

Vejamos as normas da legislação criminal²⁰ que regeram a condenação penal e os seus efeitos, assim como a prescrição da punibilidade – antes da sentença penal recorrível e depois da sentença penal transitada em julgado –, tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, e na Lei de Inelegibilidades e na Constituição da República:

Código Penal:

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Efeitos genéricos e específicos

¹⁹ Gustavo Bohrer Paim discorre sobre o papel da dogmática para a segurança jurídica no direito eleitoral, o que ilumina a nossa crítica e preocupação quanto ao tema em foco: “É pertinente que se assinala que, no direito eleitoral, a insegurança é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de *inteligibilidade do ordenamento jurídico*, retirando do Direito a sua função de orientação. [...] É importante, para a segurança jurídica, a existência de uma doutrina sólida, de profissionais do Direito que tornem mais claras as previsões legislativas e que, por sua postura crítica, diminuam o risco de arbitrariedades do julgador. [...] A dogmática contribui com a segurança jurídica. Quanto menos desenvolvida for a doutrina sobre determinado tema, maiores serão os riscos de decisões imprevisíveis, dependentes de fatos incontroláveis, visto que, quando não há uma dogmática precisa e coerente, a tendência é a de que haja uma resolução caso a caso de forma desconexa, muitas vezes, de forma contraditória, mitigando a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade” (*Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 23-24). Vale registra que esse ilustre autor foi eleito, no último domingo, Vice-Prefeito da cidade de Porto Alegre/RS.

²⁰ Atentar especialmente para as Leis nºs 7.209 e 7.210, de 07.11.1984. A primeira reformou a parte geral do Código Penal de 1941 e a segunda estatuiu a Lei de Execução Penal.

Art. 91. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 01.04.1996)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

[...]

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou preempção;

[...]

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime [...].

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008):

[...]

f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Lei de Execução Penal:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas

por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela LC 135/2010:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

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: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

[...]

Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...];

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 14. [...]

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

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

[...]

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

Da leitura dos enunciados normativos e da interpretação que se possa fazer deles, parece lícito afirmar:

- a) A prescrição extingue a punibilidade ao modo da *abolitio criminis*, e extingue todos os efeitos da condenação, *sejam eles genéricos ou específicos, secundários ou primários*.
- b) Há extinção da punibilidade que se dá antes da sentença definitiva e depois dela (art. 107, IV, do CP), preservando-se alguns efeitos condenatórios quando ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, efeitos esses estrita e expressamente discriminados na lei penal (arts. 91 a 93 do CP), que não incluem a inelegibilidade como efeito a ser preservado após o reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena.
- c) A LC 64 é de 1990 e o Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.268, de 01.04.1996, que institui limitação aos direitos de participação na coisa pública (espécie de direito político fundamental), quando positivou, no

art. 92, I, do CP, que efeitos da sentença penal fossem também a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que expressamente motivados na decisão. *Esses efeitos penais seriam preservados, mesmo após a reabilitação do condenado!*

- d) Na Reforma Legislativa de 1996 não se introduziu a inelegibilidade como efeito secundário da condenação ou mesmo se disciplinou a permanência de sua eficácia após reabilitação ou extinção da pena. E assim também não se fez com a Lei nº 7.209, de 07.11.1984. E a Lei de Inelegibilidade, tanto na redação original da LC 64/1990 quanto na da LC 135/2010, positivaram prazo tendo como termo limite 3 e 8 anos após o cumprimento da pena, e não de sua extinção pela prescrição.
- e) O art. 492 do CPP rege que a sentença poderá – *expressamente* – estabelecer os efeitos genéricos e específicos da condenação. Nada tratando sobre inelegibilidade que é efeito anexo *ope legem*, primário e imediato da condenação colegiada ou do trânsito em julgado, observados os crimes enunciados no art. 1º, I, e, itens 1 a 10, da LC 64/1990. O art. 202 da LEP prescreve, ao tratar do *cumprimento ou extinção da pena*, que, cumprida ou extinta a pena, não mais se fará referência à condenação, *exceto nos casos legais*.
- f) A Lei de Inelegibilidade considera o efeito temporal de inelegibilidade após o “*cumprimento de pena*”, e não de sua extinção por prescrição. O que pela redação vigente da LC 135/2010 não trará nenhuma facilitação à *impunidade eleitoral*, eis que desde a condenação colegiada está inelegível o condenado até o cumprimento da pena, e, depois, por mais 8 anos. Assim, não cumprida a pena por prescrição, restará o período de inelegibilidade fluído antecedentemente ao fato temporal que registra sua ocorrência – que vai da condenação colegiada, passa pelo trânsito em julgado e desse até a prescrição da pena criminal.

Revisemos nossa afirmação à luz do caso ficto de Heráclito: para ele já transcorreu a inelegibilidade – pela retroatividade da Lei da Ficha Limpa –, de maio de 2005 até julho de 2014 (mais de 9 anos inelegível, considerado o ano eleitoral de 2016). E pela *exegese (in)jurídica* do TSE, se estenderá até 2 julho de 2022, montando 17 anos de inelegibilidade, mais do que os 16 anos para

prescrição intercorrente, antes da sentença condenatória, regrado no art. 109, II, do CP²¹ para o tipo de condenação do art. 313-A do CP²².

a) *O tema do crime, da pena e de seus efeitos deve sempre estar sob reserva de lei, reserva de parlamento, como garantia fundamental penal* (art. 5º, XXXIX, da CF). E, no caso da inelegibilidade, *sob reserva de lei qualificada* (art. 14, § 9º, da CF)²³. *Deve estar previsto expressamente na lei os efeitos da condenação que se preservam após a extinção da pena.* E a *norma heterotópica penal* do art. 1º, I, letra e, da LC 64/1990 não estabeleceu que, *não cumprida a pena, haverá efeito de 8 anos após a data do reconhecimento da prescrição da pretensão executória.*

b) *O devido processo penal*²⁴ e o *devido processo eleitoral*²⁵ não podem validar a

²¹ “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010) [...] II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze.”

