

ANTE A CONDENAÇÃO, NA PRESENTE AÇÃO PENAL, DE DETENTORES DE MANDATOS PARLAMENTARES, SEGUEM CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS, BEM COMO ACERCA DA PERDA DO MANDATO, EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO

**1. O processo constituinte do art. 55 da Constituição: a história da transposição do inciso VI (perda de mandato por condenação criminal) do § 3º (declaração da Mesa da Casa Legislativa) para o § 2º (decisão deliberativa da Casa Legislativa)**

No Anteprojeto do Relator da Subcomissão Temática (Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), não constava a hipótese, hoje prevista no inciso VI, de perda de mandato decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Da mesma forma, tal hipótese não chegou a constar do Anteprojeto da Subcomissão, não foi cogitada por nenhuma de suas Emendas e também não fez parte do Substitutivo do Relator ou das emendas a esse substitutivo. Nessa fase preliminar, a previsão de decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado a respeito da perda do mandato ficava restrita às hipóteses dos incisos I e II, que tratam das incompatibilidades com o exercício do mandato parlamentar e da quebra de decoro parlamentar.

A inserção do inciso VI, com a hipótese de perda de mandato por condenação criminal “definitiva e irrecorrível”, adveio apenas por meio do Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sem que se tenha previsto, porém, se sua efetivação dar-se-ia por meio de decisão das Casas Legislativas ou por mera declaração de suas Mesas. Coube à Comissão de Sistematização, no Primeiro Substitutivo do Relator, inserir esse inciso VI no § 3º, como caso de perda de mandato decidida por meio da mera declaração da Mesa da Casa respectiva.

Com essa redação final (condenação criminal definitiva como hipótese de perda de mandato a ser apenas declarada pela Mesa da Casa Legislativa), o Projeto A foi submetido ao Plenário em 1º turno. Foi nesta fase que o Constituinte Antero de Barros propôs a transposição do inciso VI do § 3º para o § 2º, com o objetivo de submeter a perda de mandato por condenação criminal à apreciação deliberativa do Plenário das Casas Legislativas. Eis o teor da emenda modificativa:

## “EMENDA MODIFICATIVA

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

“Art. 68...

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

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

## PARECER

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

Pela aprovação.”

*(fonte: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, - CEDI – Resultado de Pesquisa, Fase S: Emenda (2P) de Plenário – sem indicação de páginas).*

Alguns trechos dos debates constituintes expõem as justificativas para a transposição do inciso VI do § 3º para o § 2º do atual art. 55 da Constituição, como a seguir transcritos:

“O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – O texto proposto é de autoria do nobre Constituinte Antero de Barros, com destaque do Constituinte Fernando Lyra, que querem o preceituado no inciso VI, que se refere à perda de mandato de Deputado e Senador.

Diz o texto do inciso VI:

“Será cassado o mandato do Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal, em sentença definitiva ou irrecurável, pelo Supremo Tribunal Federal”.

O texto do “Centrão” estabelece que, na hipótese – como está escrito no § 3º. – quando houver condenação irrecurável, a Mesa da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, reconhece, homologa e ratifica essa situação da sentença que transitou em julgado – sentença irrecurável do Supremo Tribunal Federal. Querem os nobres autores que, havendo a sentença do Supremo Tribunal Federal, ainda seja suscetível de decisão por parte do Plenário, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Ou se mantém o texto, pelo qual a Mesa, de forma homologatória, reconhece a decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ou permanece a decisão pela Câmara ou Senado.

Há que se recordar também, – e todos sabem disso – que, pela sistemática adotada na hipótese, no elastério estabelecido, o processo contra Deputado e Senador depende de autorização da Câmara ou do Senado. Somente com autorização da Câmara e do Senado o processo poderá ir a julgamento no Supremo Tribunal Federal.

**O SR. PRESIDENTE** (Ulysses Guimarães) – Concedo a palavra ao nobre Constituinte Nelson Jobim, para encaminhar a votação

**O SR. NELSON JOBIM** (PMDB – RS. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o texto do projeto, no seu art. 66, enumera as hipóteses de perda de mandato de Deputado ou Senador, como segue: infringência das hipóteses do artigo anterior, ou seja, daquelas que aprovamos, de autoria do Deputado Egídio Ferreira Lima; procedimento considerado incompatível com o decoro parlamentar; o não-comparecimento às sessões; perda ou suspensão de direitos políticos; decretação da Justiça Eleitoral; condenação e sentença criminal irrecurável e definitiva, ou condenação em ação popular.

Portanto, são seis as hipóteses de perda de mandato. Nos §§ 1º e 2º do artigo se esclarece como ocorre a perda de mandato. Estabelecem esses parágrafos que, naquelas hipóteses de infringência das regras do artigo anterior, a perda do mandato será decidida pelo Plenário da Casa – Câmara ou Senado – como também, na hipótese de procedimento

incompatível com o decoro parlamentar, a decretação da perda de mandato será da competência do Plenário de cada uma das Casas. Já as hipóteses de não-comparecimento às sessões, perda ou suspensão de direitos políticos, decretação da Justiça Eleitoral e condenação criminal em ação criminal ou em ação popular, seriam da competência da Mesa de cada uma das Casas, com efeito meramente declaratório.

Propõe a emenda do eminente Constituinte Antero de Barros, destacada pelo nobre Constituinte Fernando Lyra, que, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, o ato seja da competência do Plenário e não da Mesa da respectiva Casa. Por quê? Porque o ato da Mesa é meramente declaratório da sentença judicial que implique perda de mandato. Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda: um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório

Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa. Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, e não teríamos uma imediatez entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto

Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado.

Este é o sentido do encaminhamento, Sr. Relator. Espero que abrace em seu parecer esta emenda.

**O SR. PRESIDENTE** (Ulysses Guimarães) – Concedo a palavra ao nobre Relator Bernardo Cabral.

**O SR. BERNARDO CABRAL** (Relator) (PMDB – AM. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, já por ocasião da publicação do parecer, em janeiro, a Relatoria foi favorável à emenda do eminente Constituinte Antero de Barros Salientava que a matéria deve ser posta à deliberação plenária, não se sujeitando à automática declaração dos membros da Mesa, embora compreensível quanto a este e outros fatos

Sr. Presidente, entendemos que o Plenário deve de manifestar. O Plenário é que deve julgar se um crime culposo, por acidente de trânsito, por atropelamento, implica perda de mandato parlamentar. Opino pela aprovação, Sr. Presidente.

**O SR. PRESIDENTE** (Ulysses Guimarães) – O nobre relator opina pela aprovação da proposição.” (fonte: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte, sexta-feira, 18 de março de 1988, p. 8601*)

.....

Dos debates ocorridos no âmbito da Comissão, também podem ser colhidos alguns trechos sobre a justificativa quanto à mudança do inciso VI do § 3º para o § 2º do atual art. 55 da Constituição:

.....

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

“Art. 64. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

.....

VI – que sofrer condenação criminal em sentença definitiva e irrecorrível, ou for condenado em ação popular pelo Supremo Tribunal Federal.”

