

Revista de Estudos Eleitorais

Recife | Volume 2, Número 3, jul. 2018.

ISSN 2594-3677



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE PERNAMBUCO
Edifício Antônio Camaretti



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL
Des. Virgínia Marques Carneiro Leão
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE PERNAMBUCO

LEI DA FICHA LIMPA: CONCEITO SANCIONATÓRIO DA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÕES CRIMINAIS¹

Táisa Dutra Bayer²

1 Artigo recebido em 16/06/2018 e aprovado para publicação em 19/07/2018.

2 Bacharel em Administração pela UFPE; Pós-graduada em Direito em Administração Pública pela Faculdade Castelo Branco - Rio de Janeiro/RJ; Graduanda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã - Recife/PE; Servidora efetiva do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

LEI DA FICHA LIMPA: CONCEITO SANCIONATÓRIO DA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÕES CRIMINAIS

Taísa Dutra Bayer

RESUMO

O presente artigo se propõe a discutir a natureza jurídica da inelegibilidade decorrente de condenações criminais previstas no art. 2º da Lei da Ficha Limpa quanto ao seu caráter sancionatório, através das teorias do direito em Kelsen, Bobbio e do direito penal. As inelegibilidades objeto deste estudo passam a figurar na alínea e, inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 e são decorrentes de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado nas condenações de crimes taxativamente elencados em seu bojo, de forma a impedir o exercício do direito de ser votado, *jus honorum*. O intuito deste estudo é definir a natureza sancionatória da inelegibilidade decorrente das condenações criminais disciplinadas pela Lei da ficha limpa à luz das teorias de Kelsen e Bobbio e do Direito Penal. O resultado obtido foi que a referida inelegibilidade tem natureza sancionatória, mas não representa uma sanção penal devido aos princípios da Reserva Legal e do *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Lei da Ficha Limpa. Sanção.

1 INTRODUÇÃO

A Lei da ficha limpa, que alterou a atual Lei das inelegibilidades, estabelece, dentre outras modificações, novas hipóteses de inelegibilidade, levando em consideração a vida pregressa dos candidatos aos cargos eletivos, tendo em vista resguardar a moralidade para o exercício desses em obediência ao mandamento constitucional que trata dos Direitos Políticos.

A mencionada Lei da ficha limpa prevê que são inelegíveis, dentre outras hipóteses, todos aqueles condenados em órgão judicial colegiado em determinados crimes, elencados

taxativamente em seu texto, dentre eles, crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores, tráfico de entorpecentes e drogas afins, contra a vida e a dignidade sexual.

O referido normativo foi objeto de discussão no dia 16/02/2012, em julgamento conjunto perante o Supremo Tribunal Federal em sede de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ocasião em que foi firmado o entendimento pela constitucionalidade da Lei da ficha limpa, especificamente quanto à questão da declaração de inelegibilidade dos condenados em órgão judicial colegiado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Este artigo possui a seguinte divisão: no segundo capítulo são estudados os conceitos de inelegibilidade, direitos políticos e a inelegibilidade específica prevista na lei da ficha limpa, objeto deste trabalho. No terceiro capítulo são abordadas as teorias do direito a respeito do conceito de sanção defendido por Kelsen e Bobbio, o conceito de ato ilícito em Kelsen, bem como considerações sobre sanção penal.

2 INELEGIBILIDADE

O presente capítulo pretende conceituar e definir os direitos políticos, sua previsão legal, natureza jurídica, situações de suspensão e perda, bem como, sua importância como direito fundamental e humano, consagrado em diversos tratados e declarações internacionais.

Por fim, tece considerações sobre o conceito de inelegibilidade, especificamente a prevista no art. 2º da LC nº 135/2010.

2.1 Direitos políticos

Os direitos políticos dizem respeito às várias formas de participação na vida política e definição de seus rumos, conceito estritamente relacionado ao exercício da Democracia e cidadania.

Sobre este tema, afirma José Jairo Gomes:

Denominam-se direitos políticos ou cívicos, as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente

do governo, da organização e do funcionamento do Estado. São previstos na Constituição Federal, que estabelece um conjunto sistemático de normas respeitantes à atuação da soberania popular.¹

São direitos que garantem ao cidadão a liberdade e prerrogativa de atuar, seja de forma direta ou indireta, nas decisões do governo.

Conforme Ferreira, direitos políticos “são aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”².

Já para Kelsen, os direitos políticos devem ser entendidos como a possibilidade de o cidadão participar do governo, ajudando na criação da ordem jurídica³.

Os direitos políticos representam, portanto, meios indispensáveis para o exercício da cidadania e democracia, de maneira que por meio deles, várias formas de participação política se fazem presentes, não só mediante o voto direto e secreto, mas também pela prerrogativa, concedida aos cidadãos de, preenchidos alguns requisitos legais, compor os quadros das esferas do poder legislativo e executivo, ocupando cargos eletivos, participando diretamente das decisões políticas e elaboração de leis, em nome da vontade do povo.

Os direitos políticos simbolizam a base do regime democrático, cuja participação popular pode se dar pelas formas direta, indireta ou semidireta.

A forma direta pressupõe participação nos rumos da vida política diretamente, exemplo desse tipo de democracia era o que ocorria na Grécia antiga, onde os cidadãos se reuniam para discutir os rumos da cidade, porém esse direito não era extensivo a todos.

A forma representativa ou forma indireta funciona quando os indivíduos se fazem representar por mandatários eleitos e a forma semidireta, exemplo do Brasil, quando

os indivíduos atuam tanto diretamente como indiretamente na vida política.