²² “Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

²³ Eneida Desiree Salgado, em seu clássico livro *Princípios constitucionais eleitorais* (2. ed. Belo Horizonte: 2015), ao dizer sobre o princípio da reserva legal em matéria eleitoral, notadamente em tema de inelegibilidade, esclarece: “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade” (p. 247-8). “Nas regras de disputa pelos cargos eletivos impõe-se uma reserva legal absoluta. Em matéria eleitoral - como no âmbito tributário e em Direito Penal - é possível se referir a um princípio de reserva parlamentar [...]. A Constituição expressamente se refere à reserva de lei complementar para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade (art. 14, § 9º) [...]” (p. 250). “A legitimidade para a restrição de direitos - direitos políticos, como a elegibilidade [...] - está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral” (p. 251).

²⁴ Obra referência sobre o devido processo penal é a de Nereu José Giacomolli: *O devido processo penal - Abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica* (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2014.

²⁵ E obra pioneira quanto ao devido processo eleitoral é a de Marcelo Ramos Peregrino (*O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa - Direitos políticos e inelegibilidades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Especialmente nos Capítulos 2, 4 e 6, nos quais aprofunda o conceito de *due process of law* e o correlaciona com temas centrais do direito eleitoral, sob os influxos do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência das Cortes Internacionais de Justiça. Vale sublinhar o subtítulo do Capítulo 6 “controle de convencionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 [Lei da Ficha Limpa] em face do devido processo convencional e dos direitos políticos”, em que analisa a

supressão da liberdade política de candidatura sem que a lei estabeleça, expressamente, que permanece o efeito inelegibilidade após a extinção da pena criminal por prescrição, por mais 8 anos.

- c) Na individualização em abstrato dos efeitos da condenação penal²⁶, no que toca à inelegibilidade e seu período de vigência para o condenado, não positivou o legislador congressual a permanência de sua eficácia após a extinção da pena pela prescrição, pressupondo claramente que apenas o efetivo cumprimento da pena ensejaria, depois, a fluência de mais 8 anos de inelegibilidade. Descartando-se, por exclusão, a permanência desse efeito na hipótese de extinção da pena por prescrição, pois aí não haverá cumprimento de pena.

Para aferirmos o fundamento do que afirmamos, revisemos o enquadramento dogmático que a doutrina juspenal brasileira faz dos enunciados normativos que tratam da condenação penal e seus efeitos.

Começemos com a advertência feita por Raul Zaffaroni e Nilo Batista:

É inquestionável que normas penais executivas não podem afetar garantias constitucionais, qualquer que seja a sua natureza, assim como que não pode faltar em qualquer legislação atual um conjunto de normas positivas que se relacionem com os diversos sistemas de penas, com os procedimentos de aplicação, execução ou cumprimento das mesmas [...].

[...] pois um poder punitivo que opere sem limites quanto ao tratamento, desde a condenação até a extinção da pena, implicaria plena arbitrariedade [...].²⁷

Sabe-se que a criminalização secundária e a prisão surtem *efeitos estigmatizantes e deteriorantes*; este dado da realidade impõe ao direito da execução penal, como função, reduzir ao mínimo tais efeitos.²⁸

ideia de procedimento, a proibição de retrocesso dos direitos políticos, a presunção de inocência e o devido processo convencional, as presunções, a retroatividade, a contagem dos prazos da inelegibilidade e a lei das inelegibilidades.

²⁶ Obra referencial para o assunto é a de Guilherme de Souza Nucci, *Individualização da pena* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 432 p.).

²⁷ Cf. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 298-9.

²⁸ *Idem*, p. 300.

Constituindo a execução penal um objeto distinto da declaração penal da sentença, que opera como simples limite máximo atualizado – ao longo de um processo – pela concreta intervenção executória, *é indispensável um controle judicial específico, que garanta ao condenado os direitos não atingidos pela pena privativa de liberdade...*²⁹

A doutrina de Fernando Capez, ao tratar dos efeitos da condenação penal, *não registra a inelegibilidade como efeito principal, secundário, extrapenal genérico ou específico*³⁰. Refere apenas a permanência dos direitos políticos como suspensos, enquanto durar o cumprimento da pena³¹. Capez ainda afirma que na ocorrência de prescrição da pretensão executória (PPE) permanecem todos os *efeitos penais secundários e extrapenais*. Todavia, não demonstra o fundamento legal para tal conclusão e nem esclarece quais seriam esses efeitos³².

Cesar Roberto Bitencourt afirma que

a sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência jurídica direta, a sentença condenatória produz outros tantos efeitos, ditos *secundários* ou *acessórios*, de natureza penal e extrapenal. *Os de natureza penal* estão insertos em diversos dispositivos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Os de natureza extrapenal encontram-se elencados nos arts. 91 e 92 do Estatuto repressivo, e são denominados *efeitos genéricos e efeitos específicos* da condenação [...].³³

Bitencourt ainda esclarece quais seriam os *efeitos extrapenais*, subdividindo-os em *efeitos genéricos*: a) tornar certa a obrigação de indenizar; b) perda em favor da união dos instrumentos e produto do crime³⁴; e *efeitos específicos*: a) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; b) incapacidade para o exercício do

²⁹ Idem, p. 301.

³⁰ *Curso de direito penal* – Parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 535-542.

³¹ Idem, p. 540.

³² Idem, p. 633.

³³ Cf. *Tratado de direito penal* – Parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 846.

³⁴ Idem, p. 846-7.

pátrio poder, tutela ou curatela; c) inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso. *Esse jurista também não inclui a inelegibilidade como efeito secundário da condenação. Sequer a refere ou a trata de qualquer forma em sua obra.*

Damásio de Jesus³⁵ *também não trata de inelegibilidade como efeito da condenação, seja ele primário ou secundário.* E, ao se ocupar, especificamente, da prescrição da pretensão executória da pena, afirma:

A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução das penas e da medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único), subsistindo as consequências de ordem secundária da sentença condenatória, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência (salvo o disposto no art. 64, I) etc.³⁶

Luiz Regis Prado³⁷, ao tratar sobre efeitos secundários penais, também *não inclui a inelegibilidade entre eles e sequer dela trata como efeito da condenação.* Classifica, como os demais, os efeitos secundários extrapenais, como os genéricos e os específicos, acrescentando que os efeitos genéricos independem da referência expressa na sentença³⁸. Todavia, aduz que os efeitos específicos devem ser nela motivados³⁹ (inclusos, inexas).