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

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

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

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

**O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO:-** V. Ex.<sup>a</sup> tem razão.

Diz o art. 62:

“Art. 62. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

§ 7º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados sem prévia licença de sua Casa, salvo em relação a delitos praticados anteriormente.” (*Fonte: Assembléia Nacional Constituinte (Ata de Comissões) p. 732*).

.....

Assim, ao que tudo indica, quis o legislador constituinte estabelecer, como mais uma garantia do Estatuto Parlamentar (ao lado das imunidades formais e materiais), uma espécie de **duplo controle político da perda de mandato parlamentar por condenação criminal transitada em julgado**, que consistiria: 1) na autorização prévia da Casa Legislativa para instaurar a ação penal contra o parlamentar; 2) na deliberação da Casa Legislativa sobre a perda de mandato em hipótese de condenação penal transitada em julgado.

**2. A antinomia (em relação ao art. 15, III) e a incongruência na sistemática de perda de mandato (ante as hipóteses de perda de mandato por improbidade administrativa e por suspensão dos direitos políticos) geradas pela transposição do inciso VI do § 3º para o § 2º do art. 55**

Ao transpor o inciso VI (perda de mandato por condenação criminal) do § 3º (declaração da Mesa da Casa Legislativa) para o § 2º (decisão deliberativa da Casa Legislativa), o legislador constituinte acabou produzindo (ao que tudo indica de forma irrefletida e não intencional) uma real antinomia (em relação ao art. 15, III) e uma clara incongruência na sistemática de perda de mandato (ante as hipóteses de perda de mandato por improbidade administrativa e por suspensão dos direitos políticos).

Como se sabe, o art. 15, inciso III, da Constituição, estabelece a suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Essa é a regra geral, que prescreve a suspensão dos direitos políticos como efeito automático da condenação criminal transitada em julgado. Assim, não é necessário que a decisão judicial disponha especificamente sobre a pena de suspensão dos direitos políticos, bastando que o juízo penal comunique a decisão condenatória à Justiça Eleitoral para as providências cabíveis.

Configura-se, assim, uma antinomia entre o art. 15, inciso III, e o art. 55, inciso VI e § 2º, da Constituição: o art. 15, inciso III, prescreve a suspensão dos direitos políticos como um efeito automático de toda condenação penal transitada em julgado, e o art. 55, inciso VI e § 2º, estabelece que a perda do mandato parlamentar, na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, fica condicionada ao controle político das Casas Legislativas.

A antinomia fica ainda mais evidente, gerando uma completa incongruência na sistemática de perda do mandato parlamentar, quando se leva em consideração que o próprio art. 55, em seu inciso IV, estabelece a hipótese de perda do mandato decorrente da **suspensão dos direitos políticos**, a qual ocorre por incidência do inciso III do art. 15 (condenação criminal transitada em julgado) e deve ser apenas declarada pela Mesa das Casas Legislativas, conforme preceitua o § 3º do art. 55.

A incongruência também decorre de a decisão condenatória da Justiça Eleitoral – por **captação ilícita de sufrágio** (art. 41-A da Lei 9.504/97), por exemplo – poder gerar a perda do mandato parlamentar, bastando, nessa hipótese, a declaração da Mesa da Casa Legislativa. Também no caso de decisão judicial condenatória por ato de **improbidade administrativa**, cuja pena seja a suspensão dos direitos políticos, há

previsão de perda do mandato, por incidência do já citado inciso IV do art. 55 da Constituição.

De todo modo, a falta de racionalidade do sistema torna-se patente ao se constatar que a exigência de decisão deliberativa das Casas Legislativas quanto à perda do mandato na hipótese de condenação criminal apenas atinge Deputados Federais, Estaduais, Distritais e Senadores, **não valendo para Vereadores, nem mesmo para os Chefes do Poder Executivo** (conforme decidiu o próprio STF no RE 225.019), que igualmente são mandatários eleitos diretamente pelo voto popular.

Atualmente, a **Lei da Ficha Limpa** (LC 135/2010) estabelece que a condenação criminal por órgão colegiado impede que o cidadão se candidate a cargos políticos. O substrato ético é semelhante àquele adotado pelo art. 15, III, que considera o indivíduo condenado criminalmente inapto para o exercício pleno dos direitos políticos. Assim, a incongruência também fica transparente aqui, se considerarmos que o cidadão condenado criminalmente em segunda instância fica inelegível e que, por outro lado, determinada categoria de mandatários políticos, mesmo que condenados em ação penal transitada em julgado, não deixam de exercer plenamente o mandato.

### **3. Não há jurisprudência do STF sobre o tema, mas apenas discussões em *obiter dictum***

O STF não possui entendimento jurisprudencial firme e pacífico sobre o tema. No RE 179.502 (*DJ* de 8-9-1995), no RE 225.019 e no RE 418.876, a Corte chegou a discutir o problema e, na linha do voto proferido pelo Min. Moreira Alves, entendeu-se que a antinomia entre os dois preceitos referidos há de ser resolvida pelo critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites do seu âmbito, a *lex generalis*, sendo certo, portanto, que o art. 15, III, contém princípio geral de aplicação imediata, e que o art. 55, § 2º, é norma especial aplicável somente aos parlamentares. Assim, o entendimento que prevaleceu naquelas ocasiões determinava a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação. Excepciona-se a situação dos parlamentares, para os quais a suspensão dos direitos políticos está condicionada à decisão da casa legislativa (art. 55, § 2º).

Embora o tema tenha ficado assim definido no Supremo Tribunal Federal, é importante destacar a posição vencida, esposada pelos Ministros Sepúlveda

Pertence e Marco Aurélio, no sentido da não aplicabilidade automática do art. 15, III da Constituição Federal.

Na ocasião, o Min. Pertence ponderou que, ao se indagar sobre a aplicabilidade imediata do art. 15, III, deve-se partir da verificação de que, “no art. 55, para o fim de perda do mandato parlamentar, distinguiram-se a hipótese de suspensão de direitos políticos — quando a perda do mandato pende apenas de um ato declaratório das Mesas das Casas do Congresso Nacional — da de perda do mandato legislativo por condenação criminal — quando dependerá a cassação de decisão constitutiva da Casa Legislativa, assegurando amplo direito de defesa ao condenado, a afastar, portanto, qualquer ideia de automaticidade”. Considerou-se que não se coaduna com o sistema da Constituição a tese de que qualquer condenação criminal importa imediata suspensão de direitos políticos, aduzindo-se, ademais, que a matéria está a merecer regulação legislativa que especifique os crimes que ensejam a grave sanção política em questão. Nesse sentido, também a orientação perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio:

“Há de vir a lei que especifique os crimes que ensejam, uma vez sobrevindo condenação, a suspensão em comento, valendo notar, também, que o aconselhável seria a previsão no próprio título criminal (...) A definição dos crimes capazes de ensejar a drástica consequência, que é a suspensão dos direitos políticos, não pode ficar sujeita à formação humanística e profissional do julgador. É preciso que venha um diploma legal que, potencializando certos interesses da sociedade, revele quais os crimes que, imputados e extremos de dúvida via sentença condenatória coberta pelo manto da coisa julgada, ensejam a suspensão dos direitos políticos”<sup>1</sup>.

