



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE QUANTO À VALIDADE DA SUSPENSÃO DO DIREITO DE VOTAR DO
CIDADÃO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Priscila da Silva Simões

Rio de Janeiro
2018

PRISCILA DA SILVA SIMÕES

ANÁLISE QUANTO À VALIDADE DA SUSPENSÃO DO DIREITO DE VOTAR DO
CIDADÃO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

ANÁLISE QUANTO À VALIDADE DA SUSPENSÃO DO DIREITO DE VOTAR DO CIDADÃO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Priscila da Silva Simões

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – Considerando que a maioria das pessoas acredita que a vida digna continua sendo um direito fundamental das pessoas que foram condenadas criminalmente, são perturbadoras as notícias recorrentes que relatam a situação degradante nos presídios. Essa conjuntura acarreta o questionamento quanto a quais direitos não deveriam ser suspensos em decorrência da condenação criminal. Dentre os direitos que atualmente são suspensos, encontram-se os direitos políticos. A essência do presente trabalho é analisar a validade da fundamentação jurídica e social que justifica a suspensão do direito de votar do cidadão condenada por sentença criminal transitada em julgado e apontar maneiras de operacionalizar o voto dessas pessoas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Suspensão dos Direitos Políticos da Pessoa Que Se Encontra Condenada Por Sentença Criminal Transitada em Julgado. Art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Voto. Interpretação Constitucional. Moral. Políticas Públicas.

Sumário – Introdução. 1. O fundamento jurídico-constitucional que supostamente justificaria a suspensão dos direitos políticos da pessoa que se encontra condenada por sentença criminal transitada em julgado. 2. O fundamento não jurídico que justifica a suspensão dos direitos políticos da pessoa que se encontra condenada por sentença criminal transitada em julgado: um debate a respeito da consistência de um argumento baseado na moral. 3. O dever jurídico do Estado de instrumentalizar o voto transformativo das pessoas que se encontram presas: um debate acerca do dever constitucional do Estado de reduzir danos e do princípio da reserva do possível. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Muitos diriam que a privação do direito de votar de determinado grupo é inconstitucional por ofender a dignidade humana e por desrespeitar o princípio da igualdade, mas essa seria uma simples constatação. Isoladamente, esses argumentos não seriam aptos a demonstrar que, tecnicamente, o constituinte originário não permitiu a suspensão do direito de votar da pessoa que se encontra condenada criminalmente. O que se buscará no presente trabalho é adentrar no âmago do argumento contrário à efetivação dos direitos do condenado, bem como, oferecer elementos para a criação de medidas aptas a operacionalizar o direito de votar das pessoas que se encontram presas.

O enfoque do presente artigo é examinar a interpretação equivocada do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, analisar a consistência dos argumentos contrários à

garantia dos direitos políticos da pessoa que se encontra condenada, e, ao final, propor maneiras de instrumentalizar o direito de votar desses cidadãos.

Primeiramente, se faz necessário destacar, sucintamente, a evolução histórica das constituições quanto ao objeto principal aqui estudado. Diferente de como é hoje, na Constituição (Cidadã) de 1988, em momentos passados, como na Constituição de 1967, havia a possibilidade – e não a certeza – de que o direito de votar das pessoas que se encontravam condenadas seria suspenso. Havia análise mais aprofundada, caso a caso, em que se era respeitado o direito à ampla defesa. Também havia previsão constitucional quanto a necessidade de lei complementar regulamentando a matéria.

Observando o exposto no parágrafo anterior e considerando as características que a Constituição de 1988 apresenta, principalmente quanto aos seus traços ampliativos dos direitos fundamentais e quanto a sua tendência de garantir maior proteção aos direitos individuais, é oportuno dedicar um olhar mais detido às restrições dos direitos políticos que, aparentemente, advém dela.

Assim, é pertinente indagar: considerando que o art. 15 da CRFB/88 – que supostamente fundamenta a suspensão do direito de votar das pessoas que se encontram presas – possui expressão vaga que comporta inteligências variáveis, é adequado se interpretar esse dispositivo de forma ampliativa, a fim de abarcar não só a legitimidade política ativa, como também a legitimidade política passiva?

O tema não é problemático apenas por tratar da suspensão dos direitos de uma parcela da sociedade. O tema é problemático em razão dos direitos em debate e dos destinatários dos direitos aqui pleiteados.