Os direitos políticos, como forma de participação dos cidadãos nos rumos do Estado, podem ser postos em prática por meio dos instrumentos previstos na Constituição da República, a saber:

Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.⁴

Na lição de Walber Agra, esses instrumentos são verdadeiros institutos da democracia participativa.⁵

E ainda, explica Paulo Bonavides:

A democracia participativa combate a conspiração desagregadora do neoliberalismo e forma a nova corrente de ideais que se empenham em organizar o povo para pôr um dique à penetração da ideologia colonialista; ideologia de submissão e fatalismo, de autores que professam a tese derrotista da impossibilidade de manter de pé o conceito de soberania. A obsolescência deste é proclamada a cada passo como verdade inconcussa.⁶

Como pontuado acima, a democracia participativa abre oportunidade de desestabilizar poderes econômicos que por ventura queiram influenciar nas decisões políticas, concedendo ao povo maior controle social sobre os rumos do Estado.

Neste ponto, a própria legislação eleitoral, através do financiamento privado de campanhas, já não mais aceito no país, permitia legalmente uma forma de atuação desse capital, o que recebeu diversas críticas de estudiosos do direito eleitoral pela

1 GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

2 FERREIRA (1989, p. 288-289) apud GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

3 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 125.

4 BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

5 AGRA, Walber; VELOSO, Carlos. **Elementos de direito eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. p. 26.

6 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

possibilidade de desvirtuamento das pautas de interesse público frente às demandas do capital, representado por corporações financiadoras de campanhas eleitorais.

A soberania reflete uma ideia de autoridade superior e expressão de poder, é o poder supremo ou maior, porém não arbitrário, posto que sujeito às regras do Estado Democrático de Direito.

Popular é tudo aquilo proveniente ou originário da vontade do povo. Soberania popular, prevista no art. 14º da Constituição Federal, portanto, seria a autoridade suprema do povo para dirigir os rumos do Estado, podendo esta, ser exercida de diferentes formas.

Para Rousseau, Soberania popular é:

A tese de que o titular exclusivo do poder político soberano é o coletivo formado pelos cidadãos que, em acordo recíproco, decidem criar ou recriar uma cidade ao se colocarem, sem reservas ou restrições pessoais ou patrimoniais, sob a autoridade e a direção de uma vontade geral constituída por eles mesmos, exatamente ao ensejo e por meio desse compromisso de associação.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro a soberania se vale de plebiscitos, referendos, iniciativa popular e o mais conhecido de todos, o voto direto, secreto, com valor igual para todos, em respeito aos princípios democráticos.

O sufrágio universal, representado pelo voto direto, secreto, universal e periódico, cláusula pétrea insculpida no art. 60, §4º, II, da Constituição Federal, representa a forma mais conhecida de exercício da soberania popular e consiste na escolha direta dos representantes do povo para que, em nome deste e sob o manto da legitimidade, possam tomar as decisões políticas na condução do Estado.

Esse conceito, pressuposto básico do sistema democrático, engloba não só o direito de votar, mas também de ser votado. Neste ponto, oportuno se faz diferenciar a capacidade eleitoral ativa ou cidadania ativa (poder de votar), da capacidade eleitoral passiva,

cidadania passiva ou poder de ser votado, também conhecido como jus honorum.

O conceito de cidadania, portanto, está estritamente ligado ao direito de votar e ser votado, sendo cidadão a pessoa que detém esses direitos políticos. Para Walber Agra:

Os direitos políticos se diferenciam das demais prerrogativas esculpidas na Constituição em vários aspectos. Não são de livre disposição, no que se afastam dos direitos individuais; podem ser utilizados de per si, por todos os componentes da organização política, em que diferem dos direitos coletivos; não se direcionam principalmente aos hipossuficientes sociais, no que destoam dos direitos sociais; inexistente sua determinação pelo nascimento, apartando-se de simetria com o direito de nacionalidade, não obstante a existência de uma zona de interseção entre essas duas prerrogativas.⁸

Pode-se constatar que os direitos políticos possuem uma natureza diferenciada e especial, *sui generis*, dos demais direitos constitucionais.

De acordo com o art. 14, I e II, da Constituição Federal, o voto é obrigatório para os maiores de dezoito anos, sendo facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e proibido aos estrangeiros e durante o serviço militar obrigatório, aos conscritos.⁹

Quanto às condições de elegibilidade ou do direito de concorrer a cargos eletivos, há requisitos obrigatórios a serem cumpridos, tais como, a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, dentre outros explicitamente detalhados no §3º do art. 14 da Constituição Federal, sendo proibido aos analfabetos e estrangeiros.

Há, ainda, cargos eletivos privativos de brasileiros natos, como o de presidente e vice-presidente da República, ministro do Supremo Tribunal Federal dentre outros discriminados na Lei Maior, assim como a imposição de

7 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: Princípios do Direito Político**. Porto Alegre: Edipro. 2015. p. 18.

8 AGRA, Walber; VELOSO, Carlos. **Elementos de direito eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p. 70.

9 BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Brasília. DF.

idade mínima para o exercício de cargos de presidente, governador, prefeito, vereador dentre outros.

Quanto ao plebiscito, é uma espécie de consulta prévia sobre um tema específico feita aos populares de um Estado, geralmente na forma de uma pergunta, na qual a população poderá ser a favor ou contra, é um instrumento típico do exercício da Democracia Semidireta.

No Brasil, este instrumento é obrigatório nas situações de subdivisão, incorporação e desmembramento de Estados, bem como na criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, conforme previsão do artigo 18, §3º e 4º, da Constituição Federal, podendo ser invocado para outras situações de interesse nacional, sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional convocá-lo.

O Ato das Disposições Constitucionais Provisórias previu em seu art. 2º, a realização de plebiscito em sete de setembro de 1993 para definição da forma de governo (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), ocasião em que a população escolheu pela forma republicana e o sistema presidencialista.