Assim, tendo em vista o posicionamento referido, parece recomendável que o Tribunal rediscuta a delicada controvérsia suscitada.

#### **4. Os métodos de interpretação na jurisprudência do STF para resolver problemas decorrentes de defeitos lógicos do sistema normativo constitucional (lacunas e antinomias)**

A consideração da Constituição como norma (um dos traços mais característicos do constitucionalismo atual) deve vir acompanhada da percepção de que o documento constitucional também pode padecer de defeitos lógicos presentes em

---

<sup>1</sup> RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 8-9-1995. Cf., sobre a mesma controvérsia, o MS 25.461, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29-6-2006.

qualquer sistema normativo. Existem dois tipos principais de “defeitos lógicos do sistema normativo” constitucional (Carlos Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires; Astrea): as **lacunas** (que afetam o ideal de completude do sistema) e as **antinomias** (que afetam a coerência do sistema normativo).

**O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar alguns casos de lacunas constitucionais, adotando, para a solução desse problema, interpretações de tipo harmonizador ou conciliador dos diversos princípios e valores constitucionais em jogo, de modo a conformar um sistema normativo constitucional consistente e coerente.**

O caso mais recente e emblemático ocorreu no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, em que o Tribunal, identificando uma **lacuna axiológica** no art. 226, § 3º, da Constituição (cuja expressão literal permite apenas a união estável entre homem e mulher), proferiu uma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos valores da igualdade (entre casais heterossexuais e homossexuais) e da liberdade (de escolha quanto à sexualidade), para atribuir à união homoafetiva os mesmos efeitos jurídicos das uniões heterossexuais.

A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.289<sup>2</sup> mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um “pensamento do possível”, tal como concebido no pensamento de Peter Häberle, para se resolver o problema da **lacuna constitucional** que se colocava no caso. A ementa do julgado assim deixou consignado o resumo da decisão do Tribunal:

“ Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. **Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”**. 8. **Lacuna constitucional**. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada”. (grifado)

A Constituição brasileira, em seu art. 94, prescreve que um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais e Estaduais será composto de membros do Ministério

---

<sup>2</sup> STF, Pleno, ADI-EI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003.

Público e de advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. No caso, o Supremo Tribunal enfrentou a questão de saber se, ante a inexistência temporária de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal Regional do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional. **O Tribunal procurou adotar solução que propiciasse, na maior medida possível, a realização dos princípios constitucionais em questão**, permitindo a participação de membros do Ministério Público na composição do Tribunal trabalhista. Ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do denominado “quinto constitucional”, **o Tribunal chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais.**

No Brasil, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira, tal como anotado na decisão do STF. Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchem o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, atendeu-se a outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabariam por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha.

Portanto, entre as interpretações cogitáveis, aquela que mais se aproxima desse “pensamento do possível”, na espécie, é exatamente a perfilhada na decisão do STF, que, como se vê, **logra realizar os princípios em eventual tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional**, ou seja,

respeita o princípio do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, a qual, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo.

Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. **Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, adotou-se aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando-se o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.**

Não é difícil encontrar outros exemplos do “pensamento do possível” na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma “*situação jurídica ainda constitucional*” relativamente a algumas normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no Recurso Extraordinário 135.328<sup>3</sup> e consolidado no Recurso Extraordinário 147.776<sup>4</sup> parece aquele que melhor expressa **a ideia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar a interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.**

A ementa do acórdão no RE 147.776 revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do “pensamento constitucional do possível”:

“Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328); processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a

---

<sup>3</sup> STF, Pleno, RE nº 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.6.1994.

<sup>4</sup> STF, Pleno, RE nº 147.776-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19.5.1998.

constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328” (RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390).

Também aqui se identificou uma lacuna no texto constitucional, que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas, não ressaltou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional – ausência de cláusula transitória –, especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria. Destarte, a justificativa para a manutenção do direito pré-constitucional fez-se com base numa disposição transitória implícita, que autorizava a aplicação do modelo legal pré-constitucional até a completa implementação do novo sistema previsto na Constituição.

Assim, também na citada decisão na ADI 1.289 pareceu legítimo ao Tribunal admitir que a regra constitucional continha uma lacuna: a não regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. E, tal como demonstrado, a aplicação que menos se distancia do sistema formulado pelo constituinte parece ser aquela que admite a composição da lista com procuradores do trabalho que ainda não preenchem o requisito concernente ao tempo de serviço. Assegurou-se aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

Outros exemplos de aplicação do pensamento do possível são encontrados na jurisprudência do STF.

Na Suspensão de Segurança 3.154<sup>5</sup>, entendeu-se que, num quadro fático extraordinário, em que as finanças do Estado-membro estejam em colapso, a interpretação da garantia do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos estaduais, segundo um pensamento de possibilidades, enseja a alternativa de prorrogação excepcional e momentânea, por alguns dias, de parte do efetivo pagamento da remuneração. Isso porque a eficácia plena da norma constitucional dependeria de um estado de normalidade das finanças estaduais. Entendeu-se, assim, que, sem desbordar dos parâmetros constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade, pode o Estado, sem reduzir o valor específico da remuneração, prorrogar, por alguns dias, parte do pagamento, ante absoluta impossibilidade financeira.

No Mandado de Segurança 26.690<sup>6</sup>, o Tribunal, mais uma vez, deparou-se com a ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações não abrangidas por novos preceitos constitucionais. No caso, questionava-se a possibilidade de que membro do Ministério Público estadual pudesse participar de concurso público para cargo no Ministério Público Federal, sem preencher o requisito constitucional de três anos de atividade jurídica. Na hipótese, o novo requisito constitucional de três anos de atividade jurídica havia sido implementado pela Emenda Constitucional 45/2004, após a aprovação da candidata no concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual. No entanto, quando a mesma candidata pretendeu realizar concurso público para o Ministério Público Federal, já estava vigente o novo requisito constitucional. O Tribunal encontrou-se então diante de situação singular, em que um membro do Ministério Público Estadual não poderia, em princípio, participar de certame público para preencher vaga no Ministério Público Federal. A solução encontrada foi interpretar a nova norma constitucional levando em conta a excepcionalidade da situação, ocorrida em momento de transição constitucional, o que requereria a aplicação de um típico pensamento do possível, tal como já feito pelo Tribunal no citado julgamento da ADI 1.289. Assim, entendeu o Tribunal que, diante da notória contradição fática surgida em momento de transição de regimes jurídicos, e tendo em vista o princípio da isonomia aplicável, na espécie, para igualar a situação dos

---

<sup>5</sup> STF, Presidência, SS n° 3.154-6/RS, Rel. Min. Presidente, julg. 28.3.2007.

<sup>6</sup> STF, Pleno, MS n° 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, julg. 3.9.2008.

membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, submetidos que estão a um mesmo regime constitucional (art. 128 da Constituição), a solução mais consentânea com a ordem constitucional seria a permissão excepcional para que a candidata participasse do concurso mesmo sem preencher o requisito constitucional dos três anos de atividade jurídica.