O direito que aqui se discute são os direitos políticos. O exercício desses direitos possibilita a criação e disseminação de debates políticos capazes de direcionar, de forma efetiva, projetos que possuem o potencial de repercutir diretamente na sociedade. Como por exemplo, um espaço considerável nas propostas de governo dos candidatos à eleição destinados a promessas de investimentos em presídios, ou, quem sabe, uma bancada legislativa direcionada à defesa desse grupo, tão populoso e tão pouco representado, de pessoas que se encontram presas.

Os destinatários dos direitos aqui debatidos tornam essa discussão ainda mais polêmica, trata-se de um grupo específico, destinatário de um discurso de ódio, segundo o qual, a população carcerária é um grupo que não merece a mesma respeitabilidade social dos demais indivíduos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando elementos que mostram que o texto do artigo 15, da CRFB/88, admite variadas interpretações, dentre as quais, a que se tem dado a esse artigo é equivocada. No final do capítulo, será apresentada uma forma mais adequada de interpretação.

Segue-se, comprovando que o argumento que fundamenta essa suspensão não é de ordem jurídica e sim, moral. No final do capítulo, questionando-se à credibilidade do argumento moral e de sua aptidão para fundamentar uma hipótese de suspensão dos direitos políticos.

E no terceiro capítulo, com base nas situações específicas do grupo de pessoas encarceradas, propõe-se medidas aptas a instrumentalizar o direito de voto da pessoa que se encontra presa no Brasil. Ressalta-se o elemento condicionante para que os indivíduos possam tomar decisões importantes, como, por exemplo, em quem votar, qual seja, o acesso a diferentes discursos eleitorais, que se confere por meio da ampla informação.

Dessa maneira, tão importante quanto à instrumentalização do direito de votar das pessoas que foram condenadas, é a garantia do acesso às pessoas que se encontram presas das diferentes propostas de governo.

Por fim, diga-se que a metodologia a ser aplicada é a de natureza qualitativa, descritiva e bibliográfica, na medida em que se valerá da bibliografia analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar sua tese.

1. O FUNDAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL QUE SUPOSTAMENTE JUSTIFICARIA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DO CONDENADO

Inicialmente, cabe destacar que o artigo 15, inciso III, da CRFB/88, prevê que serão suspensos os direitos políticos das pessoas condenadas criminalmente¹. E é em razão desse dispositivo que hoje, no Brasil, 726.712² pessoas que se encontram presas são impedidas de votar. Esse dado advém do levantamento nacional de informações penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

¹ Diga-se, condenação penal transitada em julgado.

² Levantamento nacional de informações penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em: 23 de abr. de 2018.

Considerando os dados acima e constatando a grande quantidade de pessoas que se encontram encarceradas, fica evidente que a presença desses votos nas eleições geraria reviravoltas significativas no cenário político do país. Tendo em vista que um dos requisitos para a legitimidade do voto, é de que ele seja universal, inclusive sendo está uma cláusula pétreia prevista no art. 60 § 4, inciso II, da CRFB/88³, a restrição ao exercício do direito de votar de determinado grupo põe em xeque a própria legitimidade das votações, e com isso o sistema eleitoral. Em razão dessas incongruências, é imprescindível que se questione se a interpretação atualmente conferida a esse dispositivo, de fato, é a mais adequada.

Esse questionamento só é pertinente pois o artigo 15, inciso III, da CRFB/88, possui em seu texto a expressão direitos políticos. E essa expressão pode se referir tanto à capacidade política ativa, quanto à capacidade política passiva, ou seja, o caput do artigo 15, inciso III, da CRFB/88, pode estar se referindo tanto ao direito de votar, quanto ao direito de ser votado.

O método interpretativo que foi utilizado para pacificar diversos questionamentos judiciais a respeito da suspensão dos direitos políticos da pessoa presa é um método válido, conforme o RE 179502-6⁴, porém, sustenta-se nesse trabalho que em razão da evolução histórica, social e do presente cenário político é necessário que se realize uma releitura constitucional do art. 15, inciso III, da CRFB/88, para que se passe a entender que esse dispositivo constitucional não suspende a capacidade política ativa das pessoas que se encontram presas.