Regis Prado ao falar sobre a prescrição da pretensão executória, nada diz sobre o efeito inelegibilidade, o que pressupõe que para o direito penal este não prevalece quando houver extinção da pena:

Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, não se executa a pena imposta e tampouco a medida de segurança (art. 96, parágrafo único, CP), embora subsistam os efeitos penais secundários da condenação e os efeitos civis (art. 67, II, CPP).⁴⁰

³⁵ Em seu clássico *Prescrição penal* (13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

³⁶ *Idem*, p. 95.

³⁷ Cf. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, v. I, 2004.

³⁸ *Idem*, p. 723.

³⁹ *Idem*, p. 725.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

Cleber Masson⁴¹ repete as teses dogmáticas dos efeitos principais e secundários da condenação – secundários de natureza penal e secundário extrapenal –, e nada refere sobre a inelegibilidade como efeito secundário da pena⁴².

Julio Fabrini Mirabete também refere os efeitos penais secundários⁴³ e os efeitos extrapenais⁴⁴; todavia, igualmente, sequer trata de inelegibilidade como efeito da condenação ou lhe atribui efeito secundário da sentença condenatória.

Entre os eleitoralistas, Joel J. Cândido corrobora a nossa posição doutrinal:

Prescrição da pretensão executória – Antes do advento da Súmula n^o 9 do TSE, a prescrição da pretensão executória não impedia a inelegibilidade de que cogita esta alínea *e*. Vigente a Súmula n^o 9, como a extinção da pena impede a suspensão dos direitos políticos (que é o antecedente), inviabiliza, com muito mais razão, a inelegibilidade aqui cogitada (que é consequente). Mais a mais, esta inelegibilidade da alínea *e* pressupõe o cumprimento da pena, o que não ocorre na prescrição da pretensão executória. E por fim, pela redação daquele édito pretoriano se vê que para a suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade é irrelevante que permaneçam, na prescrição executória, os efeitos secundários da condenação.⁴⁵

Diante da revisão doutrinária que fizemos, é patente que as normas penais materiais de *nossa ordem jurídica* não preveem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade.

Também fica clara a inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena.

E sendo o tema penal dos efeitos da condenação e o tema eleitoral da inelegibilidade sujeitos à reserva de lei, e de lei qualificada, lei como ato normativo

⁴¹ *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Método Jurídico-Gen, v. I, 2010.

⁴² *Idem*, p. 762-3.

⁴³ Cf. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 342.

⁴⁴ *Idem*, p. 344-5.

⁴⁵ Cf. *Direito eleitoral brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 120.

primário emanado do Congresso Nacional e de seu processo legislativo, a jurisprudência não pode sustentar, *de per si*, sem chão normativo positivado, os efeitos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral, como seria a permanência da inelegibilidade após a decretação de extinção da pena.

Nossa crítica à jurisprudência consolidada pós-Respe 23.851-TSE é iluminada pelas advertências de Ana Paula de Barcellos⁴⁶. Assim, esse

⁴⁶ Em seu profundo estudo intitulado “Direito e política, silêncio do legislador, interpretação e analogia” (In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2015. p. 661-71): “Continua a ser vedado ao juiz, em um Estado Democrático de Direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais. Entretanto, quais são essas distinções e, portanto, quais os limites da atividade jurisdicional, em face do princípio da legalidade? Qual o ponto de equilíbrio?” (p. 662). “Os limites tradicionais que conduziam a atividade jurisdicional eram, e continuam a ser, os elementos semântico, histórico, sistemático e teleológico de interpretação. A decisão judicial deve se reportar a um texto normativo compreendido no sistema no qual se insere, tendo a Constituição em seu cimo hierárquico. Ainda que o texto não seja unívoco, não admitirá uma infinidade de interpretações, estabelecendo desde logo um campo máximo possível de sentidos. O intérprete submete-se ainda à finalidade pretendida pela norma, não necessariamente pelo legislador, embora o elemento histórico possa ser útil para a compreensão desse propósito” (p. 662). “Larenz, por exemplo, afirma que toda a interpretação de um texto há de iniciar-se com o seu sentido literal, pois uma interpretação que não se situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido” (p. 662). “A razão subjacente à assertiva supra pode ser resumida da seguinte forma. Em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Em um Estado Democrático de Direito, é preciso reconhecer e não asfixiar as margens de conformação legislativa, no âmbito das quais o legislador pode cristalizar, por meio da legalidade, as opções políticas explícitas da comunidade em um universo de alternativas possíveis. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua vinculação a decisões majoritárias” (p. 663). “Por outro lado, essa vinculação não haverá de ser apenas retórica ou formal. Ou seja: não basta a menção a um dispositivo qualquer – impertinente ou genérico – para que a exigência referida se encontre atendida. Na realidade, a decisão judicial precisa demonstrar a sua conexão com as decisões majoritárias em vigor e explicitar, de forma racional, suas escolhas, em especial nas hipóteses em que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico” (p. 664). “É possível afirmar que o limite entre a atuação do Legislativo e do Judiciário é delineado, como regra, pela vinculação da decisão judicial ao sentido possível de um texto normativo e do sistema no qual ele se insere, ou, dito de outro modo, por sua vinculação a uma decisão majoritária. No entanto, o que dizer da atividade jurisdicional quando o legislador não disciplinou determinado tema e está-se diante, portanto, do silêncio legislativo?” (p. 664). “Na linha do que se expôs [...] a decisão judicial respeita a legalidade na medida em que está vinculada de forma consistente e racional a uma decisão majoritária ou, de forma mais concreta e simples, a uma possibilidade de sentido de um texto normativo em seu contexto sistemático. E se não existir um texto tratando da matéria? E se

precedente que não se sustenta no direito positivo e cria efeito não previsto em lei, em decisão majoritária congressional, deve ser revisto.

