

O direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes submetidos a medidas socioeducativas

João Paulo de Campos Dorini*

Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro**

1. Introdução

Antes da criação da atual República do Brasil, viu-se negar o direito de voto a pobres, analfabetos, jovens, idosos, negros, indígenas, mulheres. Mas mesmo no novo capítulo da história brasileira, começado com a Constituição de 1988, nunca se deu cumprimento integral à noção de sufrágio universal (art. 14). Em diversos Estados do País, os presos provisórios, isto é, sem condenação criminal transitada em julgado, e os adolescentes submetidos a medidas socioeducativas nunca puderam votar.

O problema não é, certamente, de natureza jurídica. A Constituição da República elenca expressamente as hipóteses de perda dos direitos políticos: é o caso de quem está preso em razão de sentença criminal condenatória definitiva. Assim, contra quem não transitou em julgado sentença condenatória, quem se encontre custodiado apenas a título cautelar e provisório e quem sofre algum tipo de sanção sem natureza de pena está no pleno gozo de seus direitos políticos. No entanto, essa regra é flagrantemente ignorada sem qualquer justificativa plausível, como se sua desobediência pudesse ser uma atitude resguardável por qualquer “questão de princípio”.

A situação é tão grave que, em 24 de junho de 2005, foi apresentado o Requerimento nº 72 na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, para demandar a realização de “audiência pública para se discutir o direito de voto do preso e o descumprimento da Constituição Federal em relação ao direito de voto do preso provisório”. O pedido foi aprovado na semana seguinte, mas infelizmente isso não alterou a situação fática. Muitos Estados, como São Paulo, permaneceram a desrespeitar a Carta Magna, negando um direito político fundamental a uma parcela significativa do povo – que constitui quase metade da população carcerária, se considerarmos exclusivamente os presos provisórios.

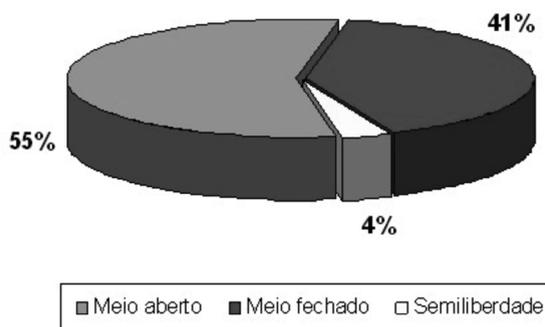
Segundo os mais recentes dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, em junho de 2008 existiam mais de 130 mil presos provisórios no Brasil. Para se ter ideia da dimensão desse valor, basta anotar que o número só era um pouco menor que o de presos em regime fechado, estimado em 164 mil, mas visivelmente maior que o de presos no semi-aberto (60 mil), no aberto (21 mil), sob medida de segurança/internação (3 mil) e sob medida de segurança/tratamento ambulatorial (500).

* Defensor Público Federal de Primeira Categoria
Titular do 1º Ofício Regional Cível da DPU/SP
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP

** Advogada em São Paulo

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) referentes aos anos 2005-2006, o total de adolescentes entre 12 e 18 anos cumprindo algum tipo de medida socioeducativa no Brasil era de 34.870, em números absolutos. Desse montante, 55% se encontravam em meio aberto, 4% em semi-liberdade e 41% em meio fechado – este último grupo equivalente a 14.192 jovens (quadro 1).

Quadro 1: Adolescentes em conflito com a lei, segundo o tipo de regime - 2006

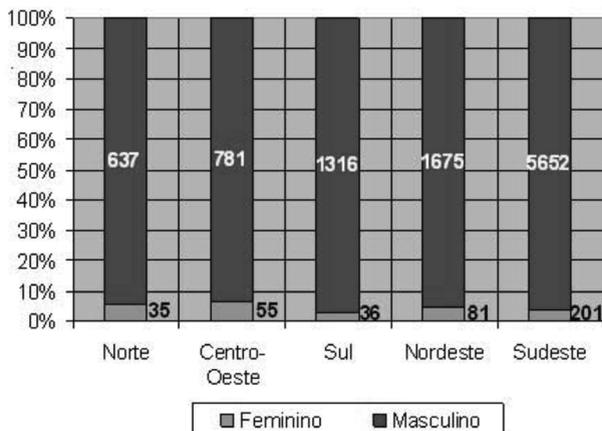


Fonte: Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA / SEDH / PR) – 2006 - Organização: Marcelo Iha (1)

Dados de 2006 provenientes da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apontam que a maior parte desses adolescentes (inclusive os de sexo feminino) estão internados na região Sudeste (quadro 2).

Quadro 2: Adolescentes cumprindo medida de internação segundo sexo e região¹

1 Fonte: SPDCA / SEDH / PR - 2006 - Organização: Marcelo Iha; acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/c77923d1-8adc-4a32-b460-60492c5cdf6a/Default.aspx>



Além disso, ainda de acordo com pesquisa realizada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, relativa aos anos 2004-2006, 926 jovens de São Paulo formam população em *internação provisória*, número que tem crescido 35% a cada dois anos. Apesar de terem direito ao voto, nenhum desses mais de 15.000 jovens o tem exercido em função da falta de interesse político do Estado, situação que contraria normas cogentes do ordenamento jurídico pátrio.