No julgamento mencionado acima, a leitura que foi dada ao dispositivo constitucional em questão foi uma interpretação gramatical, em que se entendeu que onde a Constituição não fez distinção, não caberia ao interprete fazer. E assim, como o caput do art. 15, da CRFB/88, não fez qualquer distinção entre os direitos políticos que poderiam ser suspensos, este dispositivo estaria abarcando tanto o direito de votar, quanto o direito de ser votado, logo, pessoas que se encontram presas não poderiam nem votar e nem ser votados.

Ocorre que esse método interpretativo não se mostra o mais adequado, uma vez que o dispositivo a ser interpretado possui palavras com imprecisão na determinação do seu conteúdo, ou seja, a norma possui disposições de conformação normativo-material

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 mar. 2018.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 179502-6*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível e: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

fragmentaria e fracionada. O artigo possui expressão que requer ser previamente preenchida e concretizada, para serem realizados no sentido de uma aplicação jurídica.⁵

Defende-se aqui que a interpretação restritiva do dispositivo é a mais adequada. Assim, a expressão "direitos políticos" somente estaria abarcando a legitimidade política passiva dos condenados, ou seja, o direito de ser votado. Essa interpretação traria, inclusive, maior coerência ao texto constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos e que o voto, que é o instrumento escolhido para a efetivação dos direitos políticos, é universal, ao passo que restringe a possibilidade de ser votado ao impor condições de elegibilidade⁶.

Outro motivo que justifica ser essa a interpretação mais adequada é a de que a suspensão de um direito fundamental provoca consequências sociais contrárias à emancipação social de determinado grupo. O que está evidenciado em razão da situação calamitosa que se encontram os presídios. Dr. Rodrigo Duque, doutrinador e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, acrescenta ainda, que a restrição ao direito político do condenado configura um "instrumento de estigmatização e seletividade, que só amplia a já abissal distância entre o cárcere e a vida em liberdade"⁷.

O contexto político atual revela que a atuação política dos candidatos eleitos, ao longo de todo o mandato, se orienta em razão dos votos angariados na época das eleições. Assim, por exemplo, em geral, a bancada ruralista, que é uma frente parlamentar que atua no interesse dos proprietários de áreas rurais, é particularmente atuante na oposição de projetos de lei que objetivam a reforma agrária.⁸ Esse é apenas um exemplo, mas que mostra a imprescindibilidade de combater uma interpretação que resulta na suspensão dos direitos políticos de determinadas pessoas, uma vez que essa restrição determina se certo grupo terá condições reais de possuir representação política, ou não.

Debater a maneira de interpretar esse dispositivo constitucional é fundamental, também, pois, hoje, a representação política determina o direcionamento dos investimentos realizados em políticas públicas.

⁵ Bökenförde e MENEZES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2. ed.- São Paulo: Saraiva, 2016, p.91.

⁸ COSTA, Sandra Helena Gonçalves. *A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no congresso nacional*. 2013. 325 f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-08012013-143125/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

É importante destacar que a crítica que se realiza nesse trabalho engloba toda e qualquer restrição ao direito de votar, seja ela referente aos conscritos ou até mesmo aos estrangeiros residentes no país, uma vez que se entende que a restrição a esse direito acarreta uma barreira intransponível ao alcance da representação política adequada, e, também, que esse ato de restrição é fruto de um posicionamento tirânico e atentatório à Democracia.

Porém, diante dessas várias hipóteses de violação ao direito de votar, se optou nesse trabalho por analisar os entornos da hipótese da restrição dos direitos políticos do condenado, pois, dentre todas as hipóteses, é a que gera consequências mais drásticas uma vez que impede a emancipação social de um grupo já à margem da sociedade.

Outro motivo que leva à conclusão de que a melhor forma de interpretar o art. 15, inciso III, da CRFB/88, é a forma que permite às pessoas que se encontram presas o direito de votar é o de que a evolução social caminha emparelhada com os princípios constitucionais, em especial, o princípio da igualdade, previsto no art. 5, inciso II, CRFB/88.

O que essa evolução tem demonstrado é que com o passar do tempo, se torna cada vez mais possível a igualdade de direitos entre pessoas que, infelizmente, há algum tempo, pareciam estar em desigualdade de capacidade com outras. Prova desse avanço é o voto da mulher.

Igualar o avanço social que se obteve com o voto da mulher ao avanço social que se terá com o voto dos condenados é entender que, como as mulheres, os condenados também merecem a emancipação social. E essa emancipação social se dará por meio de um conjunto de medidas, que inclui, dentre outras, o reconhecimento da autonomia individual desses sujeitos, que se instrumentalizará por meio do voto.