Os elementos normativos que destacamos reclamam *overruling*. É necessário se fazer *distinguishing*⁴⁷ em face do conjunto normativo descrito, não constante dos precedentes da Superior Corte Eleitoral, notadamente na discussão havida no Respe 23.851-TSE.

Assim, damos por patente a inconstitucionalidade do entendimento consolidado, por olvidamento dos princípios constitucionais da reserva qualificada de lei penal-eleitoral e do devido processo legal, eis que as normas eleitorais e penais infraconstitucionais referidas estão a ser desconsideradas, em suas textualidades e juridicidades, pela exegese ainda vigente no TSE.

Além do problema normativo descrito, há desrespeito às regras hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade, e restritiva em temas de restrições a direitos.

Isso por que leis restritivas de direitos, lei continentais de restrições às liberdades, como são a LC 64/1990 e a LC 135/2010, responsáveis por instituir novas causas de inelegibilidades, devem ser interpretadas restritivamente⁴⁸,

não houve qualquer decisão política específica criando direitos ou obrigações de um determinado assunto?" (p. 665). "Até porque a ausência de regulamentação específica de uma matéria não significa um vazio jurídico: a ela se aplica o art. 5º, II, da Constituição. Nos termos do dispositivo constitucional, se uma conduta não é vedada pelo sistema jurídico, ela é lícita aos particulares, e se uma conduta não é considerada obrigatória, as pessoas estão livres para praticá-la ou não. Essa é a regra definida pelo próprio constituinte originário: diante de uma situação não especificamente regulada pelo Direito, essa a norma a ser aplicada. O silêncio legislativo, portanto, como regra, conduz à incidência do art. 5º, II, da Constituição, devendo aplicar-se o critério da liberdade [...]" (p. 666).

⁴⁷ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: "O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente" (*Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 326).

⁴⁸ Nesse sentido a jurisprudência eleitoral: "ELEIÇÕES 2014 - CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL - RECURSO ORDINÁRIO - REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO - INCIDÊNCIA NAS INELEGIBILIDADES DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEAS G E L, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990 - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - PROVIMENTO DO RECURSO - [...]. 8. [...]. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sobre fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dogmática de proteção dos direitos fundamentais" (TSE, RO 106738, Fortaleza/CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, 16.09.2014).

tendo em conta o *princípio de interpretação liberal*, inferível da obra clássica de Carlos Maximiliano⁴⁹.

A norma eleitoral do art. 1º, I, *e*, da LC 64/1990 – alterada pela LC 135/2010 – consagra restrição à elegibilidade, *pressiona, restringe*, comprime a liberdade positivada nos arts. 1º e 14 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Não é possível se interpretar o dispositivo legal do art. 1º, I, letra *e*, de modo a estendê-lo ao ponto de criar permanência de efeito penal após a extinção da pena. Se a norma eleitoral-penal refere “após o cumprimento de pena”, e a pena não sendo cumprida pela prescrição, não se pode ter por verificada a causa de inelegibilidade da alínea *e*. Era o que disse o voto vencido do Ministro Humberto Gomes de Barros no Respe 23.851: “A interpretação de S. Exa. [Ministro Carlos Velloso] alarga o âmbito do preceito cominatório, por isso prefiro me acomodar no alcance exato do dispositivo legal para acompanhar o eminente Relator [Ministro Caputo Basto]”.

O princípio constitucional da *separação de poderes* e a garantia fundamental da *legalidade*⁵⁰ devem inibir qualquer ação elastecedora do *moralismo hermenêutico*

⁴⁹ Cf. seu *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 426 p.: “Em regra, é estrita a interpretação das leis [...] punitivas” (p. 205). “*Estritamente* se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana [...]; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade” (p. 322). “*In dubio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est*: Na dúvida, pela liberdade! Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor” (p. 261). “Parecem intuitivas as razões pelas quais reclama exegese rigorosa, estrita, de disposições cominadoras de penas. [...]; por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o ímprobo não visado por um texto expresso” (p. 323). “A regra da exegese estrita [...] decorre [...] no preceito que manda não reconhecer crime ‘sem lei anterior que o qualifique’” (p. 324).

⁵⁰ Remetemos para nosso parecer sobre separação de poderes e legalidade: “Separação de poderes, legalidade administrativa e anuência legislativa para aquisição de imóvel por doação”. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 34, p. 235-265, 2005.

que procura corrigir decisão do legislador, elegendo critérios “morais”, extradireito positivo, para *alargar* a sua vontade ou mesma negá-la⁵¹.

E no Aresto nº 23.851, *em juízo moral, mas não de direito positivo*, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence (que se alinhou à maioria vencedora), se afirmou que “a interpretação beneficia quem não cumpriu a pena. [...] *O que impressiona é que o agente que, em função da fuga, não se submeteu à pena é beneficiado em relação àquele que cumpriu a pena*”.

E o derradeiro argumento do precedente, que sustenta a sua conclusão até hoje, caducou e não tem mais razão de ser depois da alteração operada pela LC 135/2010:

Afinal, *não se afigura razoável* dispensar tratamento diferenciado entre o condenado por crime contra a administração pública que cumpre pena ou as condições do *sursis* e aquele que a ela não se submete em razão da prescrição da pretensão executória, considerando o primeiro inelegível por três anos após o cumprimento da pena e o segundo elegível tão logo extinta a punibilidade.

Diante da lei positiva, penal e eleitoral, tal comportamento hermenêutico em matéria restritiva ao *jus honorum* não respeita os limites da atividade judicial e o círculo de garantias fundamentais em jogo, especialmente a dos direitos políticos fundamentais no que toca à liberdade de candidatura, ao *status activus*, que não pode ficar refém da moralidade *definida arbitrariamente*. O *direito fundamental de candidatura, no caso, deve receber interpretação que lhe confira a máxima efetividade possível* (J. J. Gomes Canotilho⁵²). A interpretação ordinária do Respe

⁵¹ Para o fundamento teórico de tais críticas indicamos o esclarecedor livro de Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico - Introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político* (São Paulo: Método, 2006. p. 90/94). E, em mesmo norte, nosso artigo “Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do ‘moralismo eleitoral’)” (*Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21674>>. Acesso em: 6 maio 2012). Leia mais em: <<https://jus.com.br/artigos/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral>>.