Em 19 de junho de 2008 foi realizada uma Audiência Pública organizada pela Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, da qual participaram a Procuradoria Regional da República da 3ª Região, Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Núcleo de Situação Carcerária), Promotoria de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e Associação Juízes para a Democracia (AJD), que comentaram os desafios da questão e a necessidade e possibilidade de superá-los todos.

A Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo já representou, nesse sentido, ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, mas em nenhuma das vezes obteve êxito. No último episódio, ocorrido na Sessão Administrativa de 16 de junho de 2009, o tribunal entendeu, por maioria (com apenas um voto dissidente), que o voto de presos provisórios é um direito fundamental “inexequível”, de impossível implementação.

Em 28 de agosto de 2009 foi ajuizada ação civil pública pela Defensoria Pública da União sobre o tema, no qual o juízo da 1ª Zona Eleitoral de São Paulo entendeu pela incompetência absoluta daquele órgão julgador. Apresentada apelação, aguarda-se seu julgamento.

1. O voto como direito-dever político na ordem jurídica brasileira

Robert ALEXY propõe que normas sejam expressões deônticas prescritivas de três tipos de relações, quais sejam, ordenatórias, permissivas e proibitivas². Elas se corporificariam em regras e princípios, distinguíveis pelo grau de abstração, mas fundamentalmente pela diferença de qualidade entre eles.

2 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e ss.

As regras, mais concretas, em caso de colisão entre si seriam contraditórias, de maneira que uma delas teria que sair do ordenamento jurídico para a preservação da coerência dele. Já os princípios, mais abstratos, como comandos de otimização se mostrariam sopesáveis em caso de conflitos, o que não invalidaria necessariamente nenhum deles³.

No caso, estamos diante de duas espécies de normas: permissivas aos cidadãos e ordenatórias ao Estado, constantes tanto de regras quanto de princípios. Vejamos como elas se apresentam no ordenamento pátrio.

1.1 Dos princípios constitucionais envolvidos

Fundamento é aquilo que serve de base para erigir alguma coisa, elemento indispensável sem o qual não se poderia construir nada. Também o Estado Brasileiro tem seus fundamentos, sendo certo que ao menos cinco deles constam expressamente da Constituição de 1988, como partes de um amplo pacto nacional. Ele estabelecem as razões da existência do próprio Estado, firmando, ainda, em um conciso plexo, os objetivos que uniriam todos(as) os(as) brasileiros(as).

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são dois desses cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II e III, CF), enquanto a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação injustificada, constitui um de seus objetivos (art. 3º, IV, CF). Quando o Estado desrespeita qualquer dessas normas, ele atenta contra sua própria legitimidade e contra a razão que justifica a sua existência.

Afinal, o Estado utiliza um poder que, na verdade, não é dele, posto que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF), e somente para servir ao povo, para o bem do povo. Eis o denominado princípio da soberania, outro fundamento do Brasil (art. 1º, I, CF).

Juridicamente, resta garantido que todas as pessoas não condenadas por sentença com trânsito em julgado no âmbito penal têm o direito fundamental de votar. Se cabe ao Estado garantir os meios para que isso ocorra (porque não pode haver uma obrigação de fim sem que esteja previsto implicitamente uma obrigação de meio) e ele não cumpre com o seu dever, restam feridos os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. E mais: se o Estado não o cumpre em razão da situação de tais pessoas serem presidiários(as) ou adolescentes em conflito com a lei, fica patente a discriminação que macula sua omissão.

A conduta discriminatória que motiva a omissão da prática de um dever enseja a configuração de patente imoralidade administrativa. Ademais, ao inviabilizar o voto desses cidadãos, o Estado descumpra lei federal (como se verá no próximo item), violando, assim, o princípio da legalidade concebido no *caput* do artigo 37 da CF:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (grifo nosso).

3 Para uma discussão que aprofunda um pouco mais essas diferenças: AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-34, jan./mar. 2005.

1.2 Dos direitos políticos

A Constituição Federal de 1988 estabelece, de um lado, que a soberania popular se exerce mediante o sufrágio universal, realizado de forma direta e secreta, configurando direito de participação na *res publica* impassível de supressão ou modificação, ainda que por via de emenda constitucional, por cuidar de cláusula pétrea (art. 60, §4º, II, CF). De outra parte, a Carta Magna prevê que tanto o alistamento eleitoral quanto o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos, e obrigatórios para os maiores de 18 anos (art. 14, *caput* e §1º, I, II, 'c', CF).

Em relação aos presos, somente têm suspensos os seus direitos políticos em caso de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III, CF). Antes da decisão definitiva ninguém pode ser tido por culpado – eis o que exige o inciso LVII do art. 5º:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A presunção da inocência, cláusula pétrea do ordenamento, ilide tentativas de equiparar a situação política do preso condenado definitivamente com a daquele que se encontra em circunstância precária, temporária, ainda passível de ampla apreciação judicial. Só no primeiro caso o direito ao voto se suspende, exceção à regra geral que contempla todos os cidadãos, garantindo-lhes o direito de participar do sufrágio.

Se a exceção só faz confirmar a regra, queda evidente, portanto, que restam incólumes as prerrogativas de todas as pessoas presas a título meramente cautelar e, portanto, provisório. Vale dizer, as autuadas em flagrante delito, presas preventivamente, temporariamente, condenadas por sentença recorrível e que aguardam julgamento do tribunal do júri.