No que tange ao referendo, pode-se conceituar como uma espécie de consulta popular sobre um projeto de lei aprovado pelo legislativo e pendente de chancela pela população como condição de sua vigência, está regulamentado pela Lei 9.709/98.

Exemplo prático de referendo ocorreu em 2005 sobre a proibição da comercialização de armas de fogo prevista no Estatuto do Desarmamento. A população, no entanto, rejeitou esta proibição.

A iniciativa popular, prevista no art. 61, §2º, da Constituição Federal, é a propositura de projetos de lei complementar ou ordinária pelos cidadãos, subscrito com o mínimo de 1% do eleitorado nacional. A própria Lei da Ficha Limpa, objeto de estudo deste trabalho, foi resultado de iniciativa popular com apoio de 1,6 milhões de eleitores.

Os projetos de iniciativa popular têm como objetivo forçar o legislativo a votar determinadas matérias de interesse público, o que caracteriza um mecanismo da democracia semidireta. Este instituto é autorizado no

âmbito dos Municípios e Estados federativos, conforme mandamento constitucional.

Ainda sobre direitos políticos, cumpre registrar que, além de ser direito fundamental, insculpido dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, é também considerado direito humano, uma vez que inscrito na “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, de 12 de junho de 1776, de George Mason, em seu art. 6º:

As eleições de representantes do povo em assembleias devem ser livres, e todos aqueles que tenham dedicação à comunidade e consciência bastante do interesse comum permanente têm direito de voto, e não podem ser tributados ou expropriados por utilidade pública, sem o seu consentimento ou o de seus representantes eleitos, nem podem ser submetidos a nenhuma lei à qual não tenham dado, da mesma forma, o seu consentimento para o bem público¹⁰.

Conforme a Declaração Francesa dos Direitos do Homem do cidadão de 1789, “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente, ou através mandatários, para sua formação”¹¹.

O artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 menciona:

Todo homem tem o direito de tomar posse no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto¹².

10 DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO POVO DA VÍRGINA. Estado da Virgínia em 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Declaração>>. “Acesso em: 01mar. 2018.”

11 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf>. “Acesso em: 01mar. 2018.”

12 GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08.

Pode-se inferir que esses são reconhecidos e estão devidamente protegidos no âmbito do direito internacional, figurando como condição indispensável ao exercício da cidadania de todos os indivíduos, de forma que devem ser preservados e assegurados como meio de atuação na política do Estado.

A lei maior prevê duas formas de privação dos direitos políticos: perda e suspensão, e proíbe sua cassação. De acordo com o texto constitucional:

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

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

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

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

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º¹³

A cassação dos direitos políticos significa sua destituição ou retirada de sua existência e eficácia, teve previsão no governo militar.

A suspensão de direitos políticos para Cretella Junior: “é uma interrupção temporária daquilo que está em curso, cessando quando terminam os efeitos de ato ou medida anterior”.¹⁴ Nesse sentido, a suspensão se dá àqueles que já possuem direitos políticos plenamente em vigor, mas que sofrem essa limitam em decorrência de algum fato impeditivo superveniente que, conforme previsto acima, pode ser uma condenação criminal transitada em julgado ou até mesmo o advento de uma causa que gere a incapacidade civil absoluta do eleitor, fatos que impedem o pleno exercício da capacidade eleitoral tanto ativa como passiva, resultando na suspensão dos direitos políticos.

Quanto à questão da perda dos direitos

13 BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Brasília. DF.

14 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. V.2. p. 1118.

políticos, há divergências na doutrina, de maneira que alguns doutrinadores consideram o cancelamento de naturalização e a escusa de consciência como hipóteses desse tipo, enquanto que Cretella Junior, afirma que na escusa de consciência pode haver perda ou suspensão.¹⁵

Por fim, a Constituição Federal prevê consequências jurídicas advindas da suspensão e perda de direitos políticos como a perda de mandato eletivo, perda de cargo ou função pública, impossibilidade de ajuizar ação popular, suspensão ou cancelamento do título de eleitor e exclusão do corpo de eleitores.

2.2 Inelegibilidade do art. 2º da LC nº 135/2010

A capacidade eleitoral passiva ou jus honorum nada mais é que a aptidão que o cidadão possui de pleitear um cargo político, através das eleições, consubstanciado no direito de ser votado.

Arelado a isso, presentes estão os conceitos de condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade ou ilegitimidade.

A esse respeito, Jaime Barreiros e Rafael Barreto afirmam: “Segundo os seguidores da chamada “Teoria Clássica”, doutrina majoritária no estudo das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, tem elegibilidade aquele que reúne as condições fixadas na lei (aspecto positivo) e não incorre nas causas de inelegibilidade (aspecto negativo).¹⁶

Embora a forma coma se desenvolvem essas duas condições possam ser distintas, resultam no mesmo impedimento àqueles que pleiteiam cargos políticos.

A respeito desta distinção, aponta Walber Agra:

As condições de elegibilidade não podem ser confundidas com as causas de inelegibilidade, haja vista que estas apenas ocorrem quando as primeiras forem atestadas. As segundas atestam uma desvalorização em relação á determinada situação jurídica que pode

15 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. V2. p. 1122.

16 BARREIROS NETO, Jaime. BARRETTO, Rafael. **Direito eleitoral**. 5.ed. Salvador: Editora Juspodvim: 2017.

ensejar abuso de poder econômico ou político; já as condições de elegibilidade são requisitos mínimos que devem ser exigidos a todos os cidadãos para se candidatarem e participarem ativamente do processo político.¹⁷

Assim, as condições de elegibilidade correspondem a critérios objetivos legais para a candidatura de pretendentes a mandatos políticos, enquanto as causas de inelegibilidade têm vinculação a circunstâncias que maculam a idoneidade dos que almejem a disputa eleitoral, motivo pelo qual esses não devem concorrer às eleições.