⁵² “Este princípio, também designado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...], sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1149)

23.851 contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura.

Essa exigência de máxima efetividade aos direitos fundamentais deve iluminar o respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Isso acentua a doutrina constitucional contemporânea⁵³ e a jurisprudência eleitoral começa a replicar suas preocupações⁵⁴. E, assim,

⁵³ Cf. GUEDES, Néviton. Dos direitos políticos – Artigos 14 a 16 da Constituição Federal. In: LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 654-689: “Os direitos políticos conformam, iluminam e restringem o significado de toda a ordem jurídica nacional e, como tal, vinculam não apenas os Poderes Públicos do Estado, como também os poderes privados [...]. Em relação a eles, portanto, também se pode afirmar que, da compreensão que *vinculam objetivamente* os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), impõem a todas as suas esferas não apenas um dever negativo de abster-se de intervenções *inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais* no âmbito de proteção das normas que asseguram direitos políticos, mas também se lhes impõe um dever positivo de tudo fazer e promover no sentido de conferir a máxima concretização e efetividade desses direitos, inclusive [...] *quando não se esteja diante de uma pretensão subjetiva do cidadão*. Em resumo, graças à sua condição essencial de direitos fundamentais, os direitos políticos condicionam e limitam *positiva e negativamente* as possibilidades de intervenção estatal, em quaisquer dos seus níveis e funções (administração, legislação e jurisdição), no que respeita ao âmbito de proteção das condutas por eles asseguradas” (p. 672).

⁵⁴ “RECURSO ELEITORAL – INSCRIÇÃO ELEITORAL QUE SE ENCONTRA SUSPensa EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL (CONDENAÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE) – DECISÃO DE RESCISÓRIA QUE AFASTOU A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – DIREITO AO VOTO – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CLÁUSULA PÉTREA (CF, ART. 60, § 4º, II) QUE SE SOBRELEVA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E DE HIERARQUIA INFERIOR – CONFERÊNCIA DE MÁXIMA EFETIVIDADE A DIREITO CONSTITUCIONAL – RESTABELECIMENTO DA CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA – LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO RELACIONADA À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS [...] – PROVIMENTO DO RECURSO.” (TRE/SC, Recurso Eleitoral nº 138-45.2016.6.24.0093, Classe 30, Acórdão nº 31.381, Rel. Desig. Juiz Rodrigo Brandeburgo Curi, 25.08.2016)

À constituição desse importante precedente, trabalhamos na qualidade de advogado do recorrente, aduzindo, entre outros, os seguintes blocos de argumentos recursais, assim ementados na petição de recurso inominado eleitoral:

– Da imediata eficácia da decisão de mérito proferida em ação rescisória que desconstituiu a pena de suspensão dos direitos políticos aplicada ao recorrente. Restabelecimentos dos direitos políticos que independem do trânsito em julgado da ação rescisória. Não compete à justiça eleitoral “avaliar” ou “homologar” as decisões advindas da justiça comum. Cabe-lhe apenas registrar as consequências advindas da comunicação de vigência ou revogação da pena de suspensão dos direitos políticos – se liminar monocrática em ação rescisória garante o direito de candidatura no processo de registro, com mais razão decisão colegiada final neste tipo de ação restitui o direito de voto em tema de alistamento eleitoral.

– O fechamento do cadastro eleitoral não pode impedir o exercício do direito de voto, pois apenas com um “clique” e uso do código adequado, pelo sistema eletrônico de controle, se desobstrui o nome no cadastro, que não está ausente do alistamento, mas apenas com a eficácia suspensa. O art. 91 da Lei nº 9.504/1997 não impede a situação do alistado com cadastro suspenso, mas apenas o acesso de

observando esses limites hermenêuticos e essas exigências da interpretação constitucional contemporânea, deve haver *overruling* no TSE, para se entender que qualquer que seja o tipo de prescrição, do direito de punir ou da pena, desaparece o efeito primário (ou secundário) da inelegibilidade.

2 INELEGIBILIDADE DEVE SER CONTADA DO TRÂNSITO EM JULGADO QUANDO HOUVER PRESCRIÇÃO DA PENA

Outro *overruling* que reclama a jurisprudência do TSE, caso não aceite a Suprema Corte Eleitoral a *proposição evolutiva* antes descrita, tendo em conta o mesmo Respe 23.851: o prazo de inelegibilidade de 8 anos, quando houver a extinção da pena, em face da nova redação da LC 135/2010 e as premissas do precedente, se deve contar a partir da data do trânsito em julgado da condenação criminal, e não como era antes de 04.06.2010 (entrada em vigor da lei da ficha limpa), a partir da extinção da pena por prescrição.

Ou seja: a jurisprudência corrente do TSE, antes da Lei da Ficha Limpa e após a sua vigência (sem reflexão sobre o que trabalhamos neste artigo), entende que da ocorrência da prescrição da pretensão executória, da data em que a mesma se consuma, começa a fluir o prazo de inelegibilidade de 8 anos.

Ora, tal forma arcaica de contagem do prazo tinha *discutível* razão de ser: a inelegibilidade como só se dava com o trânsito em julgado da condenação criminal, após o cumprimento da pena começaria a fluir o seu prazo de 3 anos, conforme a redação original da LC 64, de 1990:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena.

novos alistandos. A interpretação que deve prevalecer no caso é o da teoria dos direitos fundamentais que aponta os direitos políticos como os direitos que são a condição de protetividade de todos os demais direitos fundamentais, devendo se assegurar a eles a máxima efetividade possível.