**5. A solução para a antinomia entre o art. 15, III, e o art. 55, VI, § 2º, deve advir de uma interpretação harmonizadora fundada no substrato axiológico (ética e moralidade na política) das normas constitucionais sobre o tema (art. 14, § 9º, art. 15, III e V, art. 55, IV, V e VI, e art. 37, §4º), na linha das técnicas interpretativas adotadas na jurisprudência do STF**

No julgamento do RE 179.502, a tese do Ministro Moreira Alves, que recebeu o aval da maioria, adotava uma solução de tipo lógico-formal para resolver a antinomia referida, baseando-se na técnica geral de resolução de conflitos normativos entre normas de mesma hierarquia: *lex speciali derogat lex generali*. Assim, para o Min. Moreira Alves, o inciso VI e o § 2º do art. 55 configurariam norma especial, de aplicação específica para os parlamentares, em relação à norma geral do art. 15, III, da Constituição.

Pode-se dizer que o Min. Moreira Alves acertou ao identificar a antinomia normativa (aparente) entre o art. 15, III, e o art. 55, VI e § 2º, mas acabou adotando uma solução de tipo lógico-formal que não resolve a incongruência existente na sistemática da suspensão dos direitos políticos e da perda de mandato de parlamentares. Como visto no tópico anterior, para esse tipo de “defeito” existente no sistema normativo constitucional, tal como as lacunas (normativas e axiológicas), **o Supremo Tribunal Federal tem adotado soluções conciliadoras ou harmonizadoras do sistema normativo, partindo, para tanto, de princípios e valores que informam todo o sistema normativo em questão.**

Assim ocorreu na ADI 1.289, em que o Tribunal partiu de um “valor ímpar nas sociedades pluralistas”, que é o da composição plural dos órgãos judiciais. Da mesma forma, a Corte, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, para resolver o problema da lacuna axiológica identificada no art. 226, § 3º (união estável entre homem e mulher), realizou uma interpretação sistemática do texto constitucional, partindo dos

valores da igualdade (entre uniões heterossexuais e homossexuais) e da liberdade (de escolha sexual). Outros casos estão explicados no tópico anterior.

Assim, no presente caso, para solucionar a antinomia verificada no art. 15, III, e no art. 55, VI e § 2º, o Tribunal, seguindo a linha interpretativa adotada em outros vários casos presentes na jurisprudência, deve encontrar o substrato axiológico que informa tanto o sistema que normatiza a perda e a suspensão dos direitos políticos (art. 15, art. 37, §4º), como aquele que informa a sistemática de perda do mandato parlamentar (art. 55), além das normas que condicionam a plena fruição dos direitos políticos, como a do art. 14, § 9º, que serve de fundamento para a atual Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), que impede a candidatura de cidadãos condenados criminalmente ou por ato de improbidade administrativa em segunda instância.

**O valor que informa esses sistemas normativos – isto é, as normas constitucionais sobre o tema (art. 14, § 9º, art. 15, III e V, art. 55, IV, V e VI, e art. 37, § 4º) – é, certamente, o da *ética ou moralidade na política*. O fundamento dessas normas constitucionais é o de que os cidadãos que venham a ser condenados (definitivamente, com decisões transitadas em julgado) criminalmente ou por atos de improbidade administrativa não devem participar da gestão da coisa pública – por isso é também um fundamento *republicano* – e, dessa forma, não podem ocupar cargos públicos, especialmente os de caráter político. Aqueles que, condenados criminalmente ou por improbidade, ainda não ocupam esses cargos públicos não podem sequer se candidatar a ocupá-los, pois o art. 14, § 9º, e a atual Lei da Ficha Limpa os tornam inelegíveis. E aqueles que já os ocupam devem imediatamente deixar os cargos, com a perda de mandato decorrente da suspensão dos direitos políticos que decorre desse tipo de condenação, conforme preceituam os artigos 15, III, e 55, IV e VI, para as condenações criminais, e os artigos 15, V, e art. 37, § 4º, para os casos de improbidade administrativa.**

Não se trata, portanto, de uma mera questão de se verificar a compatibilidade do exercício prático da função pública ou política com o cumprimento da pena criminal ou por improbidade. **Mesmo que a condenação não gere penas privativas de liberdade (crimes de menor potencial ofensivo), ou mesmo nas hipóteses de suspensão condicional da pena, pode o cidadão ficar impedido de participar da gestão da coisa pública, enquanto durarem os efeitos da condenação.**

## **6. Como devem ser interpretados e aplicados os arts. 15, III, e 55, VI e § 2º**

Reconhecida a antinomia existente entre os arts. 15, III, e 55, VI e § 2º, da Constituição, e assentada a premissa de que a interpretação do texto constitucional deve observar as exigências de ética e moralidade política decorrentes do princípio republicano (considerado estruturante de nossa ordem jurídica), pode-se propor solução que melhor harmonize os preceitos e valores em exame.

Para tanto, cumpre lembrar que decisão emanada da Justiça Eleitoral que condene congressista por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da LC 64/90) gera a perda do mandato parlamentar e deve ser cumprida imediatamente, restando à Casa legislativa a prática de ato meramente declaratório. De modo semelhante, a condenação por improbidade administrativa em sentença que preveja fundamentadamente a aplicação da pena de suspensão de direitos políticos também leva à perda do mandato parlamentar, competindo à Câmara respectiva apenas a declaração correspondente. Ambos os casos decorrem da aplicação da Constituição Federal e das leis que a regulamentam.

Causa perplexidade a constatação de que a condenação criminal de parlamentar, transitada em julgado, não gera a perda automática do mandato, a qual dependerá de deliberação da Casa legislativa a que o condenado pertencer, provocada pela Mesa diretora ou por partido político representado no Congresso Nacional, com votação secreta e mediante decisão da maioria absoluta dos membros da respectiva Câmara.

### ***a) Um passo adiante no desenvolvimento da jurisprudência do STF sobre o tema e a exceção referente aos crimes que contêm a improbidade administrativa como elementar do tipo***

A análise dos debates referentes à aprovação desse texto demonstra a racionalidade que guiou os constituintes originários. Temiam eles, com razão, que a condenação criminal de parlamentar pelo cometimento de delitos como os de trânsito, ou de bagatela, por exemplo, pudesse gerar a suspensão dos direitos políticos com a consequente perda do mandato. O mesmo poderia ocorrer em outros crimes,

normalmente não relacionados à atividade pública por eles exercida, que, em geral punidos com penas alternativas não impeditivas do exercício de suas tarefas parlamentares, pudessem culminar com a perda do mandato eletivo que lhes foi outorgado por vontade popular soberana.

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

*“Isto significa que qualquer parlamentar, federal ou estadual, condenado por crime doloso (queria dizer culposos), por acidente de automóvel, por um caso criminal de vias de fato, condenado a pena alternativa, pode ter seu mandato cassado. É absurdo.”* (grifei)

Com isso, a redação final da Constituição de 1988 trouxe a regra geral prevista no art. 15, III c/c o art. 55, IV e § 3º, no sentido de que ocorrerá a suspensão dos direitos políticos com a *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*. A regra geral, todavia, seria excepcionada nos casos de condenação criminal de parlamentares. Essa posição foi adotada pelo STF, em tese capitaneada pelo Min. Moreira Alves, nos julgados dos Recursos Extraordinários 179.502, 225.019 e 418.876.