Quanto aos menores, como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera adolescente o maior de 12 e menor de 18 anos (art. 2º, L. 8.069/90). O adolescente condenado ao cumprimento de medida socioeducativa pode permanecer custodiado por até 3 anos, ou até completar a idade de 21 anos, quando sua liberação será compulsória (art. 121, §5º, ECA). Dessa forma, as unidades de internação podem abrigar adolescentes que se encontram tanto em fase de votar facultativamente, ou seja, entre 16 e 18 anos, quanto obrigatoriamente, vale dizer, de 18 a 21 anos.

Todos eles têm direito de votar, já que a internação e a medida socioeducativa não possuem natureza de pena, jamais podendo ser confundidas com uma condenação *criminal* transitada em julgado – que é a hipótese constitucional de perda ou suspensão de direitos políticos (art. 15, III, CF). Além de o Código Penal e a justiça criminal não serem diretamente aplicáveis à criança e ao adolescente em conflito com a lei, há de se considerar que a restrição de direitos políticos, como de quaisquer outros direitos fundamentais, devem ser sempre interpretados restritivamente.

Fala-se em “ato infracional” justamente porque a ilegalidade cometida pelo jovem não cuida de crime ou contravenção penal. Assim se explica a dicção do art. 103 do ECA,

que define aquela expressão estabelecendo uma relação de *alusão* ao âmbito penal – não de *identidade*. O ato infracional não é sinônimo de crime ou de contravenção penal, para fins de seu processamento e efeitos gerais, mas o seu teor (o fato típico) os espelha:

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Não é por outra razão que para a aplicação de sanção se considera ato infracional como a conduta descrita tal qual crime, mas que de crime não se trata. A comparação é circunstancial, restringindo-se à sua função para a tipificação da conduta, de modo que seus efeitos não podem ser expandidos para outras finalidades. Em sendo assim, a condenação à qualquer medida socioeducativa, inclusive a de internação, que não é pena, não pode ter os mesmos efeitos que uma condenação criminal – dentre os quais a perda dos direitos políticos. Por conseguinte, os direitos políticos dos jovens restaram inteiramente resguardados pela Constituição Federal, bem como pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, não se exige que a regulação de uma determinada circunstância seja descrita à exaustão, com a grande diversidade de delineamentos que ela pode experimentar na prática. O comando da norma geral abrange tudo quanto não seja ressalvado por outra norma que o excetue. Em matéria de direitos humanos, isso deve ser interpretado de forma rígida, valendo-se de leituras que restrinjam o conteúdo das exceções às prerrogativas inerentemente humanas. Diante disso, evidente que os custodiados que não perderam seus direitos políticos têm direito de votar.

Sendo fundamental, esse direito é de *aplicação imediata*, conforme o parágrafo 1º do art. 5º, da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entender diferentemente representa a desconsideração à integridade moral do sujeito pelo fato de ele estar sendo investigado ou processado. Mas essa justificativa não é suficiente e rompe o dever do Estado de fazer ver “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, inciso XLIX, CF).

Subsistindo um direito constitucional que depende de alguma atuação estatal, cumpre que o Estado o proveja. Outrossim, restando um dever constitucional ao cidadão cujo cumprimento se encontre condicionado por qualquer medida estatal, imperativo que a autoridade representante do Estado, *in casu*, tome providências para a sua efetiva concreção – a bem do interesse público.

Não bastasse a clarividência do ora aduzido, é de se consignar que lei federal determina expressamente a adoção das medidas cabíveis por parte de órgãos e entidades públicas a fim de garantir o direito-dever de presos provisórios ao voto. Não é senão o próprio Código Eleitoral que assegura que:

“Art. 136. Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores”.

Ante a expressão utilizada pelo legislador ordinário, “deverão”, não há qualquer

dúvida quanto a obrigação estatal em promover, de forma adequada, a possibilidade de os custodiados votarem. Não é que poderão, simplesmente, ser instaladas as aludidas seções eleitorais, caso o administrador assim entenda. Não há qualquer discricionariedade nessa situação. Há uma efetiva obrigação de instalá-las. Nenhuma dúvida pode pairar quanto ao sentido da referida norma, que instituiu inequívoco dever.

2. Dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a matéria

Há mais de 40 anos, subsistem normas internacionais que asseguram o direito de voto às pessoas sem condenação transitada em julgado no Sistema Global e no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Caberia a todo ser humano a possibilidade de, em querendo, exercer o direito político de participação direta ou indireta na história política do seu Estado, permitindo-lhe, inclusive, votar e/ou ser votado. As únicas menções que ressalvam esse direito cuidam de casos de condenação penal definitiva, uma situação excepcional, tida como minimamente *fundada*.

Em seu artigo XXI, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já previa que “toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”. Nessa mesma diretriz, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estabelece:

“Art. 25 - Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

Porém, resguardando a população brasileira, não incidem somente as normas internacionais de escopo mundial. O Estado brasileiro está inserido, outrossim, no âmbito do microsistema interamericano de direitos humanos, no bojo do qual vige a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, que prescreve, *verbis*:

“Art. 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da condução dos 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.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou condenação, por juiz competente, em processo penal” (grifo nosso).