Oportuno registrar o julgado do Supremo Tribunal Federal no Acórdão ADI nº 1063, Rel. Min. Celso de Mello, realizado em 18.05.1994, que estabeleceu distinções desses dois institutos, a seguir:

O domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária, constituindo condições de elegibilidade (CF, art. 14, §3º) revelam-se passíveis de válida disciplinação, mediante simples lei ordinária. Os requisitos de elegibilidade não se confundem, no plano jurídico-conceitual, com as hipóteses de inelegibilidade, cuja definição – além das situações já previstas diretamente pelo próprio texto constitucional (CF, art. 14, §§ 5º e 8º) – só pode derivar da norma inscrita em lei complementar.

Vê-se que os instrumentos normativos competentes para dispor dos casos de inelegibilidade são, além das normas constitucionais, a lei complementar.

A Constituição Federal estabelece as seguintes condições de elegibilidade:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos

¹⁷ AGRA, Walber; VELOSO, Carlos. **Elementos de direito eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. p. 85.

políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.¹⁸

Vê-se que as condições de elegibilidade são verdadeiros requisitos para se pleitear a candidatura em um mandato político.

No que tange ao conceito de inelegibilidade, declara Ferreira Filho:

Inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outros, assim como par eleger seus parentes. Para tanto, impedia suas candidaturas, assim como a e cônjuge ou parentes, por um certo lapso de tempo (art.112).¹⁹

Vê-se que o instituto da inelegibilidade não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, as causas de inelegibilidade constam na Carta Maior e em Lei complementar, especificamente a LC nº 64/90.

As causas constitucionais de inelegibilidade estão dispostas no art. 14, §§ 4º a 7º de seu texto, a seguir:

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e

¹⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Brasília. DF.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

os analfabetos.

§ 5º São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.²⁰

Nota-se que essas causas de inelegibilidade são critérios objetivos de cunho negativo, que não deverão incidir para quem almeje disputar as eleições.

O § 7º, conforme acima mencionada, configura a inelegibilidade relativa, que expressa o impedimento de concorrer a determinados cargos políticos por questões de parentesco.

As demais hipóteses de inelegibilidade constam na LC nº 64/90, que foi alterada pela LC nº 135/2010.

A LC nº 135/2010 surgiu com fundamento no mandamento constitucional do art.14, §9º, que autoriza o estabelecimento de novos casos de inelegibilidade tendo em vista proteger a probidade administrativa, a moralidade

para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e normalidade e legitimidade das eleições.

Baseado nisso, a LC nº 135/2010 trouxe em seu bojo novas hipóteses de inelegibilidade, inclusive, estendendo seu prazo de aplicação, que passa a ser de oito anos a partir do cumprimento da pena, conforme dispositivo abaixo incorporado à LC nº 64/90:

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;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual;

e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;²¹

Essas hipóteses revelam, ao contrário das outras causas de inelegibilidade previstas na Constituição, natureza de desvalor em relação a uma situação jurídica anterior, no caso, as condenações criminais elencadas acima. Percebe-se, inclusive, que tais condenações

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF.

²¹ BRASIL. **Lei Complementar nº 64/90 de 18 de maio de 1990**. Dispõe de casos de inelegibilidade. Brasília, DF, 21.maio.1990.

são de natureza bastante gravosa como crime de terrorismo, hediondos, tortura, questão relevante, já que para a ocupação de cargos eletivos se requer postura ética, exemplar e de maior lisura, visto estarem em jogo o interesse público na condução dos rumos do Estado.

Por serem consequência de condenações criminais, essas inelegibilidades são chamadas pela doutrina de inelegibilidade sanção ou cominada.

É possível notar, em contraste com as outras causas de inelegibilidade, que a inelegibilidade aqui tratada, pelo fato de se originar de uma condenação criminal, transita entre duas áreas do direito, o Eleitoral e o Penal. Assim, além de significarem o status do eleitor perante o Regime Jurídico Eleitoral, notadamente ao direito de ser votado, estão estritamente vinculadas às condenações criminais do rol taxativo expresso na LC nº135/10.

O início da causa de inelegibilidade tratada acima se dá, de acordo com José Jairo Gomes:

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória de primeiro grau; publicação de sentença penal condenatória emanada do Tribunal do Júri; A publicação: do acórdão penal condenatório, no âmbito da competência originária do tribunal, do acórdão que reforma sentença penal absolutória e do acórdão que confirma a sentença condenatória. Tem-se entendido que a inelegibilidade incide desde a publicação da decisão, de maneira que a oposição de embargos de declaração não afeta sua imediata incidência (TSE - Respe nº 122 - 42/CE - PSS 9-10-2012; TSE - RO nº 20922/TO - PPS 12-9-2014). É preciso ponderar, porém, que, a depender dos fundamentos invocados, os embargos declaratórios podem afetar a própria condenação.²²

Assim, este entendimento pode ser objeto de revisão perante o Tribunal Superior Eleitoral a qualquer momento, podendo alterar o marco inicial da causa de inelegibilidade.

22 GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 239.

3 TEORIAS DO DIREITO

O presente capítulo apresenta as teorias sobre os conceitos de sanção por meio de Kelsen, Bobbio, o ilícito e consequência deste em Kelsen e considerações sobre sanção penal.

3.1 Sanção em Kelsen

Pode-se afirmar por meio do pensamento de Kelsen, que a conduta humana pode estar relacionada mediata ou imediatamente a outro indivíduo ou indivíduos, ou até mesmo a coisas ou seres inanimados que pertencem ou que são do interesse de indivíduos, neste contexto Kelsen afirma que “uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social”.²³

Diante disso, observamos que a ordem social visa determinar, através das normas, certos comportamentos desejáveis e evitar os prejudiciais aos indivíduos, e assim, são prescritas e proibidas certas condutas humanas com o objetivo de se manter a paz social e harmonia entre todos.