A argumentação centrou-se na ideia de haver uma antinomia constitucional que deve ser resolvida pelo critério da especialidade, de modo que o art. 15, III, seria considerado a norma geral, e o art. 55, VI e § 2º, a norma especial, aplicável somente aos membros do Congresso Nacional e, por extensão, aos deputados estaduais e distritais (art. 27, § 1º, CF). Ressalte-se que, segundo a jurisprudência desta Corte, mencionada acima, tal dispositivo não se aplica aos vereadores, bem como não é aplicável ao próprio Presidente da República.

A solução proposta por Moreira Alves baseou-se na relação lógico-formal entre as normas constitucionais, mas outra corrente formou-se no Tribunal, muito embora vencida. Os ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio afirmavam que a disposição do art. 15, III, da Constituição não possui eficácia plena e, portanto, não seria aplicável a toda condenação criminal. Nesse sentido, na mesma linha do Constituinte Oswaldo Lima Filho, citado acima, argumentavam que nem toda condenação criminal poderia gerar a suspensão dos direitos políticos e exemplificavam com os crimes de bagatela, que não geram a privação da liberdade. Pertence salientava a necessidade do advento de legislação disciplinadora do art. 15, III, da Constituição.

Esse raciocínio levou Pertence a sustentar que uma interpretação razoável não pode afirmar, por um lado, que o art. 55, VI e § 2º, cria privilégio para os parlamentares, e, por outro, assentar que sua aplicação não pode permitir que um membro do Congresso Nacional continue a sê-lo, muito embora tenha suspensos os direitos políticos. Pertence afasta o critério lógico-formal aplicado por Moreira Alves para solucionar a antinomia e procura resolver o impasse a partir de uma interpretação seguidora da lógica do razoável, atenta ao contexto político. Confira-se trecho de seu voto:

*“Em síntese, parti da verificação de que, no art. 55, para o fim de perda do mandato parlamentar, distinguiram-se a hipótese de suspensão de direitos políticos – quando a perda do mandato pende apenas de um ato declaratório da Mesa das Casas do Congresso Nacional – da de perda do mandato legislativo por condenação criminal – quando dependerá a cassação de decisão constitutiva da Casa Legislativa, assegurado amplo direito de defesa ao condenado, a afastar, portanto, qualquer idéia de automaticidade.*

*Esse contencioso parlamentar seria de pomposa inutilidade, com todas as vênias, se toda condenação criminal – fosse ela pelo crime de sono, de adultério ou de lesões corporais culposas por imperícia – devesse levar à suspensão de direitos políticos e, conseqüentemente, à perda do mandato parlamentar, eis que dificilmente, se conceberia um sistema constitucional*

*onde o mandatário político pudesse continuar a sê-lo, embora despido de direitos políticos”.*

**Para Pertence, portanto, a Casa legislativa deliberaria sobre a perda do mandato apenas nas hipóteses, que deveriam ser definidas em lei, de condenação por crimes considerados leves ou não relacionados com o exercício do múnus parlamentar. Nas demais hipóteses, a perda do mandato seria consequência direta da suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, c/c art. 55, IV e § 3º).**

A partir das referidas posições defendidas nesta Corte é que se deve caminhar para propor uma solução que procure compatibilizar as regras constitucionais em colisão.

O princípio hermenêutico da unidade da constituição recomenda que o intérprete considere a Constituição na sua globalidade, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas em jogo. Aliado aos princípios do efeito integrador, da máxima efetividade e, especialmente, da concordância prática, que impõe a conciliação dos bens jurídicos em conflito, de modo a evitar-se o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, pode-se vislumbrar o caminho para uma interpretação sistemática e adequada do texto constitucional (**CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1223/25**).

De acordo com o princípio da concordância prática (*Prinzip praktischer Konkordanz*), na formulação de Konrad Hesse, os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de forma que um não anule a validade de outro. Ao ocorrer algum conflito, a ponderação de valores desses bens não pode sacrificar a validade de um em detrimento do outro. É preciso, nesses casos, elaborar um exercício de otimização, de harmonização prática, e estabelecer limites aos bens conflitantes, de modo que ambos consigam alcançar a melhor efetividade possível. Essa ponderação deve ser feita no caso concreto e com base no princípio da proporcionalidade. (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p.28).

**Por essa razão, a solução que se afigura constitucionalmente adequada deve evitar sacrifícios de bens jurídicos de elevada estatura, tais como a isonomia, o princípio republicano, a moralidade e a probidade no trato dos negócios públicos, bem como não deve permitir que normas constitucionais restem esvaziadas em seu conteúdo.**

A partir disso, devo relembrar que uma **sentença, de natureza civil, condenatória de parlamentar por improbidade administrativa, com previsão expressa de pena de suspensão dos direitos políticos, gera a perda automática do mandato legislativo, que apenas deverá ser declarada pela Mesa da Casa a que o congressista pertencer, ao passo que uma condenação criminal transitada em julgado, pela interpretação de Moreira Alves, não possui o mesmo efeito. Nesse caso, a perda do mandato dependerá de deliberação da Câmara respectiva.**

Essa disparidade de tratamento leva a um paradoxo maior ainda se considerarmos a condenação por cometimento de infrações eleitorais, que também levam à perda do mandato (art. 55, V, CF), e a aplicação da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que considera inelegíveis os candidatos condenados em órgão colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa, ainda que sem o trânsito em julgado.

Além de uma série de condutas vedadas relacionadas aos pleitos (arts. 73 a 78, da Lei 9.504/97), a legislação estabelece infrações eleitorais cujas penas podem gerar a perda do mandato são aqueles que se relacionam à origem dos valores pecuniários que financiam as campanhas, com a prática de abuso do poder econômico ou político em detrimento da liberdade de voto, sempre buscando proteger a normalidade e legitimidade das eleições (**art. 19, caput, e parágrafo único, da LC 64/90**).

É certo que nesses casos a perda do mandato ocorrerá como consequência da cassação do registro ou do diploma do candidato beneficiado eleitoralmente pelas práticas ilícitas, nos termos do inciso XIV do art. 22 da LC 64/90, com a redação alterada pela LC 135/2010:

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do

representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, **cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade** ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (grifei)

Nota-se que há uma evidente contradição em nosso sistema jurídico, tal como vem sendo interpretado. Condenações proferidas por órgãos colegiados, ainda que não transitadas em julgado, e que muitas vezes dizem respeito a ilícitos cíveis ou administrativos, podem ter como consequência a perda do mandato; por outro lado, pela interpretação dada aos dispositivos constitucionais em tela, nenhuma condenação criminal de parlamentar, transitada em julgado, terá, por si só, os mesmos efeitos.

Nos casos das infrações eleitorais, apesar da evidente contradição exposta, pode-se argumentar que o fundamento da perda de mandato está em que a prática ilícita vicia o próprio pleito eleitoral, a vontade dos eleitores, de modo que a cassação do registro ou do diploma do candidato é que significará, caso já empossado no cargo eletivo, a perda de seu mandato.