Diante disso, resta evidente que à medida que o Estado, seja por intermédio da União, responsável por estruturar e possibilitar a realização das eleições, seja por intermédio dos Estados-membros, responsáveis pela grande maioria dos estabelecimentos prisionais e de internação de adolescentes, se nega a efetivar o direito de voto de presos provisórios, viola um notório direito político integrante do tecido maior dos direitos humanos. Constitui obrigação do Estado respeitar os direitos e liberdades previstos na recém-transcrita Convenção, *garantindo “seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma”* (art. 1º, 1, Pacto de San José da Costa Rica, grifamos). Note-se que o *“Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil”*, de fevereiro de 2007, realizado com o apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e do Programa para a América Latina da International Women’s Health Coalition identifica a omissão do Estado brasileiro nessa matéria como uma das mais graves violações à cidadania verificadas⁴.

Essa omissão não condiz, porquanto conflita, com o dever que os subscritores do Pacto de San José, como o Brasil, impõem-se: o de efetivarem os direitos previstos naquele documento, entre os quais se encontra o direito de voto dos presos provisórios. Confira-se:

Art. 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

3. Da implausibilidade dos argumentos contrários à efetivação do direito de voto dos presos provisórios

Em diversas oportunidades que o Judiciário teve para apreciar as questões aqui colocadas, alguns argumentos foram utilizados como *ratio decidendi*. Podemos elencá-los: (i) como o prazo para inscrição ou pedido de transferência eleitoral se encerra no 151º dia anterior ao pleito (art. 91, Lei 9.504/97), o que corresponde aproximadamente ao

4 Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil (fev/2007), p. 54-61. Realização: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), Associação Juizes para a Democracia (AJD), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITCC), Pastoral Carcerária Nacional/CNBB, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Centro Dandara de Promotoras Legais Populares, Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude, ASBRAD, Comissão Teotônio Vilela (CTV) e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Acessível em: <http://www.cladem.org/portugues/nacionais/brasil/Relatorio%20sobre%20mulheres%20encarceladas%20-%20Brasil.pdf>

mês de maio do ano eleitoral, quem fizer qualquer desses requerimentos e for solto deverá se encaminhar ao estabelecimento prisional para votar, o que geraria constrangimento; (ii) se os partidos não nomearem fiscais, a votação poderia ocorrer sem eles; (iii) reserva do possível; (iv) falta de interesse do preso em votar; (v) “voto consciente”; (vi) perigo à sociedade: tese da “colisão de direitos”, e (vii) paralelo entre a situação de presos e de pessoas hospitalizadas. Faz-se mister analisá-los *pari passu*.

3.1 Dificuldades com inscrição e transferência eleitoral

Segundo a Resolução 21.804, de 8 de junho de 2004, do Tribunal Superior Eleitoral, a “possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral”. Isso indicaria não ser possível a dispensa da transferência eleitoral para a seção especial no presídio.

Haveria dificuldades na implementação da mencionada exigência, à medida que a alteração da situação fática de cada pessoa presa poderia ocorrer em descompasso com o quadro eleitoral. Nessa hipótese, vislumbram-se duas soluções possíveis: (a) se a pessoa solta tiver transferido seu título para a seção do presídio ela poderá voltar ao presídio para votar, caso não se sinta constrangida; ou (b) se no momento da votação a inscrição eleitoral não estiver no local em que a pessoa se encontre, ela está obstada de votar por força maior.

Não há dúvida de que nenhuma dessas soluções se mostra perfeita. Contudo, elas são as formas pragmáticas de procurar otimizar a implementação dos ditames constitucionais. O contrário disso seria inconcebível.

De fato, há de frisar-se que se o retorno ao estabelecimento prisional gera ou não constrangimento ao cidadão posteriormente solto cabe a cada um verificar em seu íntimo, não cabendo ao Estado tal manifestação *a priori*. Demais disso, cumpre considerar que as demais pessoas que não se enquadrem nessa hipótese não podem ser por ela prejudicadas: a elas se deve garantir a possibilidade de voto.

Prevê o TRE-RS, dentre outros Tribunais Regionais Eleitorais, que a pessoa que se inscreve ou transfere seu título à zona especial do presídio e é solta perde a chance de votar naquela eleição. Isso significa que a pessoa deve fazer uma escolha que contém um risco: ela pode permanecer na zona eleitoral em que costuma votar, se achar que será libertada antes das eleições; ou, se achar que no momento de votar ainda estará presa, pode pedir a inscrição ou transferência ao presídio. Caso ela se equivoque em qualquer dessas situações, não poderá votar.

O ponto nodal é: por mais restrições e riscos que haja nesse sistema de alguns Estados-Membros, o fato é que ele ao menos garante a chance de muitos presos provisórios votarem. Já a ausência de qualquer programa semelhante tem um resultado certo, e muito diferente – na verdade, um resultado perfeitamente exato: 130 mil cidadãos brasileiros completamente alijados do processo político. Em suma, o Estado deve optar

pela adoção de alguma solução, e, ainda que as soluções adotadas por outros Estados-membros estejam longe do ideal, são muito mais eficazes do que solução alguma, como acontece hoje em toda a jurisdição do TRE-SP.

Uma solução bastante plausível é a instituição do voto em trânsito. Plausível porque o TSE já faz testes para a adoção da identificação biométrica do eleitor, o que permite que ele compareça a qualquer seção eleitoral para votar. Na próxima eleição de 2010, algumas zonas eleitorais já adotarão obrigatoriamente o sistema de identificação biométrica, como noticia o próprio TSE⁵.