Sob o significado de sanção, Kelsen declara:

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a

23 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.²⁴

Kelsen entendia que o conceito de sanção englobaria tanto um prêmio ou recompensa como uma desvantagem ou prejuízo, porém, reforça o sentido de sanção a uma pena ou limitação de algum bem disponível ao indivíduo, podendo se estender da esfera da liberdade até a econômica, obtendo dessa forma, uma concepção negativa, relacionada a uma espécie de castigo. Percebe-se que esta ideia de sanção se aproxima do conceito tradicional, remetendo a um significado de algo mal, ruim e atribuído como consequência de uma conduta humana indesejada.

Segundo Kelsen: “Quando a ordem prescreve uma conduta pelo fato de estatuir como devida (devendo ser) uma sanção para a hipótese da conduta oposta”.²⁵

A partir desse raciocínio, concluiu Kelsen que: “a conduta condicionante da ação é proibida e a conduta oposta é prescrita.”²⁶ E ainda: “A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é tornada pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita.”²⁷

Assim, no ordenamento jurídico poderão ser estatuídas normas que prescrevam condutas devidas, porém a conduta oposta a esta norma nem sempre resultará em uma sanção, desde de que essa omissão não seja causa de alguma pena, daí tal conduta é considerada apenas autorizada, e sua omissão não terá consequências jurídicas.

Segundo Kelsen a sanção tem caráter de um ato de coação, pois ela é aplicada coercitivamente contra a vontade de um agente, por meio inclusive, da utilização de força física. A partir dessa concepção, um ordenamento eficaz é aquele que o comportamento ilícito é evitado pelo receio da pena ou pelo desejo do prêmio.

As pessoas podem se sentir desencorajadas à prática de crimes pelo

24 Idem. p. 26.

25 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

26 Idem, p 27.

27 Passim, p. 27.

simples fato da existência de penas a respeito, ou agir conforme determinado comportamento, para receber recompensas.

Há, ainda, a existência de ordens sociais desprovidas de sanção, a exemplo de algumas ordens morais, como a religiosa, que a despeito de provocarem repercussão no mundo espiritual, podem não estatuir sanções na vida terrestre, exemplo desse tipo de norma é o Sermão da Montanha, em que Jesus resiste ao princípio do velho testamento, de responder ao bem com o bem e ao mal com o mal, propondo o amor ao próximo e a negativa de fazer o mal a quem quer que seja.²⁸

Outros exemplos desse tipo de norma são os sermões cristãos descritos pela Bíblia, não tipificados como crimes no mundo factual e, portanto, destituídos de sanção penal. O que não quer dizer que as normas de cunho moral religioso não possuam influência em relação a seus seguidores e adeptos, pois podem incutir no imaginário psicológico dos indivíduos e em suas consciências um dever moral a ser cumprido.

3.2 Ilícito e consequência do ilícito em Kelsen

Para Kelsen, o direito é concebido como uma ordem de coerção e sob certos pressupostos ou condições deve-se executar um ato de coação pela mesma ordem jurídica especificada, como exemplo de atos de coação há as sanções.²⁹

Perceptível aqui, que Kelsen entende as sanções como atos de coação para fazer valer a obediência ao ordenamento jurídico.

Kelsen reconhece espécies de sanções, como sendo de natureza penal e execução, de natureza civil, que são as penas administrativas, aplicadas pelos tribunais administrativos, diferentes das penas judiciais, aplicadas pelos tribunais penais.

Conforme Kelsen:

A ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção

28 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 28.

29 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 122.

estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção.³⁰

Diante disso, há ligação entre ato ilícito e sua consequência como sanção.

Um delito ou ilícito pra Kelsen, é aquele ligado a um ato de coação como sua consequência, ou seja, o que torna um ato ilícito é o fato de ser tornada pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, de uma sanção.³¹

Neste ponto, Kelsen ressalta a importante da positivação do ato ilícito e consequente sanção, em observação ao positivismo jurídico e ao princípio do direito penal, *nullum crimen, sine lege, nulla poena sine lege*.

Assim, ilícito só tem essa condição se a lei a ele estatui uma sanção. Não há, portanto, ilícito sem sanção.

Para Kelsen:

O dever jurídico é um impulso ínsito ao homem, uma impulsão para uma conduta que ele sente como prescrita, a vinculação por uma norma natural ou divina que lhe é inata e cuja observância a ordem jurídica positiva se limita a garantir, estatuindo uma sanção.³²

Notório para Kelsen, que a sanção é consequência imediata de um ilícito.

3.3 Sanção em Bobbio

Bobbio na obra Teoria da norma jurídica define sanção como a resposta à violação de normas de um sistema normativo. Na concepção do autor, a sanção é ação para anular ou eliminar as consequências de condutas danosas ao sistema normativo, tendo como objetivo último a preservação desse sistema. Por meio da análise de três diferentes tipos de sanção, a sanção moral, a sanção social e sanção jurídica o estudioso obtém uma classificação dos diversos sistemas

normativos.³³

Segundo Bobbio, a sanção pressupõe uma violação da norma e está presente em todos os sistemas normativos reais. A ausência de violação e desnecessidade de sanção em um sistema normativo somente seria possível numa sociedade de seres racionais perfeitos e normalmente perfeitamente adequadas ou de seres automatizados, sem iniciativa ou liberdade. No mundo real, todos os sistemas normativos sofrem violações.

A sanção moral, própria das normas morais, é aquela de natureza puramente interior. Nesse caso, a punição decorre unicamente da consciência, sentimentos e perturbações psicológicas advindas da violação da norma, sendo a responsabilidade perante si mesmo, e não perante terceiros. O que importa nesse tipo de sanção é unicamente a satisfação íntima da adesão ou insatisfação íntima da desobediência ao sistema normativo. Bobbio chama atenção para ineficácia das sanções de natureza interior, pois dependem inevitavelmente da inclinação de cada sujeito de respeitar normas morais, ou seja, da sensibilidade moral de cada um.