Assim, de 1990 até 2010, por 20 anos, a fluência do prazo de inelegibilidade só iniciaria após o trânsito em julgado e depois do cumprimento da pena. Desse modo, durante a execução da pena, ficava o condenado sem *condição de elegibilidade*⁵⁵, pela suspensão dos direitos políticos⁵⁶. Concluída essa fase, a falta de condição de elegibilidade (com a extinção da pena pelo seu cumprimento), começaria a fluir o triênio de *inelegibilidade*.

No modo revogado de contar o termo inicial (o *dies a quo*) do prazo de inelegibilidade, esse começava a fluir restrição ao direito fundamental de candidatura depois de atendido dois requisitos: (i) *o trânsito em julgado da condenação* e (ii) *o cumprimento da pena*. Depois do cumprimento da pena, e somente depois, nunca antes, é que começaria a fluência da limitação ao *jus honorum* do cidadão condenado. Nessa forma de contagem decaída, para haver resultado útil de aplicação da Lei de Inelegibilidades, o prazo de impedimento de candidatura contava a partir da extinção da pena, seja pelo cumprimento, seja pela prescrição da pretensão executória.

Todavia, com a redação dada à LC 64/1990 pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), a inelegibilidade, para fluir, não necessita mais de trânsito em julgado da condenação. A sua fluência foi antecipada para um momento muito anterior ao do trânsito em julgado, *o da condenação colegiada por Tribunal de Apelação ou por Tribunal do Júri*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: [...]

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;

⁵⁵ Segundo Rodrigo López Zilio: “[...] as condições de elegibilidade não se confundem com as hipóteses de inelegibilidade, embora ambas possuam o mesmo efeito: o impedimento ao direito de concorrer a mandato eletivo. As condições de elegibilidade são requisitos que o candidato deve implementar para que possa concorrer nas eleições; as causas de inelegibilidade são impedimentos a capacidade eleitoral passiva, que podem anteceder, ou não, ao registro do candidato” (*Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 183).

⁵⁶ Cf. art. 14, § 3º, II, da CF: “São condições de elegibilidade, na forma da lei [...], o pleno exercício dos direitos políticos”.

[...].

A nova normativa fez não só aumentar o prazo de inelegibilidade (que, em 1990, era de 3 anos e, em 2010, passou a ser de 8 anos), como antecipou a sua fluência para momento anterior ao trânsito em julgado.

Assim, como foi alterado radicalmente o quadro normativo fixador do prazo de fluência de inelegibilidade, é razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação *pro homine*⁵⁷ – que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (o direito de voto e de candidatura) –, que, quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição da pretensão executória, se comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim da preclusão máxima – do trânsito em julgado. Pois só assim se observará melhor os direitos do réu, o *favor rei* e o *favor libertatis* no que toca ao *status activus* dos condenados penais.

Se não for assim, além da extensão do prazo de 3 para 8 anos, os condenados terão, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, *seja do legislador, seja do juiz, seja do administrador*.

Para aquilatarmos a irracionalidade do modo de se contar que caducou, devemos atentar para a doutrina de Adriano da Costa Soares⁵⁸, quando trata

⁵⁷ Para entendermos a aplicação desse princípio no plano do direito eleitoral imbricado com o direito internacional dos direitos humanos, necessário recorreremos à obra pioneira de Marcelo Ramos Peregrino, *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa – Direitos políticos e inelegibilidades* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015: “[...] neste chão dos direitos humanos, vige, como regra de maior valor hermenêutico, a preponderância da norma mais protetiva ao homem, do princípio *pro homine* ou *pro persona*, como se vê nos arts. 4º e 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) da Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [...]. A doutrina de André Carvalho Ramos aponta o desdobramento do princípio *pro homine* nas seguintes diretrizes: i) a interpretação sistemática de maneira a reconhecer os direitos inerentes, mesmo que implícitos [...]; ii) a interpretação das eventuais limitações ao direito devem ser restritivas; iii) uso nas hipóteses de omissões e lacunas” (p. 210-211).

⁵⁸ “Cunho a expressão *inelegibilidade processual* para denominar a inelegibilidade que decorre exclusivamente do ônus do tempo do processo, sendo a sua causa e razão de ser gerar uma sanção processual indireta pelo manejo de recursos inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), criando assim limitações gravosas e antidemocráticas ao pleno exercício da pretensão à tutela jurídica e ao livre acesso ao Poder Judiciário.

A *inelegibilidade processual* seria decorrente da decisão de órgão colegiado, enquanto durar o processo, sem direito a uma espécie de detração eleitoral para o cômputo da inelegibilidade material de 8 anos.

Essa *inelegibilidade processual* seria, portanto, um desestímulo ao uso dos meios recursais próprios, em

da “inelegibilidade processual” e o voto do Ministro Luiz Fux – vencido nesta parte –, ao sugerir detração de tempo de inelegibilidade no acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30⁵⁹.

verdadeira negativa de acesso ao Judiciário: recorrer seria um ônus insuportável para quem tivesse a inelegibilidade decretada por um órgão colegiado.

Sem juízo de constitucionalidade, se fôssemos aplicar a LC 135 a secas, teríamos alguns exemplos graves de inelegibilidade da LC 64/1990, com a redação da LC 135: art. 1º, I, e: soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo penal (inelegibilidade processual); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de natureza penal, decorrente da suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.

[...].

Note-se que, em hipótese de inelegibilidade decorrente de ilícitos não-eleitorais (condenação criminal transitada em julgado, *v.g.*), há agora a criação de uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual, como gravíssimo ônus para inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário e tornar inviável ou insuportável o manejo de recursos processuais, ainda que viáveis, firmes e sérios.

No caso da condenação criminal, se o recurso contra a decisão condenatória, proferida por órgão colegiado, tiver um resultado demorado (digamos, 5 ou 10 anos), a inelegibilidade processual, somada ao cumprimento da pena (acaso improvido o recurso) e à inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena, poderá levar a uma sanção total de inelegibilidade de mais de 30 anos, o que nada mais é do que o degredo político.