Nesse sentido, também caminha a ordem internacional, muito bem colocado pelo Defensor Público do Rio de Janeiro e doutrinador, Rodrigo Duque Estrada Roig⁹:

São uníssonos os instrumentos internacionais de tutela dos direitos humanos, quando dispõe, por exemplo, que "toda pessoa tem direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos" (art. XXI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos) ou que "todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução de assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país" (art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

⁹ ROIG, op. cit., p. 90-93.

Também é possível que seja feita uma análise específica considerando a estrutura do art. 23 do Pacto San Jose da Costa Rica¹⁰. No seu art. 1, se dispõe no sentido de que todos os cidadãos devem gozar dos direitos políticos, podendo essa regra ser regulada. O ponto que deve ser ressaltado nesse momento é o de que há diferença entre regular o direito político, como está previsto no tratado, e suprimir o direito político, como ocorre no caso de condenação penal com trânsito em julgado.

Para dissipar qualquer dúvida a respeito da interpretação do referido dispositivo, no art. 29, item "c", do referido tratado, é previsto que nenhuma disposição da convenção poderá ser interpretada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

Assim, sendo o voto, uma ferramenta do cidadão que decorre da forma democrática representativa de governo, mostra-se totalmente desarrazoado, principalmente tendo a Constituição permitido interpretação diversa, que o direito de votar do condenado seja suspenso em razão da condenação.

Para estar em harmonia com os tratados internacionais, a única leitura possível do art. 15, inciso III, da CRFB/88 é àquele que reconhecendo o caráter emancipatório do voto, o garante para o maior grupo de pessoas – no caso aqui discutido, os condenados¹¹- e interpreta restritivamente o referido dispositivo, apenas reconhecendo a suspensão dos direitos políticos passivos, ou seja, de ser votado e não de votar.

Quanto aos precedentes relativos à matéria, propõe-se um *overruling*¹², para que se reconheça a impropriedade da suspensão dos direitos políticos dos condenados, em razão da sentença transitada em julgado, de acordo com as lições de Patrícia Perrone Campos Mello.¹³

Com isso, o afastamento desse precedente jurisprudencial se dará em razão da incongruência social que se tem entre determinada solução e aquilo que o bom sensu indica como justo.

¹⁰BRASIL. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 fev. 2018.

¹¹ Diga-se: condenados criminalmente por sentença penal transitada em julgado.

¹²*Overruling* é a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial, pode-se, no Brasil, de maneira difusa ou concentrada.

¹³MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233-245.

2. O FUNDAMENTO NÃO JURÍDICO QUE JUSTIFICA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DO CONDENADO¹⁴: UM DEBATE A RESPEITO DA CONSISTÊNCIA DE UM ARGUMENTO COMPOSTO PELA MORAL

Inicialmente, para que se possa enfrentar o assunto proposto, é necessário suscitar a estranheza do cenário abordado. Asseguro que tal estranheza não advém de ser algo incomum, mas da desarmonia do conjunto de elementos do quadro proposto. Suspeitando do caráter polêmico da conclusão, mostra-se razoável que se parta de premissas comuns a todos.

Deve-se adotar como premissa o conceito de democracia utilizado por Sartori¹⁵, segundo o qual para se ter uma democracia não é suficiente um sistema de governo em que os dirigentes sejam escolhidos, periodicamente, por meio de eleições populares, mas deverá ser provável, que nesse sistema, ocorra a concretização dos direitos fundamentais considerando a igualdade fática e política entre os cidadãos.

Outra premissa incontestável é a de que o voto é um instrumento para a efetivação do exercício do direito político que consiste em escolher seu representante oficial, e que possui como principal critério a ser sopesado nessa escolha, é o consórcio entre a necessidade de determinado grupo, ou pessoa, e as propostas de determinado candidato ou partido.

Sugere-se, para imersão no tema, que se projete um cenário em que o território seja figurado por um uma flâmula verde-louro, que a história ocorra em uma República Democrática de Direito, a soberania signifique as regras de legitimação dos representantes do povo, e dentre o povo, uma mulher e um homem delinquente.