Nos casos de improbidade administrativa, todavia, não há qualquer situação especial. Aliás, tal como exposto acima, o ato de improbidade administrativa é considerado um ilícito civil ou administrativo em nossa ordem jurídica, porém a comparação entre as hipóteses de improbidade e os diversos crimes previstos em nosso Código Penal, bem como na legislação extravagante, demonstra que em muitas situações a improbidade está contida, como elementar do tipo, em vários crimes positivados.

**Isso quer dizer que nos crimes que visam a tutelar a probidade na Administração, a improbidade administrativa é elementar do tipo. Ou seja, o crime é um *plus* em relação ao ato de improbidade, o qual está contido no tipo.**

**Assim, o cometimento de certos delitos pressupõe logicamente a prática de atos de improbidade administrativa, conforme demonstrado na tabela transcrita abaixo.**

Assim, por meio de interpretação lógico-sistemática que evite contradições na aplicação da Constituição, considero que, **pelo menos nos casos de condenação criminal transitada em julgado por crimes nos quais a improbidade administrativa esteja ínsita nos respectivos tipos penais, o Poder Judiciário poderá aplicar o art. 15, III, c/c o art. 55, IV, e § 3º, culminando com a perda do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos, a qual deve apenas ser declarada pela Casa legislativa.**

Isso porque a improbidade administrativa está evidentemente relacionada a alguns crimes (v.g. os crimes contra a administração pública). Aliás, pode-se afirmar com tranquilidade que o desvalor relativo à improbidade está contido nos tipos contra a administração. Desse modo, o cometimento de improbidade administrativa está logicamente inscrito na condenação de parlamentar por crime contra a administração pública.

Assim, pode-se considerar que **a condenação criminal de parlamentar transitada em julgado apenas gerará a perda do mandato em razão da suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, c/c o art. 55, IV, e § 3º) nos casos em que a decisão judicial condenatória englobar expressamente a improbidade administrativa como decorrência lógica da decisão (o que certamente ocorre nos crimes contra a administração pública).**

**Para demonstrar a viabilidade da interpretação proposta, note-se a amplitude da disciplina dos atos de improbidade administrativa trazida pela Lei 8.429/92 e as respectivas correspondências com tipos penais positivados, que contêm em si a improbidade, como elementar de cada tipo:**

“CAPÍTULO II  
Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I  
Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento  
Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego

ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

**Confira-se o quadro comparativo entre as hipóteses de improbidade listadas acima e os respectivos crimes que as contêm como elementares de seus tipos:**

Art. 9 Lei 8.429/92	Lei Penal	
<p>I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;</p>	<p>Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.</p>	
<p>II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;</p>	<p>Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.</p>	
<p>III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;</p>	<p>Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.</p>	

Art. 9 Lei 8.429/92	Lei Penal	
<p>IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;</p>	<p>Peculato Contudo, jurisprudência e doutrina controvertem sobre a tipicidade do peculato de uso.</p>	
<p>V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;</p>	<p>Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.</p>	<p>Facilitação de contrabando Art. 318 do CP Facilitar, com infração do dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334)</p>
<p>VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p>	<p>Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.</p>	<p>Art. 96 da Lei de Licitação Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.</p>

Art. 9 Lei 8.429/92	Lei Penal	
VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;	Conduta, em princípio, atípica. Eventualmente pode haver subsunção a crime contra ordem tributária.	
VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;	Corrupção passiva Art. 317 do CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.	
IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;	Advocacia Administrativa Art. 321 do CP Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.	
X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;	Corrupção passiva qualificada Art. 317, paragrafo primeiro, do CP. A pena é aumentada de 1/3 se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.	

Art. 9 Lei 8.429/92	Lei Penal	
<p>XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p>	<p>Peculato Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.</p>	
<p>XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.</p>	<p>Peculato Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio</p>	

## Seção II

### Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

**Confira-se o quadro comparativo entre as hipóteses de improbidade listadas acima e os respectivos crimes que as contêm como elementares de seus tipos:**

art. 10 Lei 8.429/92	Lei Penal	
I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;	Peculato Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio	
II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;	Peculato Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio	
III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;	Peculato Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio	
IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;	Peculato-desvio Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.	Pode incorrer em crime previsto na lei de licitação, p.e.: art. 89 (dispensa ou inexigibilidade de licitação), frustração ou fraude ao processo licitatório (art. 90), possibilitar vantagem (art. 92).

art. 10 Lei 8.429/92	Lei Penal	
V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;	Peculato-desvio Art. 312 do CP Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.	Pode incorrer em crime previsto na lei de licitação, p.e.: art. 89 (dispensa ou inexigibilidade de licitação), frustração ou fraude ao processo licitatório (art. 90), possibilitar vantagem (art. 92), fraude (art. 96).
VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;	Art. 359 - A do CP Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa. Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: I - com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; II - quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.	
VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;	Art. 319 do CP Prevaricação Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.	A tipicidade penal depende da elementar: <b>satisfazer interesse ou sentimento pessoal.</b>
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;	Art. 89 e 90 da Lei de Licitação - L. 8.666/93.	

art. 10 Lei 8.429/92	Lei Penal	
IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;	Art. 359-B (inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar), Art. 359-C (assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura), Art. 359-D (ordenação de despesa não autorizada)do CP	
X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;		Conduta atípica
XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;	Emprego irregular de verbas ou rendas públicas Art. 315 do CP Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.	
XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;	Peculato (art. 312 do CP) ou prevaricação (art. 319 do CP)	
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.	Peculato (art. 312 do CP) ou prevaricação (art. 319 do CP)	

art. 10 Lei 8.429/92	Lei Penal	
XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; <a href="#">(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)</a>		Conduta atípica
XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. <a href="#">(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)</a>		Conduta atípica

### Seção III

#### Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

**Confira-se o quadro comparativo entre as hipóteses de improbidade listadas acima e os respectivos crimes que as contêm como elementares de seus tipos:**

Art. 11 Lei 8.429/92	Lei Penal	
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;		
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;	Prevaricação Art. 319 do CP Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.	A tipicidade penal depende da elementar: <b>satisfazer interesse ou sentimento pessoal.</b>
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;	Violação de sigilo profissional Art. 325 do CP Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação.	
IV - negar publicidade aos atos oficiais;		Se a publicidade vier a frustrar procedimento licitatório, poderá subsumir aos crimes da lei de licitação. Crime de responsabilidade.
V - frustrar a licitude de concurso público;	Crimes da lei de licitação: vg. art. 89 e 90	
VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;		Crime de responsabilidade (art. 9 da Lei 1.079/50)

Art. 11 Lei 8.429/92	Lei Penal	
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.	Violação de sigilo profissional Art. 325 do CP Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação.	Fraude em certames de interesse público Art. 311-A Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

O Judiciário deve fazer um exame que considere as hipóteses de improbidade acima referidas e os crimes que possivelmente as contenham em seus respectivos tipos. Tal elenco deve ser considerado para a decretação da perda do mandato nos casos de condenação criminal por delitos cujos tipos penais contenham a improbidade, o que deverá ser feito por meio de um cotejo analítico entre o tipo penal e as hipóteses de improbidade elencadas acima.