Ainda ressalta que a baixa eficácia da sanção interior é a razão para que muitas normas morais acabem recebendo reforço de sanções externas essas como sanções de natureza religiosa.

Sempre que a responsabilidade ocorre perante terceiros, a sanção é de natureza externa. Uma sanção de natureza externa são as sanções oriundas da vida em sociedade, decorrentes dos aspectos culturais e educacionais da comunidade e estão voltadas a facilitar o convívio social. Em grupos homogêneos, fechados e exclusivos, a sanção social seria eficaz. No entanto, a eficácia da sanção social, no entanto, é reduzida ou eliminada quando o grupo perde a homogeneidade e interage com membros de outros grupos.

A sanção social, no entanto, padece de um defeito que vai além da simples ineficácia da norma social, que é a imprevisibilidade da resposta à violação da norma. Como não há um controle, a sanção social pode partir de

30 Idem, p. 124.

31 Passim, p. 125

32 Idem. p. 129.

33 BOBBIO, Noberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru. São Paulo: EDIPRO. 2ed. 2003. p. 110.

uma simples reprovação até um linchamento, fugindo da proporcionalidade. Ademais, as respostas às violações são variáveis dependendo do humor do grupo.

De acordo com Bobbio, os problemas da sanção social decorrem fundamentalmente da ausência de regras fixas, o que pode ser alcançado com a institucionalização da sanção. Nesse caso, o grupo social institucionaliza tanto o comportamento quanto a resposta à violação da norma, se utilizando para isso das mesmas fontes. Para o autor, a propriedade de norma externa institucionalizada é o que define a existência de um ordenamento jurídico.³⁴

Bobbio ressalva, ainda, que a existência de normas sem sanção correspondente não tira delas a natureza jurídica, porque deve ser tomada a sanção como elemento constitutivo do direito não em relação a normas singulares, mas ao conjunto do ordenamento jurídico, bastando que a maior parte delas sejam sancionadas.

3.4 Da sanção penal

Embora as origens etimológicas de pena sejam diversas, essas apresentam significados semelhantes, assim, da origem latina poena, pena que dizer sofrimento, do grego ponos, dor.

É também comumente considerada uma punição, condenação, castigo atribuídos a quem comete um crime ou ato censurável, de forma que sua natureza nitidamente reflete um mal, um prejuízo.

Sob o meio utilizado pelo Estado no que se refere ao poder de persecução penal durante o século XVIII, importante destacar as contribuições do pensamento de Beccaria, que em um dos trechos de sua marcante obra “Dos delitos e das penas”, declara:

As penas que excedem a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável seja sua segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para

34 BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru. São Paulo: EDIPRO. 2ed. 2003. pp. 114-119.

os súditos.³⁵

Precursor de ideais que no futuro seriam o nascedouro de um direito penal mais humanizado e compreensivo, Beccaria influenciou as mentes de seus contemporâneos, obtendo repercussão e influência na feitura dos códigos penais de diversos países como Alemanha e Áustria, onde seus ensinamentos até hoje servem de parâmetro. Dentre suas ideias, destacam-se a necessidade da brandura das penas, a denúncia às torturas e arbitrariedades praticadas pelos agentes do Estado para fins de confissão e a desumanidade do sistema penal vigente de sua época.

Consoante a doutrina tradicional, a pena é entendida como um mal que deve ser imposto a alguém que comete algum delito como expiação de sua culpa. Remetendo a concepção retributiva da pena.

Dentre os doutrinadores na esfera do Direito Penal é possível encontrar definições sobre a natureza conceitual da pena, a esse respeito relata, na ocasião da Reforma Penal de 1984, René Ariel Dotti: “pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo e, ainda, o regime político a que está submetido”.³⁶

Mesmo entendimento segue Bustos Ramirez e H. Hormazábal Malarée, que menciona a necessidade de se analisar o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador para um melhor entendimento da sanção penal.³⁷

Nota-se, portanto, o aspecto de mutação das sanções penais de acordo com o contexto histórico, social, político e econômico da sociedade vigente. Isso é perceptível quando se analisa a evolução histórica das penas no tempo, quando essas deixaram de ser aplicadas sobre o corpo do condenado, evoluindo para outros tipos de incidência, como as penas patrimoniais e perda de bens, as obrigações de fazer algo, de restrição e limitação da liberdade.

35 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares: 2013, p. 16.

36 DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ed. São Paulo: RT, 1998. p. 259.

37 RAMIREZ, Juan Bustos. **HORMAZÁBAL MALARÉE, H, Pena y Estado, in Bases críticas de un nuevo Derecho Penal**. Bogotá: Editora Temis, 1982. p. 114.

Para Cláudio Brandão:

Só haverá pena, dessarte, quando houver a violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de uma proteção mais enérgica. Quando há o fato criminoso, o comando que a norma penal dá para proteger os referidos bens jurídicos é violado; portanto, “a pena marginaliza o significado do fato. Enquanto marginalização de um contraprojeto executado, também a pena deve ser executada: tem lugar como violência.”³⁸

Baseado nesta noção de pena, pode-se inferir que ela representa uma violência legitimada e imposta pelo Estado, no sentido de manter a ordem pública e assegurar a proteção dos bens jurídicos considerados mais valiosos, o que concede ao Estado um rigor maior no seu trato.