Essa cena se passa em algum mês de outubro, posterior à 24 de fevereiro de 1932¹⁶, sendo assim, o delinquente é o único cidadão de segunda categoria¹⁷ que não vota. Seguindo a narrativa, decisões que afetam a todos são tomadas por apenas alguns.

É incontroversa a importância da participação das pessoas na formação da vontade do Estado, que hoje se dá por meio do voto. Ora, tomando essa premissa incontestável como verdadeira, é fácil compreender que a restrição ao direito de voz de qualquer grupo em uma

¹⁴ Diga-se, condenado com sentença criminal transitada em julgado.

¹⁵ SARTORI e STRECK, Lenio. *A definição de democracia em uma era de confusão democrática*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-04/diario-classe-definicao-democracia-confusao-democratica>> Acesso em: 4 mar.2018.

¹⁶ O direito das mulheres de escolher seus representantes foi garantido em 1932, por meio do Decreto nº 21.079 do Código Eleitoral Provisório.

¹⁷ ROIG, op. cit., p. 35.

deliberação que irá afetar a todas as pessoas de todos os grupos, independente de terem se manifestado ou não, se mostra abusiva e desarrazoada.

Por isso, é importante destacar que há nesse trabalho a crítica a toda e qualquer restrição ao direito de voto, seja ela referente aos estrangeiros residentes no país ou aos conscritos, pois é, na realidade, um obstáculo intransponível para o alcance da representação política adequada desses grupos, e assim, algo atentatório ao Estado Democrático de Direito.

Deve-se entender como emancipação social àquele conjunto de medidas aptas à libertação de determinado grupo ou indivíduo que se vê em situação de desigualdade social, que se dá por meio do reconhecimento da autonomia pessoal do sujeito, que ocorre, inclusive, da garantia de votar.

Dentre essas restrições ao direito de votar, esse trabalho optou por analisar os entornos da hipótese da restrição dos direitos políticos da pessoa que se encontra condenada criminalmente, prevista no art. 15, inciso III, da CRFB/88¹⁸, por gerar consequências flagrantemente drásticas na medida em que impede a emancipação social de um grupo já à margem da sociedade.

Sem qualquer relação lógica, a sentença criminal condenatória suspende o exercício dos direitos políticos e a "supressão do direito de voto representa uma espécie de "morte civil" das pessoas presas", como bem retrata Rodrigo Duque¹⁹, ou, segundo Salo de Carvalho, os torna uma classe "apátrida"²⁰.

Tal feito carrega como falsa justificativa a barreira jurídica fundamentada no texto do art. 15, inciso III, da CRFB/88²¹, mas, como visto no capítulo anterior, essa barreira é inconsistente. Resta então mostrar e combater as reais motivações que justificam privação do direito de votar dos condenados.

Como visto, a restrição ao direito de voto do cidadão que se encontra preso é cercada de diversas pseudo justificativas jurídicas, enquanto alguns, justificam tal medida no texto constitucional, outros defendem na falta de regulamentação legal. Porém, em um segundo plano, tanto na ordem social, quanto na ordem jurídica, o fundamento para que condenados não possam votar toma como base a suposta, falta de idoneidade desse grupo.

Assim, a segunda barreira a ser superada é a barreira moral, em realidade, a resposta imediata dos que entendem que os condenados não devem votar é de que por terem cometido

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁹ ROIG, op. cit., p.91.

²⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3 ed.- Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p.161.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

um crime, provaram que não compartilham dos mesmos valores morais que orientam uma sociedade organizada, o que configura um argumento baseado na análise ética da situação.

Essa constatação, da existência de um argumento moral quanto à restrição do direito de voto do cidadão que se encontra condenado criminalmente, não está presente apenas nas respostas da sociedade, mas também no meio jurídico, como se pode depreender da análise da análise do discurso jurídico do voto do Ministro Celso de Mello, no RE nº 179.502-6 SP²².

Nesse voto, o Ministro faz referência à obra de Manuel Gonçalves Ferreira Filho²³, que se refere a Pontes de Miranda²⁴, que conclui, esse último, que a previsão constitucional de suspensão dos direitos políticos em razão de sentença condenatória se justifica na inidoneidade do condenado para participar dos negócios públicos.

Faz-se importante, nesse ponto, breves considerações a respeito do que se pode entender por moral, se é que há consenso na doutrina.