Desse modo, **garante-se efetividade ao princípio republicano, ao da moralidade pública e ao da isonomia, bem como às decisões do Supremo Tribunal Federal; ao mesmo tempo, preserva-se amplo campo de aplicação à norma contida no art. 55, VI, e § 2º, da Constituição, tendo em vista que as Casas legislativas deliberarão sobre a perda do mandato em todas as hipóteses de condenação criminal transitadas em julgado decorrentes de crime outros que não aqueles de maior potencial ofensivo ou que contenham em seus respectivos tipos a improbidade administrativa da conduta, em todos os casos com fundamentação expressa na decisão condenatória.**

**Nunca é demais lembrar que essa solução procura prestigiar a norma constitucional que requer a deliberação das Casas legislativas sobre a perda do mandato parlamentar nos casos de condenação criminal transitada em julgado, uma vez que essa competência continuará a ser exercida pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal relativamente a diversos outros crimes passíveis de cometimento por parlamentares.**

Assim, a regra do art. 55, VI, e § 2º, da Constituição permanece íntegra em seu conteúdo e aplicável às hipóteses de condenação criminal imaginadas pelos constituintes originários quando de sua aprovação (crimes de menor potencial ofensivo, em geral).

*b) A preservação do controle político do Parlamento sobre o andamento do processo judicial*

**Deve-se salientar, ainda, que o controle político do processo judicial contra parlamentares permanece nas mãos do Congresso Nacional, cujas Casas sempre poderão sustar o andamento da ação penal antes do advento de decisão definitiva, nos termos do art. 53, § 3º, da Constituição, com a redação dada pela EC 35/2001.**

**Após a EC 35/2001, o Congresso perdeu a prerrogativa de autorizar o processamento de parlamentares. Todavia, o Constituinte derivado atribuiu ao Parlamento, até a decisão final do processo, o relevante poder de sustar o andamento de ações penais contra parlamentares.**

**Por essa razão, a interpretação aqui proposta, além de preservar conteúdo normativo ao disposto no art. 55, VI, e § 2º, CF, não retira o controle político que o Congresso Nacional exerce sobre o andamento do processo judicial.**

*c) A colaboração entre as interpretações constitucionais oriundas do STF e do Congresso Nacional*

**Reforça a minha convicção de que a interpretação ora proposta é a que melhor concilia e harmoniza os dispositivos e valores constitucionais em conflito, o fato de o Congresso Nacional ter aprovado nova redação do art. 92, do Código Penal, por meio da promulgação da Lei 9.268/96, que assim dispõe:**

“Art. 92. São também efeitos da condenação:

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

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

Note-se que essa redação do Código Penal constitui interpretação da Constituição levada a efeito pelo Poder Legislativo. Toda criação de Direito, ensinava Kelsen, é também aplicação do Direito. O legislador interpretou a Constituição e a aplicou ao aprovar essa nova redação do art. 92, do CP, a qual faz uma interpretação compreensiva do texto constitucional, que coincide com aquela que proponho neste voto.

A Exposição de Motivos encaminhada pelo senhor Ministro de Estado da Justiça, Nelson Jobim, ao Presidente da República, com o intuito de que fosse exercido o direito de iniciar o processo legislativo, que culminou com a aprovação da referida alteração ao Código Penal, demonstra que, no caso em exame, a interpretação proposta nesse voto está em consonância não apenas com a do Poder Legislativo, mas também com a do Poder Executivo, que enviou o projeto de lei ao Congresso Nacional. Confirma-se trecho da exposição de motivos enviada ao Presidente da República:

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

O limite mínimo de um ano da pena aplicada, para a ocorrência da perda do cargo, função ou **mandato, é plenamente justificável se considerarmos que para o grave crime de corrupção passiva é cominada a pena mínima de um ano de reclusão.** O abuso de poder e a

violação dos deveres funcionais constituem práticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo da Constituição. Assim sendo, quem revelar tal forma de conduta hostil à confiança depositada pelo Estado ou pelo eleitor, não poderá exercer tais múnus.

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

A leitura do trecho transcrito acima evidencia que os Poderes da República, pelo menos nesse aspecto, não estão em conflito, antes adotam posições convergentes.

Ademais, a proposição iniciou seu trâmite pela Câmara dos Deputados (PL 726/95), onde foi aprovada, no ponto que interessa, sem quaisquer emendas. O Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara foi o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, cujo parecer ressaltou a matéria. Na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, relatou o projeto o saudoso Senador Josaphat Marinho. No Senado Federal, a proposição foi aprovada sem emendas.

Não há qualquer dúvida, portanto, acerca da convergência das legítimas vontades emanadas tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. Cumpre, assim, também ao Supremo Tribunal Federal interpretar adequadamente a Constituição.

Se, no **tocante à hipótese** de improbidade (alínea *a* do inciso I do art. 92 do CP), o quadro comparativo transcrito acima demonstrou a pertinência da interpretação proposta, nos casos de aplicação de penas privativas de liberdade superiores a 4 (quatro) anos, a gravidade dos delitos justifica o entendimento. Confirmando-se, a título de exemplo, uma comparação entre os crimes com penas menores e maiores de 4 anos:

COM PENA MÁXIMA ACIMA DE 4 ANOS	COM PENA MÁXIMA ATÉ 4 ANOS
Homícidio (art. 121) – de 6 a 20 anos	Homicídio culposo (art. 121, §3º) – de 1 a 3 anos
Lesão corporal seguida de morte – art. 129, §3º - pena de 4 a 12 anos	Lesão corporal (art. 129) – de 3 meses a 1 ano
Abandono qualificado pela morte (art. 133, §2º) – de 4 a 12 anos	Abandono de incapaz (art. 133) – de 6 meses a 3 anos
	Omissão de socorro (art. 135) – de 1 a 6 meses
Maus-tratos qualificado (art. 136, §2º) – de 4 a 12 anos	Maus-tratos (art. 136)- de 2 meses a 1 ano
	Calúnia (art. 138) – de 6 meses a 2 anos
	Difamação (art. 139) – de 3 meses a 1 ano
	Injúria (art. 140) – de 1 a 6 meses
	Constrangimento ilegal (art. 146) – de 3 meses a 1 ano
	Ameaça (art. 147) – de 1 a 6 meses
	Sequestro e cárcere privado (art. 148) – de 1 a 3 anos
Roubo (art. 157) – de 4 a 10 anos	Furto (art. 155) – de 1 a 4 anos
Extorsão (art. 158) – de 4 a 10 anos	
	Dano (art. 163) – de 1 a 6 meses
Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) – de 2 a 5 anos	Apropriação indébita (art. 168) – de 1 a 4 anos
Estelionato (art. 171) – de 1 a 5 anos	Duplicata simulada (art. 172) – de 2 a 4 anos
	Fraude à execução (art. 179) - de 6 meses a 2 anos
Receptação qualificada (art. 180, §1º) – de 3 a 8 anos	Receptação (art. 180) – de 1 a 4 anos
Estupro (art. 213) – de 6 a 10 anos	Assédio sexual (art. 216-A) – de 1 a 2 anos
Favorecimento da prostituição de vulnerável (art. 218-B) – de 4 a 10 anos	Rufianismo (art. 230) – de 1 a 4 anos
	Quadrilha ou bando (art. 288) – de 1 a 3 anos
Moeda falsa (art. 289) – de 3 a 12 anos	

Falsificação de documento público (art. 297) – de 2 a 6 anos	
Falsidade ideológica (art. 299) – de 1 a 5 anos	
Uso de documento falso (art. 304) – pena da falsificação	
Sonegação fiscal (art.1º, L 8.137/90) – de 2 a 5 anos	

Afigura-se incompatível o exercício do mandato parlamentar com uma condenação a pena privativa de liberdade superior a 4 anos, ante a evidente gravidade do delito, a extensão da pena e a própria interpretação constitucional empreendida pelo legislador. Ressalte-se que, também nessa hipótese, a interpretação proposta coincide com aquela levada a efeito pelo Parlamento.