No meio acadêmico costuma-se utilizar a descrição de pena atribuída por Sebastian Soler, para quem “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, por meio da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.³⁹

A partir desse conceito é possível visualizar vários elementos. O primeiro deles menciona que a pena é uma sanção imposta pelo Estado, de forma que este é a entidade legalmente competente e, portanto, autorizada, a regular as relações sociais impondo regras e fiscalizando seu cumprimento, com objetivo de garantir a paz social e o convívio harmônico entre os homens. Percebe-se que o Estado realiza uma espécie de controle social, normatizando e impondo penas àqueles que violem bens jurídicos legalmente protegidos.

O Estado, no entanto, não dispõe de poderes ilimitados, pois a própria Constituição impõe restrições a atuação deste, por meio de medidas protetivas aos indivíduos na

forma de garantias e direitos fundamentais e individuais, a exemplo do direito da ampla defesa e contraditório e da presunção de inocência, institutos oriundos do princípio do Devido Processo Legal.

Cabe ao Estado, por conseguinte, o exercício do *ius puniendi* apenas quando o indivíduo viola preceitos legais e pratica ações delituosas, em observância ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expressão cunhada por Feuerbach no início do século XIX e que consagra o princípio da reserva legal. Este e o princípio da legalidade estão previstos no art. 1º do Código Penal Brasileiro no qual preceitua que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação penal”⁴⁰, bem como no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal.

É necessário, portanto, lei em sentido estrito, oriunda do poder legislativo competente, em conformidade com o processo constitucional de elaboração das normas, para fixação de normas penais incriminadoras e suas respectivas penas.

As normas penais incriminadoras possuem duas partes distintas que são o preceito primário e o secundário. No preceito primário o crime ou fato típico ilícito é descrito, enquanto no preceito secundário são dispostas as consequências jurídicas desse ilícito, as chamadas penas.

Para Cláudio Brandão o ordenamento punitivo exige para caracterização do preceito penal ou da sanção a formalização legal da conduta e de sua consequência.⁴¹

A pena, ainda, é imposta por meio de uma ação penal, que representa o instrumento processual legalmente instituído para o devido julgamento das infrações penais cometidas pelos homens, visto que uma vez suprimida a autodefesa, cabe ao Estado dirimir os conflitos entre os indivíduos. Surge, como consequência direta, o direito do cidadão de provocar a atividade jurisdicional do Estado para solucionar os seus litígios e reconhecer os seus direitos, que, no âmbito do direito penal, denomina-se direito de ação penal.⁴²

38 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 545.

39 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 183.

40 BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. Brasília. DF.

41 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2010. p. 165

42 MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito**

A ação penal constitui apenas uma parte da persecução penal, já que esta se inicia por intermédio de inquérito policial, na fase de investigação policial, ou outros meios como sindicância administrativa etc.

As espécies de ação penal são definidas de acordo com sua legitimidade e classificam-se em ação penal pública (incondicionada e condicionada) e ação penal privada (exclusiva ou privada subsidiária da pública).

No que se refere à noção retributiva da pena defendida por Soler, cabe destacar o que a esse respeito declara Bitencourt:

Ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais – para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena.⁴³

No entanto, na evolução do direito penal, notam-se rupturas quanto ao caráter retributivo das penas para uma ideia de prevenção, seja geral ou especial, além da finalidade de ressocialização apresentada no escopo do estudo da criminologia.

Como a ideia de pena está estritamente vinculada ao tipo de Estado vigente, nos Estados absolutistas, em que Estado e religião se confundiam de tal maneira que o rei era considerado como a personificação de alguém cujo poder era concedido por Deus, imperava a noção de pena como retribuição. O que significava que à pena cumpria realizar à justiça.

Nessa perspectiva surge a Teoria retribucionista ou absoluta da pena, cujos mais expressivos defensores são Kant e Hegel, que buscavam justificar a aplicação das penas.

Para Kant: “o efeito jurídico de um delito é a pena (poena)”⁴⁴, este pensava a pena como retribuição e defendia sua aplicação pela simples prática do delito, seus argumentos eram: “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonra,

penal. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 320.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11.ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 81.

44 KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Vozes: 2013. p. 25.

desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltrataste ou te mata a ti mesmo”.⁴⁵

O pensamento Kantiano no tocante à noção de pena carrega, conquanto, um conteúdo moral, já que considera que o réu deve sofrer o castigo da pena pela única razão de ter cometido o crime, sem nenhuma consideração sobre a utilidade desta e sua repercussão sob o comportamento do indivíduo e os demais.

Ao contrário desse entendimento, Hegel fundamenta a pena numa concepção jurídica e não moral, em seus dizeres: “a pena é a negação da necessidade do Direito”, que simboliza a necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, expressa na ordem jurídica e negada pela vontade do delinquente.⁴⁶

Dessa forma, de acordo com essa tese, na ocorrência do delito, e conseqüente negação da ordem jurídica, imprescindível o restabelecimento desta pela negação do delito, através da imposição de uma sanção penal, resultando no equilíbrio social.

Hegel utiliza em sua tese o método dialético, visto que é proposta uma tese, expressa na vontade geral ou ordem jurídica, uma antítese, exposta pela negação do ordenamento jurídico e por fim a síntese, que é a negação da negação. Assim, a imposição da pena se justifica para restabelecer a ordem jurídica quebrada.

As teorias relativas ou preventivas da pena expressam a noção de utilidade da pena, na medida em que esta se justifica para que se evite a prática de crimes pelos indivíduos em geral e que o delinquente não volte a delinquir, servindo como uma espécie de temor e receio aos integrantes da sociedade.

A finalidade da pena defendida por essas teorias não se fundava na busca pela justiça, mas serviria para impedir, o quanto possível, a prática de delitos.

A Teoria da Prevenção geral da pena se direciona à totalidade das pessoas, produzindo sobre elas, algum efeito de intimidação e temor, ao defender que a simples aplicação das penas teria a função de reprimir comportamentos delinquentes por parte dos outros indivíduos.