Admitindo-se que moral é fruto do padrão cultural eleito como o mais adequado e coerentes com o convívio social, é necessário a reflexão, conforme Pierre Bourdieu²⁵, ao tratar sobre culturas. Pois não existe uma cultura superior a outra, apenas, em determinado momento histórico, certos grupos são considerados mais legítimos do que outros, o que é justificado em decorrência da existência de classes dominantes no poder, processo chamado pelo autor de Arbitrário Cultural Dominante.

Outro argumento que não permite resquícios de dúvida quanto à existência de uma barreira moral no discurso dos que defendem, tanto na sociedade, quanto na comunidade jurídica, a ideia de que pessoas que se encontram presas não podem votar é o parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 425, de 2009, a respeito da Proposta de Emenda Constitucional nº 65/03.²⁶

Essa proposta tinha como objetivo dar nova redação ao art. 15, da CRFB/88²⁷, para permitir o voto facultativo dos cidadãos que se encontram presos e manter sua inelegibilidade.

²² Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 179.502-6*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

²³ MELO, Celso, em seu voto no *Recurso Extraordinário nº 179.502-6*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

²⁴ Ibidem.

²⁵ BOURDIEU apud NOGUEIRA, Cláudio Marque, NOGUEIRA, Maria Alice. *A Sociologia da Educação de Pierre Bourdieu: limites e contribuições*. Educação e Sociologia, n. 78, p.12-36, Abril/2002. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/h7ypvm>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

²⁶ BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 65/03*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/60853>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

Nesse parecer, a CCJ findou o processo sob o argumento de que os condenados não podem votar, pois tais pessoas estão em dívida com a sociedade.²⁸

Assim, forçoso concluir que além da barreira legal, falaciosa, tratada no capítulo anterior, existe, também, uma barreira moral no discurso dos que defendem que cidadãos presos não podem votar não devem votar.

Porém, não é consistente fundamentar uma medida tão drástica, como a suspensão dos direitos políticos em uma decisão fundamentada em questões éticas, que por essência, é algo fluido, relativo e temporal.

Tendo sido derrubado o argumento da barreira legal no primeiro capítulo e deslegitimado o argumento da barreira moral no segundo capítulo, passemos a falácia da barreira material.

3. O DEVER JURÍDICO DO ESTADO DE INSTRUMENTALIZAR O VOTO TRANSFORMATIVO DAS PESSOAS QUE SE ENCONTRAM PRESAS: UM DEBATE ACERCA DO DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE REDUZIR DANOS E DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como visto nos capítulos anteriores, não existe obstáculo legal apto a impedir o direito de votar das pessoas que se encontram presas e o argumento moral que fundamente tal restrição foi facilmente vencido, logo, é forçoso concluir não havendo embaraços razoáveis que possam impedir a efetivação do direito de votar desses cidadãos, eles devem votar. Resta então determinar a quem cabe esse dever jurídico de garantir a efetivação desse direito.

Sabe-se que nem mesmo os direitos fundamentais ostentam caráter absoluto. Todos os direitos comportam restrições²⁹, sejam elas internas ou externas. No que se refere às limitações externas, Paulo Gustavo Gonet Branco de que elas podem advir do texto constitucional, ou do embate entre dois ou mais direitos fundamentais, hipótese em que será necessária a realização de uma ponderação³⁰. Porém, merece destaque a necessidade desse

²⁸Parecer da Comissão de Constituição e Justiça. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/60853>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

²⁹SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.230.

³⁰MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. Rev., E atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 536.

conflito de direitos fundamentais para que seja justificado a supressão de algum direito. O que se percebe com uma análise mais detida da suspensão dos direitos políticos dessas pessoas que se encontram encarceradas, é a falta de necessidade dessa supressão de direitos, uma vez que não há conexão lógica entre a condenação criminal e a impossibilidade de votar.

Então, resta apontar os motivos que fundamentam o dever do Estado de garantir à pessoa que se encontra presa o direito de votar e, também, analisar a viabilidade dos instrumentos aptos a viabilizar esse direito.

Inicialmente, o que fundamenta o dever jurídico do Estado de adotar medidas aptas a tornar o cumprimento da pena de prisão menos devastador é o dever jurídico do Estado de reduzir danos³¹, direito esse que encontra seu fundamento no art. 3, da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984³², segundo o qual, aos condenados serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, e também no art. 1, inciso III, da CRFB/88,³³ que prevê o que o Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e ele se estende todas as pessoas. Desse princípio é possível se depreender que é dever do Estado adotar medidas apropriadas para não acentuar as características já muito agressivas do aprisionamento.