Aqui, parece-me, será o ponto correto a ser debatida a inconstitucionalidade da *inelegibilidade processual* sem que haja sequer uma detração, uma subtração daquela *inelegibilidade material de 8 anos*. O correto, o constitucional, seria a LC 135 ter previsto a aplicação da *inelegibilidade de 8 anos desde a decisão de órgão colegiado, como execução imediata*. Mas criar uma inelegibilidade de natureza meramente processual, como terrível ônus do processo, é uma solução legislativa fascista [...].

Desse modo, chamo a atenção para as seguintes conclusões: (a) a sanção de inelegibilidade pode ter execução imediata, desde a decisão de órgão colegiado, exceto nos casos proibidos pela Constituição (condenação criminal e improbidade administrativa); (b) a inelegibilidade processual, enquanto durar o tempo do processo, é inconstitucional, viola o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e impede o acesso frutuoso ao Poder Judiciário; e (c) a solução constitucional adequada teria sido a LC 135 ter previsto a execução imediata da inelegibilidade cominada potenciada de 8 anos (sem, portanto, postergá-la para o trânsito em julgado e absurdamente criando uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual).” (COSTA, Adriano Soares da. Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 202-203)

⁵⁹ *A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva.*

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

Não estamos a defender a justa detração do prazo de inelegibilidade do Ministro Luiz Fux e nem o reconhecimento da inconstitucionalidade da inelegibilidade processual, como propõe Adriano Soares da Costa. Nossa proposição é mais limitada, embora concordemos com ambos. Apenas propomos exegese que altere a jurisprudência consolidada do TSE⁶⁰ que fixa a contagem do prazo, quando da prescrição executória, a partir de sua ocorrência, o que pode ser muito depois do trânsito em julgado, marco temporal que entendemos conforme a ordem jurídica democrática.

Retomemos nosso caso ficto para vermos como, antecipado o prazo de contagem da inelegibilidade para o trânsito em julgado, se fará mais justiça ao cidadão condenado (e a toda a sociedade) do que na manutenção do desatual critério que leva em conta data da ocorrência da prescrição da pena. E veremos que o critério ainda em vigor, e que deve ser revogado por *outruling*, é ainda mais prejudicial ao acusado/condenado, caso a inelegibilidade continue a ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal.

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

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

Cumprido, destarte, proceder a uma interpretação conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea e como da alínea l do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.”

(Voto do Relator Ministro Luiz Fux, p. 39-40 do acórdão)

⁶⁰ “[...] 2. O prazo de inelegibilidade em hipóteses de crime contra o patrimônio público começa a fluir após a prescrição da pretensão executória. [...]” (AgRg-RO 6641, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Ac. de 01.02.2011) “[...] Registro de candidatura. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Crime contra a administração pública. Prescrição da pretensão executória. Incidência de inelegibilidade. Art. 1º, I, e, da LC 64/1990. [...] As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro. [...] 1. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC 64/1990 incide após a prescrição da pretensão executória. Precedentes do TSE. [...]” (REspe 32.209, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Red. Desig. Min. Joaquim Barbosa, Ac. de 06.11.2008)

“1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. nº 22.676, Rel. Min. Caputo Bastos). 2. Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3. Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória.” (REspe 23.851/GO, Red. p/o Ac. Mm. Carlos Velloso, DJ 26.08.2005)

Vejamos:

se a Lei da Ficha Limpa estabelece o critério de inelegibilidade desde a condenação colegiada, e o STF (ADCs 29 e 30) firmou que seu efeito é retroativo, alcançando o passado, então Heráclito estaria inelegível desde a confirmação de sua condenação pelo Tribunal em 28.06.2005, ou seja, já estaria sem elegibilidade há 11 anos (*prazo 3 anos superior ao tempo limite de inelegibilidade já transcorrido...*);

pelo entendimento jurisprudencial do TSE a ser superado, que conta a inelegibilidade até 8 anos após a extinção da pretensão executória, Heráclito ainda estaria inelegível até 02.07.2022 (por 17 anos e 5 dias), pois o Juízo Execucional Penal decretou a extinção da pena como ocorrida na data de 02.07.2014;

c) o critério que propomos é mais consentâneo à razoável duração do processo, ao respeito ao direito fundamental de candidatura, à razoabilidade, à proporcionalidade e ao devido processo legal, e por ele haverá outras datas de cessação da inelegibilidade a contar, então, do trânsito em julgado da condenação criminal. Se contarmos a data de trânsito para as partes, 29.05.2006, essa inelegibilidade de oito anos já teria concluído seu ciclo em 29.05.2014! Se contarmos o trânsito em julgado para a acusação, 23.06.2006, essa inelegibilidade expirou, assim, em 23.06.2014. Ou seja, por qualquer desses marcos de trânsito em julgado estaria elegível Heráclito para o pleito municipal de 2016.

A situação é tão paradoxal para o direito positivo e para a dogmática penal e eleitoral que, se tivesse Heráclito cumprido a pena tão logo baixado os autos para o juízo de execução penal (julho de 2006), pela regra de inelegibilidade vigente em 2006, que dava 3 de anos de óbice após o cumprimento da pena – 2 anos e 2 meses –, ele a teria cumprido em setembro de 2008, e, a partir

desta data, fluiria o prazo de 3 anos de impediência ao *jus honorum*, que teria findado em setembro de 2011.

Todavia, em face da retroação da Lei da Ficha Limpa, positivada pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^os 29 e 30/STF, esse prazo teria se estendido por mais 5 anos, o que levaria o termo final da inelegibilidade de Heráclito para setembro de 2016.

E, para o caso ficto, segundo o entendimento criticado do TSE, tendo se dado a prescrição da pena pela inércia dos órgãos judiciais e ministeriais encarregados de fazer cumprir a condenação penal⁶¹, essa inércia resultou em novo fardo para o condenado Heráclito, que verá estendido seu prazo de inelegibilidade até julho de 2022, ou seja, por mais 5 anos e 10 meses, em face da tese de que havendo a prescrição da pretensão executória, a partir de sua ocorrência, começa a fluência do período de inelegibilidade. A inércia estatal aumenta, ilegalmente e sem justificativa lógico-formal, o prazo de

⁶¹ Na Lei de Execução Penal se fixou quem são as autoridades encarregadas do processo executório criminal, seus deveres e poderes, bem como a natureza do rito e o modo de sua promoção. Não podendo transferir-se as responsabilidades “encarcerantes” para o condenado.