3.2 Fiscalização das eleições

A fiscalização do bom andamento eleitoral é *munus* público dos partidos políticos que não pode servir para prejudicar o direito de voto de ninguém. Se porventura eles não o exercerem, a responsabilidade é deles, de modo que o fato não tem o condão de valer como pretexto (ilegal) para a restrição do direito de nenhum cidadão, posto que essa concepção não possui respaldo algum em lei.

Aliás, se tal argumento fosse minimamente razoável, bastaria a um partido político que quisesse inviabilizar uma eleição deixar de fiscalizá-la. Obviamente, cabe aos partidos estruturarem-se adequadamente para cumprir com seu mister.

3.3 Reserva do possível

O argumento da reserva do possível provém do direito alemão, onde surgiu como uma tese apresentada quando, em determinada situação, dados objetivos indicavam ser impossível o cumprimento de determinada obrigação estatal. Trata-se de argumento que se vinculava à razoabilidade aferível em um caso concreto, a partir de informações igualmente concretas.

No Brasil, ele tem sido utilizado, às vezes de modo inconsequente, para afastar obrigações públicas que pareçam, segundo o entendimento do julgador, dispendiosas – sem qualquer apreciação sobre a efetiva realidade de cada caso. Em outras palavras, mesmo sem ter como base elementos concretos, dados de pesquisas ou fontes objetivas, por vezes se tem observado a rejeição sumária da consecução de direitos fundamentais, assim proclamados pela Constituição Federal, com fulcro nesta tese.

Mas isso não é admissível. Se o direito fundamental já se encontra insculpido na Carta Magna, ele já existe, deve ser respeitado e cumprido *sponte propria*, não há que se discuti-lo. Portanto, caso o Estado porventura não possua condições de garanti-lo, não será o cidadão que estará incumbido de provar o contrário: é o ente público quem detém o ônus de comprovar a situação que vem excepcionar a norma. Afinal, se a aplicação das normas se tornar uma exceção, o que será da segurança jurídica?

Se a norma não tiver natureza cogente por si só, quantas injustiças, quantas irregularidades! A clássica definição de Kant cairá por terra e a norma jurídica não será

5 Acessível em: <http://www.tse.gov.br/internet/institucional/recadastramento/index.html>.

mais diferente de uma regra religiosa ou moral não-positivada, à medida que perderá sua heteronomia. Por tudo isso é evidente que a mera afirmação de impossibilidade ou dificuldade de observância de uma norma não é suficiente para ilidir um direito.

Na presente situação, não parece haver qualquer demonstração plausível da exceção da reserva do possível. Por exemplo, que tipo de tese financeira teria o condão de explicar como é possível que Estados-Membros significativamente mais pobres que São Paulo, em termos de Produto Interno Bruto – PIB, tenham recursos para um avançado programa de sufrágio, enquanto este Estado-membro diz não os ter?

Considerem-se alguns dados ilustrativos. Sergipe dispõe de um PIB *per capita* da ordem de R\$ 7.560 e de um PIB relativo a preços concorrentes de pouco mais de R\$ 15 bilhões; Pernambuco, de R\$ 6.528 e R\$ 55 bilhões; e Rio Grande do Sul de R\$ 14.310 e R\$ 156 bilhões, respectivamente. A sua vez, São Paulo constitui o Estado que possui o maior PIB do Brasil, avaliado em R\$ 19.548 *per capita* e em R\$ 802 bilhões a preços concorrentes. Sozinho, tem um PIB geral maior que o de todas as outras regiões (excetuada à que pertence, obviamente), representando cerca de 34% do PIB nacional.

Diante disso, como conceber que São Paulo, o Estado-membro mais rico, não goze de recursos suficientes para a iniciativa, verdadeira obrigação constitucional que deveria ser cumprida desde a construção das unidades prisionais para abrigar presos cautelares.

3.4 Falta de interesse do custodiado em votar

O Estado não pode deixar de promover eleições, arguindo crer que o povo brasileiro não tem interesse em votar, já que o País tem inúmeros problemas e essa questão sufrágial talvez pareça às pessoas a menos importante de todas. Sem embargos, essa postura contraria a ordem constitucional e legal e fere de morte o princípio democrático, alicerce da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*, da CF). Ela se mostra antidemocrática e inversa aos parâmetros que deveriam nortear a atuação estatal, no sentido de procurar conscientizar a população acerca da importância do voto, estimulando-o, medida consentânea com o princípio da cidadania (art. 1º, II da CF), que exige a disponibilização de todos os meios possíveis para que o povo exerça seu poder soberano, o que inclui a indispensável conscientização política.

Porém, além disso, a tese é falsa. Dados dos Tribunais Regionais Eleitorais que já possuem projetos pilotos indicam que cerca de 50% dos(as) presos(as) provisórios(as) em condições de votar decidem fazê-lo. O número se aproxima do de alguns países em que o voto é facultativo, como os Estados Unidos, que conta com uma média de 55,3% de participação da população em geral, e Grã-Bretanha, com 61,4%.