Deve-se aceitar como imanente ao cumprimento de pena restritiva de direito à limitação de alguns direitos, como a própria liberdade de locomoção e a intimidade, em certa medida, mas é necessário se atentar para o fato de que a pena restritiva de liberdade não pode funcionar como uma carta branca para violar direitos que não possuem, ao menos, relação com as finalidades da pena.

À prática da política criminal que possui o enfoque em oferecer meios para que as pessoas que se encontram encarceradas tenham seu nível de vulnerabilidade diminuída, Eugenio Raúl Zaffaroni³⁴, se dá o nome de clínica de vulnerabilidade. Nessa política criminal alternativa, propõe o autor, a pessoa presa deixa de ser inferior e passa a pertencer ao mesmo patamar de toda e qualquer pessoa através do oferecimento de alternativas, como estudos profissionalizantes. Nesse passo, garantir o direito de votar do cidadão que se encontra

³¹ROIG, op. cit., p. 351.

³²BRASIL. *Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

³³BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁴PRETTE, Emanuella Machado. *Clínica da Vulnerabilidade à luz de uma política criminal alternativa voltada a egressos do sistema penitenciário.* Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090205125549106>. Acesso em: 26 mar. 2018.

encarcerado certamente potencializaria a reinserção social dessas pessoas, na medida em que manteria aceso nelas o sentimento de que continuam integrando a comunidade.

Após se ter analisado os fundamentos que justificam o dever do Estado de instrumentalizar o direito ao voto da pessoa que se encontra presa, passemos a análise da viabilidade de colocar em prática essa medida.

A sugestão aqui proposta, com o perdão da obviedade, é de que sejam instaladas sessões eleitorais em todos os presídios do Brasil para que todas as pessoas encarceradas votem. A junção de três fatores comprova a viabilidade prática da medida de instalação de sessões eleitorais em todos os presídios.

Primeiramente, o fato de que no Brasil às pessoas que se encontram presas provisoriamente é garantido o direito de votar, uma vez que o dispositivo constitucional, que prevê a suspensão dos direitos políticos das pessoas condenadas, não alcança as que se encontram presas sem sentença penal condenatória transitada em julgado. Posteriormente, tem-se que o direito de votar das pessoas presas provisório além de contar com fundamentação legal, prevista no art. 136, da Lei nº 4737 de 15 de julho de 1965³⁵, que dispõe a respeito do dever de serem instaladas sessões eleitorais em estabelecimentos prisionais de internação coletiva onde haja, pelo menos, cinquenta eleitores. Dispositivo que foi regulamentado pela Resolução nº 23.465/2015³⁶, que trata da instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos prisionais e em unidades de internação de adolescentes. E por fim, a triste realidade retratada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen, de que, de forma ilegal³⁷, as pessoas que se encontram presas provisoriamente se encontram encarceradas juntamente com pessoas que possuem uma condenação criminal com trânsito em julgado e constituem quase 42% das pessoas que se encontram encarceradas³⁸.

Pode-se concluir então que em um cenário constitucional, mesmo que hoje, longínquo, em que seriam respeitados os direitos políticos das pessoas que se encontram presas provisoriamente, já deveriam haver em praticamente todos os presídios sistemas de votação. O que torna mais inadmissível qualquer argumento contrário à possibilidade de

³⁵BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acesso em 26 de mar. 2018.

³⁶Idem. *Resolução nº 23.465, de 17 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234612015.html>>. Acessada em: 26 mar. 2018.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁸Conforme Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, responsável pelo Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 41% das pessoas presas são presos provisórios. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em: 26 mar. 2018.

instrumentalização do direito de voto a todos as pessoas condenadas aa penas restritivas de liberdade do Brasil.

Atentando-se ao vasto cenário intolerável e permanente de violação de direitos fundamentais nas cadeias e presídios superlotados, conforme muito bem delimitado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao tratar em seu voto, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347³⁹,a respeito do estado de coisa inconstitucional⁴⁰. É pertinente antever o argumento a favor da limitação da atuação do Estado no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram presas, que provavelmente se resumirá na alegação de insuficiência de recursos públicos suficientes para a implantação dessas sessões eleitorais, ou seja, o cerne argumentativo se consistirá no princípio da reserva do possível.