Na LEP, são órgãos da execução penal o Juízo da Execução e o Ministério Público (art. 61, incisos II e III). E se vê que compete ao juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; emitir anualmente atestado de pena a cumprir (art. 66, V, letra a, VI e X).

O Ministério Público deve fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Ao MP ainda incumbe requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (art. 67, II, letra a).

Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução (art. 147).

Cabe ao juiz da execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena (art. 149, I e II).

Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que vale como título executivo judicial, o Ministério Público deve requerer, em autos apartados, a citação do condenado para pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora (art. 164).

O procedimento correspondente às situações previstas na LEP é judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução (art. 194). O procedimento judicial inicia-se de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado (leia-se a vítima e seus familiares), de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa (art. 195).

inelegibilidade de Heráclito em mais 5 anos e 10 meses! Olvidando a legalidade, a extinção da punibilidade e a razoabilidade dos entendimentos judiciais.

E a desproporção – insistamos – de tal entendimento jurisprudencial fica ainda mais patente se atentarmos que, desde a condenação colegiada em segundo grau ou pelo Tribunal do Júri, estava inelegível Heráclito. E, enquanto recorreu, esteve inelegível. Ou seja, enquanto exerceu o seu direito de defesa, que se tornou ônus para ele, permaneceu inelegível. Transitada em julgado a condenação, agora a inércia dos órgãos de execução penal é também ônus para o condenado. A positivação de tal entendimento não encontra sustentáculo na ordem jurídica ou razão lógico-legal para ser mantida.

O critério de *discrímen*⁶² do legislador (art. 1º, I, letra *e*, da LC 64/1990) foi exasperado pelo *discrímen* do TSE no REspe 23.851/05, pois se, pela lei tomou-se o exercício do direito de defesa como fator discriminatório para *alongamento* do prazo de inelegibilidade, instituindo o que Adriano Soares da Costa nominou, criticamente, de inelegibilidade processual⁶³, que torna o termo final de impediência incerto (e desproporcional, como afirma o Ministro Luiz Fux); agora, não revogado o entendimento da Superior Corte Eleitoral, a inércia da acusação, do atuar de ofício do juízo de execução penal, é novo e duro ônus para o condenado, sem respaldo em lei ou na dogmática jurídica, seja a penal, seja a eleitoral. Para o TSE, o *discrímen* de sua regra remete ao agir das autoridades encarregadas da execução penal, e, se estas quedarem inertes, quem sofrerá as consequências é o condenado, e não a autoridade omissa.

Assim, antes do trânsito em julgado, a sua atuação era a sua cruz, agora, seu calvário se alonga pela inércia

⁶² Lembrando conceito de dogmática de Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu clássico *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 48 p.).

⁶³ Ver conceito descrito na nota de rodapé 60 deste artigo.

da jurisdição de execução penal. Discriminação jurídica sem respaldo constitucional ou legal.

E nem vale hoje, como não valia em 2005, a *ratio decidendi* do precedente Respe 23.851 de que a fuga do condenado o beneficiaria, pois está positivado entre nós que a fuga é fato jurídico para interrupção da prescrição⁶⁴.

CONCLUSÃO

O precedente Respe 23.851/05 deve ser revogado quando apontar no TSE caso próprio para *overruling*, e em seu lugar deverá ficar estabelecido, para o tema, o seguinte:

- (i) A inelegibilidade é efeito primário da condenação, e não secundário;
- (ii) A prescrição, qualquer que seja – a da pretensão punitiva ou da pretensão executória –, é prescrição da punibilidade; portanto, extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;
- (iii) A tese jurisprudencial do TSE de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juseleitorais ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo normativo da ordem jurídica vigente;
- (iv) Todavia, se persistir o entendimento de que, após a prescrição da pena, subsiste a inelegibilidade, o seu prazo deve ter como marco temporal inicial a data do trânsito em julgado da condenação, e não mais a data da ocorrência da prescrição da pena.

Assim será razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação *pro homine*, que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (do direito de voto e de candidatura), que, quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição, comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim do trânsito em julgado da condenação. Pois

⁶⁴ Código Penal:

“Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)”

“Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

[...]

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 01.04.1996)

[...]”

se observará melhor os direitos do réu, o *favor rei* e o *favor libertatis* no que toca ao *status actiouis* dos condenados penais. No modo decaído de contagem os sentenciados têm, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, *seja do legislador, seja do juiz*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 105 p.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo, 1989. 103 p.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política, silêncio do legislador, interpretação e analogia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2015. p. 661-71.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 500 p.
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016. 630 p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1150 p.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral 1*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 530 p.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 487 p.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – Introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. 320 p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 304 p.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22745>>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. Separação de poderes, legalidade administrativa e anuência legislativa para aquisição de imóvel por doação. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 34, p. 235-265, 2005.

_____. Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21674>>. Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: <<https://jus.com.br/artigos/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral>>.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal* – Abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2014. 406 p.

GUEDES, Néviton. Dos direitos políticos – Artigos 14 a 16 da Constituição Federal. In: LEONCY, Léo Ferreira et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 654-689.

JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 150 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 480 p.

MASSON, Cleber. *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Método Jurídico-Gen: Rio de Janeiro, v. I, 2010. 420 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 426 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 58 p.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. 274 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 432 p.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEREGRINO, Marcelo Ramos. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa* – Direitos políticos e inelegibilidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 410 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, v. I, 2004. 610 p.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte, 2015. 253 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 610 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. 279 p.

STRECK, Lênio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 8 set. 2016, 08:47h.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais – Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 580 p.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Vero Jurídico, 2016.

Submissão em: 07.11.2016

Avaliado em: 11.11.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.11.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 02.01.2017