Conforme informações do TRE-RS, nas eleições de 2006 houve 50,06% de participação dos presos do projeto, e nas de 2008, 50,49%. De acordo com informações constantes do citado “Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil”, no referendo de 2005, cerca de 41,3% das pessoas presas do projeto experimental do Acre votaram. Do Amazonas e de Pernambuco não constam dados percentuais, mas há números absolu-

tos indicando que, em 2004, aproximadamente 216 e 542 presos(as) votaram, respectivamente – montante notável.

Em um caso que ficou conhecido no Canadá, envolvendo o preso definitivo Aaron Spence, perguntaram-lhe:

“Q: O fato de você estar privado do direito de votar não o incomoda?”

R: Sim, me incomoda.

Q: A resposta à minha questão, então, Sr. Spence, a menos que eu não tenha compreendido sua resposta, é que você está, de fato, privado de algo que você considera valioso?

R: Definitivamente.

Q: Como o direito de votar?

R: É verdade.”⁶

Essas informações atestam que, para muitas pessoas provisoriamente presas, o voto é, sim, um direito que lhes parece precioso, estando muitas vezes atrelado à sua concepção de dignidade e de cidadania. O Estado não tem o poder de negar-lhes tal direito fundamental.

3.5 “Voto consciente”

A Constituição Federal não vincula o direito ao voto a um juízo de valor acerca da qualidade dessa manifestação política. Até porque seria um contrassenso que o voto fosse, a um só tempo, secreto e publicamente avaliável. Isso significa que a prerrogativa política não decorre de nenhuma circunstância especial do sujeito (como “ser consciente”, “ser inteligente”, ou mesmo “ser ético”), bastando que ele(a) seja um/a cidadã(o) no gozo de seus direitos políticos. Ora, se os presos provisórios continuam a ser cidadãos com esses direitos nada pode obstar que votem.

Além disso, cumpriria indagar o que significa ser “consciente”, *in casu*. Seria conhecer as propostas de cada candidato? Na prática, parece que bem poucos eleitores livres e desimpedidos as conhecem, e nem por isso eles são impedidos de votar. Ou será que seria assistir à propaganda eleitoral obrigatória na televisão? Talvez não sejam muitos os eleitores livres que se disponham a assisti-la, mas eles também votam. Quiçá, “ser consciente” signifique participar de debates eleitorais, ou assisti-los. Mas quantas pessoas livres usam seu tempo para isso?

Bem, quem poderá dizer se o povo vota acertadamente? De fato, quem poderá julgá-lo? Parece-nos que ninguém pode. Ora, os presos provisórios também são o que se chama abstratamente de povo, e não devem ser tratados de forma discriminatória em

6 “Q. The fact that you are deprived of the right to vote doesn't bother you?”

A. It does, it does bother me.

Q. The answer to my question, then, Mr. Spence, unless I misunderstood your answer, is that you are, in fact, deprived of certain things that you think are valuable?

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.”

Conferir em: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

relação a este. Ninguém pode julgar se eles votam “bem” ou não.

De qualquer maneira, nada obsta que sejam tomadas ações no sentido de ampliar ao máximo a possibilidade de conhecimento desses presos a respeito das discussões e campanhas políticas em andamento. Isso pode ser feito, por exemplo, disponibilizando televisores em presídios (onde já não existirem) em horário de propaganda eleitoral. Ou permitindo a distribuição de panfletos. São inúmeras as alternativas.

O que não é possível é que sob o argumento do “voto consciente” lhes seja negado o direito fundamental de votar. Antes, isso faz parte da solução a ser adotada, cabendo ao Estado fornecer os meios adequados para que os custodiados, assim como toda a população, tenham acesso às propostas de todos os candidatos

3.6 Perigo à sociedade: tese da “colisão de direitos”

Ao assumir que a garantia do direito de voto aos presos provisórios representa um perigo à sociedade incide-se ou em problema de natureza lógica ou em preconceitos que não têm lugar no Estado de Direito.

Caso se entenda que o preso provisório é um “bandido” que, pelo voto, poderá colocar em perigo toda a sociedade com suas escolhas políticas, viola-se o princípio constitucional da presunção da inocência. Pressupõe-se que todas as pessoas detidas são culpadas pelo que estão sendo acusadas e geram perigo social. Contudo, tal premissa fere a garantia pética do art. 5º, inciso LVII, da CF.

Sim, porque caso se respeitasse o mencionado princípio, não haveria lógica alguma na pretendida associação entre perigo e voto. Não há como o exercício desse direito colocar em risco a sociedade, quando o voto é, ao revés, bem um dos modos de manter sadio esse organismo.

Além disso, só se pode falar em colisão de direitos quando estejam envolvidas duas normas positivadas. *In casu*, só existe uma, que não se vê contraditada por nenhuma outra, e sequer por princípios, e que prevê que o Estado providenciará que presos(as) provisórios(as) votem (art. 15 da Constituição da República e art. 136 do Código Eleitoral). Se não há lei que sustente o exato oposto, então não há conflito.

Note-se bem: já que o art. 136 do Código Eleitoral é uma regra (e não um princípio), se ele fosse contraditado por outra regra uma delas haveria de ser declarada inconstitucional, porque não pode haver a determinação A e a não-A em um mesmo ordenamento jurídico coerente, ao mesmo tempo. Com princípios seria diferente. Mas nesse caso, a regra não tem oposição alguma, sendo um imperativo decorrente dos princípios já comentados, como o da soberania, cidadania, democracia e dignidade humana.