Porém, para alguns doutrinadores, este

45 KANT, Emmanuel. **Princípios metafísicos de la doctrina del Derecho**. México, 1978. p. 27.

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral 1. 11.ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 86.

fundamento pode ser facilmente contestado pelo fato de que novos delitos são cometidos diariamente, questiona-se a eficácia desta proposição.

Seguindo as críticas a essa teoria, oportuno registrar o que Shecaria e Corrêa Junior citam em sua obra “Teoria da pena”:

Destarte, a teoria da prevenção geral negativa (intimidação) não tem conseguido justificar a aplicação da sanção penal. Se o Estado pune o delinquentes para que, com isso, consiga inculcar o medo nos demais agregados sociais, a pena não está apoiada na culpabilidade, mas se restringindo a uma ação de intimidação através da punição exemplar daquele que cometeu o ato ilícito. Tal ideia não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito. O art. 59, caput, do Código Penal estabelece que o juiz deve observar a culpabilidade do agente na fixação da sanção penal, ou seja, a culpabilidade deve limitar e condicionar a aplicação da pena, pois se caracteriza como verdadeiro limite e pressuposto desta.⁴⁷

Coerente essa consideração, já que a pena está intimamente vinculada à culpabilidade, de forma que sem essa, não haverá sua imposição.

A teoria da prevenção especial positiva se dirige ao autor da infração, de forma a tentar evitar que este não mais incorra em erro, evitando reincidência e prevenindo novos crimes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das teorias analisadas no decurso deste trabalho, notadamente de Kelsen e Bobbio e do Direito Penal, pode-se concluir que as inelegibilidades trazidas pela Lei da Ficha Limpa, decorrente de condenações criminais, possuem estreita relação com os crimes por ela taxativamente elencados, visto que sua hipótese de incidência pressupõe a prática desses crimes e, portanto, a não ocorrência desses afasta sua aplicação.

Constatada essa vinculação e interdependência entre os crimes definidos e a condição de inelegibilidade, passa-se a conceituar a natureza desta, que nada mais é do que uma limitação ou restrição ao direito político de ser votado ou disputar um cargo eletivo, o chamado *jus honorum*, que simboliza uma das formas de participação da política do Estado de maneira direta, seja nos cargos do poder executivo, responsáveis pela condução e execução de políticas públicas e elaboração de programas de governo, seja na fiscalização e elaboração das leis quando na atuação na esfera legislativa.

Percebe-se que a inelegibilidade aqui tratada significa um mal advindo de um ato ilícito, tipificado como crime.

Conforme entendimento da doutrina de Kelsen, o ato ilícito é aquele cuja norma positiva alguma consequência ou ato de coação, sanção. Assim, para Kelsen, o ato ilícito pressupõe a quebra de um dever ser jurídico ou uma ofensa a uma obrigação legal a todos imposta o que resultaria numa consequência imposta pela norma como meio de reestabelecer o ordenamento jurídico e fazer valer sua imposição perante todos.

Confirmando essa vinculação, Bobbio declara que a sanção é a resposta à violação de normas de um sistema normativo.

Baseado nesses ensinamentos, é possível deduzir que a inelegibilidade, por possuir vinculação direta com tipos penais tipificados como crimes e resultar num mal, ou limitação de direito, tem nítida natureza sancionatória, porém, consoante a doutrina penalista, e em conformidade com o princípio da reserva legal, corolário da legalidade, não se pode dizer que essa hipótese de inelegibilidade seria sanção penal, pois para tanto, imprescindível sua positivação em preceito secundário de norma incriminadora em obediência ao princípio geral do direito penal, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Nesse sentido, importante salientar que a lei da ficha limpa não normatiza crimes, mas causas de inelegibilidade originárias de condenação criminal, tendo como resultado a subtração de direito político fundamental de concorrer a um mandato político, alterando o status do cidadão perante o regime jurídico-eleitoral, tendo em vista a moralidade e lisura

47 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 131.

do processo eleitoral, impedindo candidaturas de pessoas que possuam histórico de mácula em sua vida pregressa.

Pertinente concluir também que, baseado nas teorias ora analisadas, as causas de inelegibilidade previstas na constituição, a despeito de caracterizarem um impedimento ao exercício da capacidade eleitoral passiva, e, portanto, um prejuízo, não possuem vinculação a atos ilícitos, o que as exclui do conceito de sanção empregado tanto por Kelsen como por Bobbio, figurando apenas como critérios e requisitos de cunho negativo para a aquisição de elegibilidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber; VELOSO, Carlos. **Elementos de direito eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARREIROS Neto, Jaime; BARRETTO, Rafael. **Direito eleitoral**: para os concursos de técnico e analista dos TREs e TSE. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral: 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**; tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

_____. **Teoria da norma jurídica**; tradução [de] Fernando Pavan Baptista, Ariani Bueno Sudatti; apresentação [de] Alaôr Caffé Alves. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010.

Brasil. **Código penal e Constituição federal**. [obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha]. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. xxx, 714, 188 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código Eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: TSE, 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010 de 4 de junho de 2010. Dispõe sobre casos de inelegibilidade e outras providências. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código Eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: TSE, 2016.

BRASIL. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm >. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1063. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2013. **DJ- Diário da Justiça**. Brasília, DF, 27 abr. 2001. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1588382>>. Acesso em 4 mar. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v.2

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do

Cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mia_MA_19926.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.

DECLARAÇÃO de Direitos do Povo da Virgínia. Estado da Virgínia em 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Declaração>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la doctrina del derecho**. México, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1996.

RAMIREZ, Juan Bustos; MALARÉE, Hormazábal Herman. Pena y estado. In: _____. **Bases críticas de um nuevo derecho penal**. Bogotá: Temis Librería, 1982. p.115-150

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Porto Alegre: Edipro. 2015. p. 18.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.