Na medida em que a interpretação constitucional oriunda desta Corte coadunar-se com aquela conferida ao texto da Constituição pelo Legislativo, ter-se-á um diálogo construtivo entre os Poderes e não a sobreposição da interpretação de um sobre a do outro. É justamente isso que a observância, pelo Poder Judiciário, do art. 92 do Código Penal garante.

***d) A compatibilização do art. 15, III, com o art. 55, VI e § 2º, no tocante à competência das Casas legislativas para decidirem, nas hipóteses restantes, sobre a perda do mandato***

É preciso salientar que realmente causa perplexidade imaginar que a condenação criminal transitada em julgado gera a suspensão automática dos direitos políticos (art. 15, III), todavia, em diversos casos, o mandato parlamentar poderá ser mantido por deliberação da Casa legislativa ou, até mesmo, ante a sua omissão em deliberar sobre casos concretos (art. 55, VI e § 2º).

Parece evidente não ser viável o exercício de mandato parlamentar por quem está com os direitos políticos suspensos, conforme salientavam, há muito, os ministros Pertence e Marco Aurélio. Ocorre que a “pane” no processo constituinte deixou o texto constitucional com essa contradição exposta.

A interpretação proposta neste voto afirma que, nos casos mencionados (improbidade administrativa contida no tipo penal e condenação à pena privativa de liberdade superior a quatro anos), a suspensão dos direitos políticos poderá ser decretada pelo Judiciário com a consequente perda do mandato eletivo. Por outro lado, consoante exposto acima, remanesce com as Casas legislativas o poder de decidir sobre a perda do mandato em diversas outras hipóteses de condenação criminal, não abarcadas pela interpretação proposta, especialmente quanto aos crimes de menor potencial ofensivo.

Desse modo, para as hipóteses em que a Casa legislativa decidirá sobre a perda do mandato, deve-se admitir, por óbvio, a possibilidade de a decisão preservar o mandato parlamentar e, até mesmo, de a omissão do Parlamento significar a manutenção do mandato.

**Parece-me, então, que uma interpretação que harmoniza de forma adequada o disposto no art. 15, III, com a previsão do art. 55, VI e § 2º, ambos da Constituição, deve entender que, quanto aos crimes cujas condenações não gerem a perda automática do mandato parlamentar, em razão de esta depender de deliberação da Casa legislativa, a eficácia da suspensão dos direitos políticos decorrente da decisão judicial está condicionada à manifestação em mesmo sentido da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso.**

**Isso porque não se pode vislumbrar o exercício de mandato parlamentar por aquele cujos direitos políticos estejam suspensos. Assim, nos casos em que à Casa legislativa incumbir a decisão sobre a perda do mandato, a suspensão dos direitos políticos será um ato complexo, dependente da reunião das vontades do Poder Judiciário (sentença criminal condenatória transitada em julgado) com a da Casa legislativa respectiva, nos termos do art. 55, VI e § 2º, CF/88. Assim, preservam-se a unidade e a lógica do sistema, bem como a força normativa dos dispositivos constitucionais envolvidos.**

## CONCLUSÃO

Dessa forma, além dos casos em que a condenação criminal transitada em julgado levar à perda do mandato, em razão de a fundamentação da decisão deixar expresso que a improbidade administrativa está contida no crime, como elementar do tipo pelo qual foi condenado o parlamentar, há, ainda, outras hipóteses em que a gravidade do delito leva à aplicação de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Nesses casos, aplicar-se-á o art. 92 do Código Penal, de modo que a condenação poderá gerar a perda do mandato parlamentar, em virtude do desvalor atribuído à conduta pelo ordenamento jurídico brasileiro e de sua incompatibilidade, portanto, com o exercício do mandato.

**Ressalte-se: em ambos os casos, o Judiciário deverá apoiar-se no art. 92 do Código Penal para exarar sua decisão.**

**Esse entendimento não esvazia o conteúdo normativo do art. 55, VI, e § 2º, da Constituição Federal, uma vez que, nas demais hipóteses de condenação criminal, a perda do mandato dependerá de decisão da Casa legislativa a que pertencer o congressista, tal como nos crimes de menor potencial ofensivo.**

Deve-se lembrar que, mesmo nas hipóteses de condenação por crime de significativo potencial ofensivo, tendo em vista a possibilidade de o Judiciário substituir a pena privativa de liberdade aplicável por restrição a direitos, há, pelo menos em princípio, a possibilidade de concomitante cumprimento da pena imposta e do exercício do mandato parlamentar, de modo que, nesses casos, à Casa legislativa competente deverá incumbir a decisão sobre a perda do mandato.

Ademais, consoante exposto acima, a interpretação da Constituição levada a efeito pelo próprio Poder Legislativo, em 1996, ao alterar o art. 92 do Código Penal, corrobora o entendimento aqui proposto. Desse modo, esse dispositivo do Código Penal serve como efetivo parâmetro para que o Poder Judiciário atue nesses sensíveis casos de condenação criminal.

## DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de considerar que a condenação criminal de parlamentar, transitada em julgado, apenas gerará a perda do mandato, a ser apenas declarada pela Casa legislativa respectiva, em razão da suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, c/c o art. 55, IV, e § 3º):

- (i) nos casos de condenação por crimes cujos tipos contenham ínsitos a improbidade administrativa, tais como os crimes contra a administração pública, porque, nessas hipóteses, a decisão judicial condenatória compreende, logicamente, a improbidade, observado o disposto no art. 92, I, *a*, do Código Penal, com a redação aletrada pela Lei 9.268/96,
- (ii) bem como nas hipóteses de condenação por crimes outros, em que for aplicada a pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, nesse último caso em razão não apenas da gravidade do delito, mas também da inviabilidade do exercício do mandato, nos termos do art. 92, I, *b*, do Código Penal, com a redação aletrada pela Lei 9.268/96.

A decisão judicial que decretar a perda do mandato nas hipóteses descritas sempre deverá ser devidamente fundamentada.

Para as demais hipóteses de condenação criminal, permanece íntegra a norma contida no art. 55, VI e § 2º, da Constituição, competindo a decisão sobre a perda do mandato à Casa legislativa a que pertencer o congressista condenado.

Nesse caso, a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação criminal apenas se aperfeiçoará com a referida decisão cassatória do mandato a ser proferida pela Casa legislativa, para que não subsista a hipótese de parlamentar exercendo o mandato com os direitos políticos suspensos, o que seria um paradoxo.