Não havendo colisão de regras, tem plena vigência a única regra efetivamente existente, que é a do art. 136 do Código Eleitoral.

3.7 Paralelo com a situação da pessoa hospitalizada

Algumas pessoas creem que a situação do preso é idêntica à situação das pes-

soas hospitalizadas, que não têm direito a uma zona eleitoral especial à sua disposição. Isso justificaria que os presos provisórios também não tivessem. Não podemos concordar com essa comparação, pois os termos de cada situação não são minimamente equiparáveis.

E o motivo central é simples: a situação da pessoa hospitalizada não decorre, necessariamente, da atuação ou omissão do Estado. Diversamente, o preso provisório só se encontra nessa circunstância, aguardando um julgamento a ser promovido pelo Estado, por ter sido detido por esse mesmo Estado. É por isso que a lei lhe gera um ônus.

Além disso, sabe-se que as pessoas que permanecem hospitalizadas são, em geral, aquelas que apresentam as maiores dificuldades no uso de sua razão, ainda que somente por um tempo determinado: estão em coma, em momento pré ou pós-cirurgia, sedadas, enfim, e em outras situações assemelhadas. As demais pessoas recebem alta e podem ir para casa, ainda que tenham um pé quebrado, ou dores. Na maioria das vezes, ocorre-lhes acidentes que figuram eventos de força maior.

As pessoas presas provisoriamente e os adolescentes internados estão em pleno uso de sua razão e, em geral, em pleno gozo de sua saúde. Não estão com problemas que as inviabilizariam de votar. Se não o fazem é, antes de mais nada, porque não há infra-estrutura para tanto. Aguardam um julgamento ou investigação, cuja mora é de exclusiva responsabilidade estatal. Estão detidas e o que quer que lhes ocorra é de responsabilidade estatal objetiva.

Contudo, há algo definitivo que deve ser acrescentado: a existência de uma lei que explicitamente determina que o Estado garanta zonas eleitorais em presídios com mais de 50 presos.

4. Experiências nacionais e internacionais

Se há algo que não pode ser dito em matéria de sufrágio de presos provisórios é que não há meios técnicos e operacionais para viabilizá-lo. Com efeito, não é razoável que um Estado-Membro sustente haver óbices insuperáveis a impedir a efetivação desse direito quando vários outros – que dispõem de recursos expressivamente menores – os têm superado há ao menos sete anos com êxito. Pernambuco, Rio Grande do Sul, Amapá, Ceará, Piauí, Sergipe, Espírito Santo, Rio Grande do Norte, Amazonas, Acre – todos esses Estados brasileiros têm providenciado, de diversos modos, o voto dos presos. O TRE de São Paulo, porém, tem afirmado que qualquer medida nesse sentido é impossível, por tratar de direitos fundamentais “inexequíveis”.

É verdade que nenhum dos Estados que iniciaram a implementação dessa medida fizeram-na de forma plena. São sempre projetos experimentais que alcançam apenas parcela da população carcerária provisória e em condições restritas. Mas isso é um começo, um começo extremamente valioso e indispensável, sem o qual talvez não se possa cogitar ver um dia o que deveria ser realidade há vinte e um anos: a aplicação imediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, nos termos do art. 5º, § 1º.

Ocorre que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo tem reiteradamente se negado a tentar obedecer à Constituição, não ousando sequer dar cabo a projetos pioneiros. Nessa diretriz, cumpre lembrar a Representação originada do Protocolado PRE/SP nº 955/2007, da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, que não requeria providências para que os(as) 200 mil presos(as) provisórios(as) do Estado passassem a votar da noite para o dia, mas para a parcela que se considerasse possível no âmbito de um projeto piloto. À proposta a maioria dos Juízes firmou uma negativa peremptória, não fundamentada em nenhum dado concreto e objetivo, aduzindo genericamente haver empecilhos demais a essa medida. Outros reconheceram não saber como uma providência daquele jaez se concretizaria.

Por tudo isso, mostra-se fundamental observar experiências nacionais e internacionais de sucesso. Não, certamente, para que se as tome tais e quais, como um modelo a ser obedecido, mas para indicar que há soluções possíveis, ainda que cada caso concreto exija uma solução diferente, não-padronizada, para o cumprimento do dever constitucional de assecuração do direito de voto a todos os que estejam em pleno gozo de seus direitos políticos.

4.1 A experiência no Rio Grande do Sul

Desde 2002, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul promove o sufrágio de presos provisórios. Depois de sete anos de experiência, a prática se assentou nos termos a seguir esboçados.

O art. 4º da Resolução 170, de 25 de março de 2008, com texto praticamente idêntico aos das normas dos anos anteriores (como, por exemplo, a Resolução 156, de 21 de março de 2006), estabelece as seguintes condições para o voto em estabelecimento prisional:

- (a) que o requerimento do alistamento eleitoral ou da transferência para o respectivo presídio deve se efetuar até a data então designada de maio do ano eleitoral;
- (b) que o(a) preso(a) que fizer qualquer desses requerimentos e posteriormente for libertado(a) não poderá votar;
- (c) que quem permanecer preso até o dia da votação e não tiver feito qualquer daqueles requerimentos também não poderá votar; e
- (d) que quem for definitivamente preso até a data da eleição também não poderá votar.