Porém, como contra-argumento, deve-se ressaltar que a Corte Europeia de Direitos Humanos, já reiterou que havendo superlotação, cabe ao Governo Reclamado organizar o seu sistema penitenciário, a fim de garantir o respeito pela dignidade das pessoas que se encontram, independentemente das dificuldades financeiras ou logísticas⁴¹.

Assim, há um dever constitucional atribuído ao Estado de garantir aos cidadãos, estejam eles, presos ou soltos, a liberdade de exercer seu direito políticos fundamentais, uma vez que não há qualquer empecilho válido para o embaraço da efetivação concretização dessa medida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apontar a problemática gerada pela ausência do direito de votar do cidadão que se encontra encarcerado e discutir a respeito dos argumentos que supostamente legitimam a suspensão dos direitos políticos dessas pessoas.

Para tanto, foi vista e discutida a adequação e validade da interpretação literal do texto constitucional previsto no art. 15, inciso III, da CRFB/88 adotada pelos Tribunais Superiores.

³⁹_____.Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 5347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁴⁰CAMPOS, C. A. A. *.Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. 336p. Disponível em: <https://www.academia.edu/28966186/Estado_de_Coisas_Inconstitucional_Livro_>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁴¹ROIG, op. cit., p. 343-377.

Para, ao final, ter sido proposta a forma mais apropriada de se interpretar o referido artigo constitucional, que se deve ocorrer por meio da interpretação restritiva.

Posteriormente se comprovou, trazendo à baila, passagens do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE nº 179.502-6 SP, e também por meio do parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 425, de 2009, a respeito da Proposta de Emenda Constitucional nº 65/03, que, em verdade, o que justifica a suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente são argumentos com traços morais. Após, discutiu-se quanto a consistência e instabilidade do argumento que se fundamentam na moral, em razão da sua característica intrínseca de fluidez e temporariedade. E, ao final do capítulo, foi defendido que seja afastado esse argumento.

Por fim, após concluir pela ausência de justificativas jurídicas válidas e capazes de embasar a suspensão dos direitos políticos dos condenados, apontou-se o dever jurídico do Estado de implementar meio aptos a instrumentalizar o direito de voto do condenado. Fundamentou-se tal dever na obrigação legal do Estado de reduzir os danos gerados às pessoas condenadas criminalmente.

E, finalizando o terceiro capítulo, foi sugerido, para se operacionalizar e permitir o direito de voto da pessoa que foi condenado criminalmente e que se encontra presa, que sejam instaladas sessões eleitorais em todos os presídios do Brasil. Essa solução veio embasada na previsão legal prevista no Código Eleitoral segundo a qual, às pessoas que se encontram presas provisoriamente, na hipótese de contar o cárcere com mais de cinquenta pessoas nessa mesma situação, devem poder votar, devendo-se instalar sessões eleitorais nesses presídios. Tal previsão gerou ainda mais certeza quanto ao objeto do presente trabalho, uma vez que a existência de previsão legal da instalação de urnas nos presídios se mostra algo viável ao poder público. Sendo assim, devem ser instaladas sessões eleitorais nos presídios, logo, como diz o ditado popular, se Maomé não vai até a montanha, a montanha vai até Maomé.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. 3 ed.- Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> . Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Decreto nº 678*, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 fev. 2018

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm> . Acesso em: 23 mar. de 2018.

_____. *Lei nº 4737*, de 15 de julho de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm> Acesso em: 23 de mar. de 2018.

DIAS, José Orlando Lara. *A suspensão de direitos políticos decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado*. Disponível em: <http://www.tresc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/asuspensao-de-direitos-politicos-decorrente-de-sentenca-penal-condenatoria-transitadaem-julgad/indexef7f.html?no_cache=1&cHash=c5a940294da1c8a9cf174197a123a318>. Acesso em: 18 set. 2017.

DIAS, Wladimir Rodrigues. *Condenação Criminal e Direito a Voto*. In: JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

PUGGINA, Rodrigo Tönniges. O direito de voto dos presos. *Revista Sociologia Jurídica*. Número 03. Julho/Dezembro 2006. S/p. Disponível em: <<https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/o-direito-de-voto-dos-presos/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, João Abílio de Carvalho. *O voto do preso*. Disponível em: < <http://www.iaj.org.br>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 6 ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: TirantloBlanch, 2003.

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

VEGAS TORRES apud LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.