O TRE-RS condiciona a instalação de seção eleitoral especial nos presídios à existência de, ao menos, cinquenta eleitores aptos, consoante o previsto no art. 136 do Código Eleitoral. Além disso, prevê a capacitação de servidores lotados nos órgãos da Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE) e do Ministério Público Estadual para atuarem como mesários (arts. 2º e 6º, da Resolução 170/08). Por fim, atribui à direção do estabelecimento prisional a competência para “definir a forma de acesso dos custodiados à propaganda eleitoral no rádio e televisão” (art. 7º).

Frise-se que o maior presídio do Brasil está sediado justamente em Porto Alegre,

sendo um dos estabelecimentos em que os presos provisórios já votam.

4.2 A experiência do Canadá

Preocupado com o direito de voto de cidadãos canadenses com dificuldades de comparecerem fisicamente aos locais de votação no país, bem como no exterior, o Canadá desenvolveu um sistema virtual seguro de votação por *e-mail*. Trata-se de um método utilizado por pessoas que não se encontram presas, mas que talvez também pudesse servir especificamente nessas circunstâncias. No Canadá, desde o *Canada Elections Act* de 1993 (Bill C-114) resta assegurada a possibilidade de voto por meio virtual.

Porém, não é essa a principal experiência canadense. Cabe ressaltar que, naquele país, mesmo pessoas condenadas definitivamente podem ter o direito de votar, a não ser que o oposto seja expressamente declarado na sentença condenatória. Essa foi a interpretação que a Suprema Corte do Canadá assumiu no caso *Sauvé v. Canadá (Chief Electoral Officer)*, que alterou, por inconstitucional, a interpretação feita do art. 51 (e) do *Canada Electoral Act* (lei eleitoral canadense), que proibia genericamente o direito de votar a todos os condenados a dois anos ou mais, para entender que ela só se aplicaria quando esse direito fosse expressamente suspenso na sentença condenatória, considerando cada caso concreto.

Na oportunidade, frisou-se que essa preocupação decorria de valores democráticos indispensáveis ao Estado de Direito. Nas palavras dos Ministros McLachlin C.J., Iacobucci, Binnie, Arbour e LeBel J.J.:

“A legitimidade da lei e a obrigação de obedecer à lei defluem diretamente do direito de cada cidadão votar. Rejeitar aos presos o direito de votar é perder um importante meio de ensiná-los valores democráticos e responsabilidade social. A novel teoria política do governo de permitir que representantes eleitos desabilitem um segmento da população não encontra lugar em uma democracia construída sob os princípios da inclusão, igualdade e participação cidadã”.

Notemos que a Suprema Corte do Canadá se referia a pessoas com condenação com trânsito em julgado! De outra parte, defende-se na presente ação o direito de pessoas que são presumidamente inocentes e sobre as quais não há dúvida em relação ao pleno gozo dos direitos políticos que, todavia, na prática, perdem seus direitos políticos em função da omissão estatal no cumprimento da lei, mesmo que juridicamente isso esteja vedado.

Aquela Suprema Corte já proibiu que quem alcançasse posições de poder no Estado, com base no poder popular e contrariando esse mesmo poder titularizado pelo povo, expurgasse um segmento minoritário da população das eleições futuras.

Há, com efeito, um imenso risco em se aceitar esse tipo de precedente. Quem pode garantir que esse procedimento não leve uma democracia aos rumos de um governo autárquico de um bloco majoritário, como tantas vezes já visto na história do mundo? Faz-se uma concessão hoje, derivada de um preconceito sem fundamento, e amanhã se

verá a face de uma tirania triunfante, pautada em estáveis precedentes.

5. Conclusão

O voto é o principal instrumento da democracia representativa, de amplo espectro em nosso ordenamento constitucional, e, portanto, indispensável para que o cidadão possa exercer a parcela de soberania que lhe cabe, já que o poder estatal emana do povo, que também é composto por presos provisórios e por adolescentes em conflito com a lei. Excluí-los do processo eleitoral e, antes de discriminá-los indevidamente, marginalizá-los, sem qualquer argumento plausível, pois.

Não se pode aceitar que, mais de vinte anos após a promulgação da Constituição da República, ainda não se cumpra um direito fundamental tão caro à democracia. As soluções jurídicas e pragmáticas estão à disposição do Estado, cabendo a ele apenas implementá-las.

Certo é que não existe democracia efetiva se uma parcela dos cidadãos, no gozo dos seus direitos políticos, está alijada por completo do exercício do poder.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-34, jan./mar. 2005.

BRASIL. Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA/SEDH/PR). Brasília, 2006. Acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/ced8fa9e-7474-45e9-92c6-b903b56a0190/Default.aspx>; Recadastramento biométrico. Acessível em: <http://www.tse.gov.br/internet/institucional/recadastramento/index.html>.

CANADÁ. *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), Suprema Corte do Canadá, 2002. Acessível em: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL; et alli. Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil. 2007. Acessível em: <http://www.cladem.org/portugues/nacionais/brasil/Relatorio%20sobre%20mulheres%20encarceradas%20-%20Brasil.pdf>

(Footnotes)

- 1 Fonte: Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA

/ SEDH / PR) – 2006; acessível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/ced8fa9e-7474-45e9-92c6-b903b56a0190/Default.aspx>